

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

**LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTO DE LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA**

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

Autor: Clemencia Acero Velasco
Asesor: José Francisco Conte

Trujillo, Mayo 2014.

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

**LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTO DE LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA**

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

Autor: Clemencia Acero Velasco
Asesor: José Francisco Conte

Trujillo, Mayo 2014.

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

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Clemencia Acero Velasco**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**. 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 Trujillo, a los 05 días del mes de Mayo de 2014.

José Francisco Conte

CI. 5759413

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

**LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTO DE LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA**

Por: Abogada: Clemencia Acero Velasco

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal,
aprobado (a) en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el
Jurado abajo firmante, en la ciudad de Trujillo, a los
días del mes de _____
de _____.

DEDICATORIA

A mi Padre Pablo Antonio, porque el amor es infinito.

A mi madre Marina, ejemplo de lucha y superación.

“Recuerda siempre que tu propia resolución de triunfar, es más importante que cualquier otra cosa”.

AGRADECIMIENTO

A Dios Todopoderoso, por su infinita misericordia.

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

**LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTO DE LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA**

Autora: Abg. Acero Clemencia V.
Asesor: Dr. José Francisco Conte
Trujillo, Mayo de 2014.

RESUMEN

La presente investigación estará orientada al análisis de las medidas cautelares como elemento de la tutela judicial efectiva, entendidas como un mecanismo de seguridad de los derechos vulnerados y del resarcimiento de obligaciones incumplidas, ya que se asegura el cumplimiento de la eventual ejecución de la sentencia, evitando así, que la misma no se haga ilusoria, transformándose en un elemento de la tutela judicial efectiva. En ese sentido, éstas se convierten en un instrumento accesorio a una acción principal que permite convalidar el principio de seguridad jurídica de un Estado de Derecho, garantizando que la voluntad concreta de la ley, contenida en una sentencia, se cumplirá. Metodológicamente se presenta una investigación de tipo documental, que permite la recopilación de la información a través de documentos que registran o corroboran el conocimiento inmediato de la investigación, el cual incluye libros, revistas, informes técnicos y tesis. El nivel manejado es el descriptivo y el diseño usado es el bibliográfico. Se debe tomar en cuenta los objetivos para lograr las metas pautadas por el investigador con la aplicación del análisis jurídico – práctico. El estudio abarcará definiciones, referencias históricas, características, tipologías; con fundamentos en referencias legales y teóricas nacionales, así como las del derecho comparado, justificándose el empleo de los mismos, en la búsqueda de respuestas a las interrogantes formuladas, lo cual traerá valiosos aportes al derecho procesal venezolano.

Descriptores:

Medidas cautelares, Tutela Judicial Efectiva, Periculum in Mora, Contracautela, Fumus Boni Iuris, Sistemas Cautelares.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR	i
APROBACIÓN DEL JURADO	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	v
ÍNDICE GENERAL	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULOS	
I ASPECTOS DOCTRINALES QUE CALIFICAN A LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO UN ELEMENTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA	
1.1. Generalidades sobre Medidas Cautelares	5
1.2. Definiciones Teóricas sobre Medidas Cautelares	10
1.3. Tipos de Medidas Cautelares	15
1.4. Importancia de la Garantía de la Tutela Judicial Efectiva plasmada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	20
1.5. El Acceso a la Justicia y a la Efectividad Tutelar de las Garantías	22
1.6. Beneficios que brinda la Garantía al Efectivo Acceso Tutelar Judicial en Venezuela	24
1.7. Proporcionar a todas las personas Tutela Efectiva en el Ejercicio de los derechos e interés legítimos	28

II ASPECTOS LEGALES QUE DEFINEN A LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO UN ELEMENTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA	31
2.1. Marco Constitucional de las Medidas Cautelares como elemento de la Tutela judicial efectiva en Venezuela	31
2.2. Marco Procesal de las Medidas Cautelares como elemento de la Tutela judicial efectiva en Venezuela	36
2.3. Marco Jurisprudencial de las Medidas Cautelares como elemento de la Tutela judicial efectiva en Venezuela	42
2.4. Derecho Comparado	55
	Pág.
III PRESUPUESTO QUE DEBEN CUMPLIR LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTO QUE GARANTIZAN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA	64
3.1. El Fumus Bonis Iuris	64
3.2. La Periculum in Mora	67
3.2. La Contracautela	72
IV SISTEMAS DE MEDIDAS CAUTELARES APLICADOS POR EL JUEZ DENTRO DEL PROCESO CIVIL COMO VÍAS QUE GARANTIZAN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	76
4.1. Sistemas Cautelares	76
4.2. Cautelas no Judiciales	79
4.3. Sistemas Cautelares a Instituciones Personales, Sustanciales y Procedimentales	80
4.4. Sistemas Cautelares de Protección de Personas y Tratados Internacionales	90
4.5. Sistema de Anticipación de la Tutela	97

V IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTOS GARANTES DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA	102
5.1. Medidas Cautelares y Tutela Judicial Efectiva	102
5.2. Importancia de las medidas cautelares	104
5.3. Las Medidas Cautelares como elemento que garantiza una Tutela Judicial Efectiva	105
CONCLUSIONES	109
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

INTRODUCCIÓN

Todos los poderes del Estado democrático establecen su legitimidad en el reconocimiento, la defensa y la garantía de las libertades y de los derechos de sus ciudadanos y de todas las personas. Por ello, el Poder Judicial, en el ejercicio de su facultad específica, se demuestra en su propia objetividad en tanto que sea responsablemente real y efectivo de los derechos e intereses legítimos de las personas. El privilegio de la autoridad jurisdiccional ocupado por el Estado no puede justificarse desde la simple exaltación del poder, sino desde la distinción de que ese poder está forzosamente prestado por aquellos cuya autonomía da razón de ser al mismo Estado.

Si el desempeño de la jurisdicción en su totalidad debe establecerse en la tutela de los derechos e intereses legítimos del ser humano, y si el desempeño del juez en el caso determinado reside en ser el responsable definitivo de esos derechos e intereses, hay que admitir de inmediato que esto no puede crearse de cualquier manera sino absolutamente de una cualidad muy concreta: por medio del proceso, que desde la configuración del juez es garantía de contención y desde las partes de la garantía de condición cómo han de tutelarse sus derechos.

De este modo el proceso es, por un lado, el instrumento único para el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, por otro, el instrumento único de ejercicio del derecho de acción.

Es por esa razón que el proceso, concebido como un conjunto concatenado y coordinado de actos procesales realizado por los órganos jurisdiccionales, que tienen como fin último la solución de conflictos mediante la aplicación de la Ley al caso concreto o específico, se encuentra conformado por un conjunto de principios que orientan no sólo su tramitación, sino la forma de actuar o conducta de las partes, representantes y operadores de justicia.

En el ordenamiento jurídico interno la tutela judicial efectiva aparece como un derecho complejo, compuesto por varios derechos. Por ello, probablemente es que su definición ha dado origen a dos corrientes fundamentales. La primera tiende a señalar que la tutela judicial efectiva se limita a lo establecido por el artículo 26 de la Constitución y a obtener una decisión razonada y justa, mientras que la segunda afirma que también abarca todo lo previsto en el artículo 49 eiusdem, que alude a varias garantías constitucionales que conforman el debido proceso.

Según Pico y Junoy (1997) afirman que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia congruente fundada en derecho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto. (p. 40)

En el mismo orden de ideas, Pérez (1998), expresa que la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales iniciando un proceso, así como la obtención de una sentencia motivada que declare el derecho de cada una de las partes, la posibilidad de las partes de poder interponer los recursos que la ley prevé y la posibilidad de obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia (p.125-133).

Rivera (2002) en esa misma línea de pensamiento, aunque con una visión algo más amplia, indica que la tutela judicial efectiva:

“...no sólo supone el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que también cumple con la obligación que tiene la Administración de Justicia de hacer cumplir el derecho constitucional a la igualdad estipulado en el artículo 21 de la CRBV y a decidir una controversia de una manera imparcial y equitativa” (p.305).

Molina (2002), señala:

“La Tutela Judicial Efectiva es una garantía constitucional procesal, que debe estar presente desde el momento en que se accede al aparato jurisdiccional hasta que se ejecuta de forma definitiva la sentencia dictada en el caso concreto, es decir, que una vez garantizado el acceso a la justicia, cada uno de los demás principios y garantías constitucionales que informan al proceso (tales como el debido proceso, la celeridad, la defensa y la gratuidad) deben ser protegidos en el entendido de que el menoscabo de una cualquiera de esas garantías, estaría al mismo tiempo vulnerando el principio a la Tutela Judicial Efectiva.” (p. 189-190)

En este sentido, Bello y Jiménez (2009), aclaran que efectivamente para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la tutela judicial efectiva es un derecho bastante amplio que involucra no sólo el acceso a la justicia y a obtener una decisión razonada y justa, sino que también incluye las garantías constitucionales procesales que se encuentran en el artículo 49 de la Constitución (p. 46).

Se puede decir que, la tutela judicial efectiva no involucra los derechos o garantías constitucionales procesales establecidos en el artículo 49 de la Constitución, las referidas al debido proceso, y limita su alcance, en buena medida, a lo establecido en el artículo 26 eiusdem; además que está conformada tanto por los derechos contenidos en el artículo 26 eiusdem como por las garantías procesales mínimas de cumplimiento obligatorio contempladas en el artículo 49 eiusdem, lo cual convierte a la tutela judicial efectiva en un amplio principio constitucional protector de los derechos del ciudadano. En cuanto a la estructura de la investigación cabe destacar que son cinco capítulos, donde en el primer capítulo se plantean los Aspectos Doctrinales que Califican a las Medidas Cautelares como un Elemento de la Tutela Judicial Efectiva en Venezuela, explicando las Generalidades sobre Medidas Cautelares, las Definiciones Teóricas sobre Medidas Cautelares, los Tipos de Medidas Cautelares, la Importancia de la Garantía de la Tutela

Judicial Efectiva plasmada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Acceso a la Justicia y a la Efectividad Tutelar de las Garantías, los Beneficios que brinda la Garantía al Efectivo Acceso Tutelar Judicial en Venezuela, el Proporcionar a todas las personas Tutela Efectiva en el Ejercicio de los derechos e interés legítimos. El segundo capítulo está conformado por los Aspectos Legales que definen a las Medidas Cautelares como un Elemento de la Tutela Judicial Efectiva en Venezuela, donde se exponen el Marco Constitucional, Marco Procesal, Marco Jurisprudencial de las Medidas Cautelares como elemento de la Tutela Judicial Efectiva en Venezuela, así como también el Derecho Comparado. En el tercer capítulo se encuentra el Presupuesto que deben cumplir las Medidas Cautelares como elemento que garantizan la Tutela Judicial Efectiva en Venezuela, abarcando el Fumus Bonis Iuris, la Periculum in Mora, la Contracautela. El cuarto capítulo manifiesta acerca de Sistemas de Medidas Cautelares aplicados por el Juez dentro del Proceso Civil como Vías que garantizan la Tutela Judicial Efectiva, denominando los Sistemas Cautelares, las Cautelas no Judiciales, los Sistemas Cautelares a Instituciones Personales, Sustanciales y Procedimentales, los Sistemas Cautelares de Protección de Personas y Tratados Internacionales y el Sistema de Anticipación de la Tutela. En el quinto capítulo por su parte comprende la Importancia de las Medidas Cautelares como Elementos Garantes de la Tutela Judicial Efectiva en Venezuela, tomando como puntos a tratar las Medidas Cautelares y Tutela judicial Efectiva, Importancia de las medidas cautelares, las Medidas Cautelares como elemento que garantiza una Tutela Judicial Efectiva. Por último las conclusiones y recomendaciones del trabajo. Luego se encuentra la bibliografía consultada en la investigación.

CAPITULO I

ASPECTOS DOCTRINALES QUE CALIFICAN A LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO UN ELEMENTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA

1.1 Generalidades sobre las Medidas Cautelares

El procedimiento cautelar es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Para encontrar el contenido y en definitiva el debido concepto de las cautelares habrá de estudiar su composición y génesis para elaborar el mismo. De ello surgirá la proposición, según Palacio (1998), en donde:

“... La realización de los procesos concretos no puede olvidar que si importa, desde luego, el resultado del mismo, esto es, el contenido de la decisión judicial. También importa, y no menos, el camino, el cómo se llega a ese resultado, pues el fin (el resultado o decisión judicial de tutela del derecho subjetivo) no justifica el desconocimiento de la legalidad procesal (el camino o modo de llegar a la decisión). ...” (Proposición Valenciana, p. 154)

Dentro de tal aspiración se inscribe, tanto como una garantía en sí misma la tutela cautelar como el resultado de la justicia en su aspecto de utilidad para los justiciables, aspiración que conlleva a examinar en la moción citada en Crisosto (2006):

“... El resultado y el modo de llegar al mismo están indisolublemente unidos, de manera que si se prima al resultado sobre el camino para llegar a él, se convierte en inadmisibile el resultado mismo, dado que a él se ha llegado sin respetar las garantías previstas para ello.” (Moción de Valencia) (p. 5).

Dado que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable, la ley ha debido prever la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el segundo pronunciamiento judicial definitivo, lo que ocurriría, por ejemplo, si desapareciesen los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, o se operase una alteración del estado de hecho existente al Tiempo de la demanda.

A conjurar tales peligros obedece la institución de las diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del llamado proceso cautelar, a las cuales cabe denominar, indistintamente, "cautelares" o "precautorias".

Dicho proceso, por consiguiente, carece de autonomía, pues su finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso. De allí que Carnelutti (1971, p. 412-415), haya expresado que el proceso cautelar sirve no inmediata, sino mediatamente a la composición de una litis, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto. Calamandrei (1996, p. 45) enuncia un concepto semejante cuando dice que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas. Nacen, en otras palabras, al servicio de esa resolución definitiva, con el oficio de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito.

El debido concepto de lo cautelar obliga a revisar cual es el justo término en equidad y en definitiva lograr el equilibrio que debe imperar en todo

proceso judicial. Esto es mantener en un pie de igualdad a las partes durante el desarrollo del proceso. Investigando el contenido del proceso como un instrumento de la convivencia comunitaria, independiente de su finalidad, estructura o instrumentalidad, contiene las bases o pautas del proceso justo, señala Arbonés (2005, p. 52); que es un punto de partida, junto a la legitimación que debe contener el mismo.

Legitimación, a la que referiré únicamente en el presente siguiendo a Ferrajoli (1999, p. 13), como la legitimidad jurídica formal, que son las formas prescritas para los actos normativos y por consiguiente hacen a la vigencia de las normas producidas y a la legitimidad jurídica sustancial, que es por el contrario el contenido de esas mismas normas allí donde también éstos estén prescritos o prohibidos por normas acerca de su producción; cabe concluir que las normas vigentes en un estado de derecho pueden ser en definitiva, además de eficaces o ineficaces, también válidas o inválidas, es decir jurídicamente legítimas en el plano formal pero no en el sustancial.

Como respuesta a la utilización abusiva del instituto el legislador cordobés con la sanción de la ley 9280 (del 20/02/06), modifico los artículos 463, 464 del Código Procesal Civil en el capítulo dedicado a las medidas cautelares. En lo que atañe a la búsqueda de nuestro objeto de investigación, el artículo 464 ha producido una importante innovación, ya que ha facultado al tribunal a: “autorizar la realización de los actos necesarios para no comprometer los actos de fabricación o comercialización”. De tal manera surge que se intenta con esta reforma lograr el equilibrio mentado, salvaguardar dos valores la satisfacción del acreedoractor, pretendiente y la continuidad de la actividad del deudor-demandado, resistente. A todas luces surge que en pos de un objetivo como el planteado, se le acuerda al juez facultades discrecionales en la operatividad de la norma, es decir con un sesgo paternalista le otorga amplias posibilidad al órgano jurisdiccional.

Al tratar de definir la naturaleza de las medidas cautelares, se encuentran que son variados los criterios con que le trata la doctrina y las legislaciones. En esa dirección algunos conceptos de las medidas cautelares, Chiovenda (1998), Liebman (1980, p. 163) indican que son acciones autónomas, no obstante que aceptan que es subsidiaria de una acción principal, lo que contraría la aceptación que en Venezuela se ha tenido de la Acción, como el derecho a la jurisdicción y siendo la jurisdicción única, difícil es aceptar las posiciones, a pesar del peso y la influencia de sus animadores.

Para otros una Providencia es una expresión genérica de la materialización del poder jurisdiccional del Juez, que no puede confundirse con la institución de la cautela. Otros, como Carnelutti, afirman que es un proceso que, por no afectar lo principal del pleito y por tener un trámite autónomo que corre paralelo al proceso principal, cuando es bien sabido que todo acto procesal tiene una secuencia, un trámite y lapsos, sin que por ello cada acto procesal sea el Proceso, sino eslabones del procedimiento que son partes de la unidad mayor denominada Proceso, por ello no es proceso la incidencia de cuestiones previas, ni la etapa probatoria; y, por tanto, tampoco es Proceso, la temática cautelar.

El autor venezolano Ortiz (1999, p. 134) ha señalado que "...no existe sino un solo y único proceso de naturaleza eminentemente pública y el conocimiento, la decisión, la prevención, no son sino estados de una misma relación procesal", para luego adhiriéndose al criterio de Cuenca (1988, p. 182), señala que las medidas cautelares carecen de autonomía y por tanto de vida propia.

La selección del término cautelar en el derecho procesal venezolano, enfatizado por la normativa del vigente Código de Procedimiento Civil responde al criterio sedimentado por la jurisprudencia patria al cual venían adhiriéndose los proyectistas del actual código procesal, a la vez se adecúa

a la mayoría de las corrientes legales del continente y del mundo. No pasa lo mismo con la expresión "Medidas", cuya locución es menos discutida, aceptándose por lo general dicho calificativo, ya que se trata de un instrumento accesorio a una acción principal que permite convalidar el principio de seguridad jurídica de un estado de derecho, garantizando que la voluntad concreta de la ley, contenida en una sentencia, se cumplirá. Se puede partir del concepto gramatical de la expresión y otorgarle, luego, un sustrato filosófico o jurídico trascendente y siempre terminaremos aceptando la locución, o cuando menos, aceptar que cualquier cambio es semántico. El término "medida", señalado por Ortiz (1999) indica una proporción o correspondencia de una cosa con otra y por ello implica contenerse o moderarse en decir o ejecutar alguna cosa. No sólo son razones históricas o históricas legislativas, sino que es el reflejo de un sentimiento vocabulario en el foro y de un reconocimiento a la propia naturaleza cautelar de la medida. Su instrumentalidad, provisionalidad y accesoriedad despiertan espontáneamente el calificativo de medida, porque lo justifica y se encuentra en correspondencia con la razón de ser de la cautela

La jurisdicción al decidir sobre una pretensión cautelar lo realiza mediante un auto, que indistintamente los autores y los jueces han calificado de modo distinto, bien de providencia, decreto, resolución sentencia, auto, entre otros, sin que tal circunstancia sea relevante sobre la consideración medular del problema en análisis, de la naturaleza de la institución cautelar o de la definición sustancial que esa institución les merece. Así vemos que nuestra propia ley procesal en un mismo artículo 588, menciona primero como decreto y luego como providencia y la jurisprudencia además de los términos señalados habla, también indistintamente de resolución, decisión, auto, por lo que en criterio de quien suscribe y a los solos efectos cautelares tales expresiones son sinónimas.

Por más que el proceso en Venezuela se simplifique y la justicia se perfeccione la cautela seguirá siendo el mecanismo de seguridad de los derechos vulnerados y del cumplimiento de obligaciones incumplidas, ya que se asegura una ejecución de la eventual ejecución de la sentencia, que la misma no se haga ilusoria. Nada se hace con una justicia declarativa, que declare el derecho, que de satisfacción al alegato de parte, si aquello que se peticiona no se puede materializar, mediante actos ciertos y efectivos de ejecución; y ello solo se logra con la existencia de una institución cautelar objetiva, definida y, obviamente justa.

1.2 Definiciones Teóricas sobre Medidas Cautelares

Las Medidas Cautelares son actuaciones judiciales a practicar o adoptar preventivamente en determinados casos previstos en la Ley, en cuyo caso se pueden adoptar preventivamente por los Tribunales y estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que este finalice; no obstante podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

Ossorio (2006), define las medidas cautelares como:

Las dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero sí la adopción de medidas judiciales tendentes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido. (p. 584).

Por su parte Torrealba (2009, p. 136), señala que la finalidad de éstas es garantizar la ejecución de las decisiones judiciales, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso. Apuntan pues, a evitar que las sentencias se hagan ilusorias, a conservar la igualdad procesal mediante el mantenimiento de las situaciones existentes al inicio del proceso y a impedir cualquier circunstancia que pueda alterar las mismas. También se destinan, como luego se detallará, a anticipar, provisoriamente, la realización del fallo de fondo.

Parafraseando a Torrealba, se asume así, la Medida Cautelar es una institución de naturaleza procesal de incuestionable valor dentro de la rama del derecho procesal, en razón de que permite a los justiciables una mayor seguridad jurídica, en el sentido de precaver que un fallo judicial quede ilusorio o no pueda ejecutarse cabalmente.

Por lo antes expuesto, es necesario entender que el derecho a la tutela judicial cautelar no es más que como una manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En realidad, se trata de una de sus modalidades más esenciales, y en el contencioso administrativo cobra mayor relevancia, por cuanto existe la alta probabilidad de que la sentencia final que declara procedente la pretensión del recurrente y condena a la Administración a una prestación, resulte inejecutable por haberse modificado la situación fáctica o jurídica existente al inicio de la causa, o bien, porque para el momento en que se dicta la sentencia de fondo, se le haya producido alguna pérdida irreparable a quien ha ganado el juicio. (Torrealba, 2009, p.136).

El propósito de las medidas cautelares tiene como fin primordial: (A) Evitar que se burlen las decisiones judiciales; o más bien garantizar que la voluntad de la ley emitida por la jurisdicción efectivamente se materialice, porque la misma se puede ejecutar. (B) Evitar la insolventación del obligado, que es un corolario de la primera finalidad mencionada. (C) Garantizar

el crédito insoluto o el cumplimiento obligacional, pues como en Venezuela y en el proceso civil no existe la opción penal, de cárcel por deudas, la ley consagra medios de certeza para que el triunfador de un litigio lo sea realmente, es decir, no sea burlado en los derechos que obtiene con una decisión judicial.

La litis se plantea a partir de un supuesto incumplimiento de una obligación por existir en el accionante un derecho insatisfecho. Acude a la jurisdicción por cuanto los requerimientos de cumplimiento voluntario han sido inútiles, y ante el temor fundado de tener la verdad, pero no materializarse, por las posibilidades, nunca descartables que tiene el demandado de burlar los cumplimientos, quiere que concurrentemente con la admisión de su acción en sede judicial, le sean preservados sus derechos reclamados, a la vez que significa un respeto a la voluntad de la ley contenida en una sentencia. Nace así más que el derecho la necesidad de la cautela, que fundado en una verosimilitud del derecho reclamado, permita un proceso con un final justo.

Al conocerse la actividad procesal que ha sido puesta en funcionamiento para exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones, los requeridos o demandados si no tuviesen una cortesía que les impidiera fabricar fórmulas de auxilio y de escape, tratarían de conseguir su propia insolventación, es decir, un estado económico que presuponga un atractivo inexistente y un pasivo sobrestimado. A nadie puede obligársele a dar lo que no tiene y a cumplir lo que le es imposible, por mucho que ello está obligado legalmente. Si no existen bienes con qué responder de aquel requerimiento, si no posee los medios suficientes para detectar y salvaguardar los que existan, si las aspiraciones de los acreedores no tienen la protección legal correspondiente, podrían fácilmente los obligados vulnerar los derechos de los acreedores, por ser sólo un derecho abstracto, inejecutable.

Al configurarse en el contexto humano un mundo de obligaciones existe el supuesto de que se puedan cumplir con ellas, pero al encontrar la realidad de que la carencia de recursos, de medios económicos y de posibilidades materiales impiden el cumplimiento de ellas y la satisfacción de derechos y créditos de los terceros, resulta absurdo obtener una decisión judicial porque ella no puede ejecutarse. Es un derecho declarado, firme y auténtico el que tienen los acreedores o los tenedores de derechos pero ello no conlleva su satisfacción intrínseca o extrínseca.

En tiempos pretorianos y en civilizaciones incipientes los compromisos de los ciudadanos tenían que ser satisfechos en forma absoluta o compensatoriamente el obligado era llevado a la cárcel. Al humanizarse la ciencia del derecho, al analizarse la desproporción de las obligaciones civiles y las penas corporales desaparece la institución de la cárcel por deudas y entonces el derecho tenía que asegurar, instrumentar o arbitrar fórmulas que permitieran que cualquier compromiso de un ciudadano se pueda ser satisfecho. Es entonces cuando adquieren relevancia y jerarquía medida cautelares que inciden fundamentalmente en el universo económico del obligado y que no menoscaban su dignidad personal, ni lo convierten en un infame sustraído de sus derechos ciudadanos.

La controversia judicial o la dinámica jurisdiccional conducen a una decisión que no es más que la concreción del legítimo derecho de la única verdad legal que existe. De ese litigio ventilado con intereses contrapuestos no existe punto de equilibrio permanente, sino que genera un triunfador en el ente que ha demostrado su razón legal en la discusión de los derechos u obligaciones ventilados; pero no es un vencedor para el honor histórico, sino un ganancioso de lo que ha sido declarado como su derecho y consiguientemente obligación de la contraparte, y , por lo tanto debe

garantizársele el premio correspondiente, la satisfacción de su derecho y la ejecución de aquella decisión.

Discutir en el tedioso procedimiento derecho y obligaciones para que la razón final no pueda tener ejecución, es acudir a un procedimiento inútil y una pérdida lamentable de tiempo y dinero. Todo acreedor espera que su derecho pueda ser satisfecho voluntaria o coercitivamente. Cuando acude al expediente coercitivo, que es la vía judicial, es porque espera obtener no sólo la declaratoria de su derecho, aunque existen procedimientos para la simple declaratoria de derechos, sino la satisfacción de su crédito y la compensación de los gastos invertidos en su obtención.

La propia jerarquía del órgano jurisdiccional exige que sus decisiones puedan ser ejecutadas y que cuanto contiene una dispositiva sea efectivamente cumplida. Al simbolizarse la justicia se le vendó los ojos, señalando de esa manera que la misma no podía tener parcialidades. La justicia es ciega porque da la razón a quien la tiene la tiene sin ver a quien, pero esa razón no puede ser abstracta, debe poseer la instrumentación para ejecutarla y debe incidir en un mundo de posibilidades. El aparato judicial es complejo y su marcha supone tiempo, inversión, reflexión, y el principio mismo de la confianza ciudadana, y ella no puede conducir a la inutilidad o a la sin razón. Es necesario que se ejecuten efectivamente las decisiones judiciales para que el equilibrio social pueda mantenerse.

Es de humano, por excepción o por principio, buscar eludir el cumplimiento de obligaciones y corresponde al órgano especial del Estado, que es el Poder Judicial, impedir conductas de ese género o evitar que se generalicen y se abuse de ellas; para ello es necesario la protección de los derechos ciudadanos, y por ende, la factibilidad de ejecutar las decisiones judiciales. Las medidas cautelares tienen por finalidad otorgar garantías de salvaguardar el contexto de lo reclamado, cuando es ejercida oportunamente

y con fundamento, logra su propósito. El demandado al considerarse eventualmente condenado por la razón y verdad de los hechos alegados, o por cualquier otra circunstancia, puede realizar y en efecto se ha visto numerosos casos, actos de insolventación, para evitar el efecto de la decisión judicial adversa, dejando insatisfecha la pretensión del actor que ha justificado y probado los hechos alegados y consecencialmente vulnerando la seguridad jurídica implícita en los actos jurisdiccionales

1.3 Tipos de Medidas Cautelares

Para realizar una clasificación de las medidas preventivas se requiere una investigación minuciosa que culmine en una real clasificación de las medidas preventivas, en forma tal, que quede englobado todas las que consagran nuestras leyes. La dificultad se acrecienta al conocer la existencia de clasificaciones doctrinarias, que la legislación venezolana no acoge plenamente. Por otra parte, la costumbre ha ido creando algunas medidas que en su contenido no llenan los requisitos de tal pero que producen los efectos de una medida cautelar y que no se duda en incluir esta clasificación. De legislación a legislación hay diversas formas de interpretar las medidas preventivas y de ley a ley aparecen medidas diferenciadas, pero que son y que constituyen medidas cautelares.

Dentro de las muchas clasificaciones que la doctrina ha realizado una de las que ha tenido más adeptos por lo práctico de ella, es aquella que agrupa a las medidas preventivas por la naturaleza del órgano que las dicta y en tal sentido aparecen tres tipos de medidas preventivas: (A) Medidas cautelares jurisdiccionales, es decir, aquellas medidas que las dicta el órgano jurisdiccional, el Tribunal, y que son llamadas también medidas procesales o

judiciales. Son las conocidas en el mundo del litigio profesional, las que en juicio, se hacen valer para obtener la providencia, y consiguientemente, la finalidad buscada. (B) Medidas cautelares administrativas, que son algunas medidas dictadas por el Poder Público, o más específicamente por el Poder Ejecutivo, que como se expresa al ser dictadas por órgano distinto del poder judicial, carecen de jurisdiccionalidad y pueden ser revisados y revocados por éste. (C) Medidas cautelares convencionales, que son aquellas que emanan de la voluntad de ambas partes, pero cuya capacidad para decretarla y ejecutarla descansan siempre en la jurisdicción o en nombre de ella. Las partes pueden fijar dentro de una relación jurídica, sanciones específicas a un eventual incumplimiento de cualesquiera de los signantes, cláusulas penales, pudiendo muchas de ellas tener carácter preventivo o cautelar. El cumplimiento, es decir el decreto y ejecución, de esa sanción específica, con la naturaleza cautelar solo puede ser ejercida por la jurisdicción, nunca fuera de ella.

Calamandrei (1996, p. 78) ensaya una sistematización doctrinaria de las medidas preventivas fundada en la relación de instrumentalidad, que liga la providencia cautelar o lo principal; señala cuatro grupos: 1º.) Providencias instructorias anticipadas encaminadas a fijar y conservar elementos de pruebas, positivos o negativos que podrán ser utilizados después en el proceso definitivo, o sea, lo que se conoce como conservación y aseguramiento de la prueba; 2º.) Providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada; 3º.) Providencias que deciden interinamente una relación controvertida, para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo hasta que se decida definitivamente la cuestión; y 4º.) La caución que el juez puede ordenar, preste al interesado, para obtener una ulterior providencia judicial.

Incluye en el primer grupo: el examen testimonial a futura memoria, la pericia preventiva, algunas medidas dispuestas por las leyes de propiedad intelectual y de patentes cuando se encaminan a asegurar la prueba de la violación de los respectivos derechos, la verificación de escritos y la querrela de falsedad, cuando se sustancia en pieza separada y previamente al proceso en el cual se va a hacer valer el escrito o documento.

Incluye en el segundo grupo: el secuestro conservativo, el secuestro judicial, las medidas de seguridad de bienes hereditarios, cuando hay aceptación con beneficio de inventario; la clausura, colocación de sellos e inventario de bienes; ciertas medidas previas sobre los bienes en las sucesiones, la sentencia declarativa de quiebra y la retroacción.

Menciona en el tercer grupo: la denuncia de obra nueva y de daño temido, las providencias temporales dictadas en el juicio de separación personal de los esposos, los alimentos provisorios y algunas autorizadas, en carácter de urgentes o temporales, por las leyes de comercio.

En el último grupo incluye las medidas de contra-cautela, en el caso de una medida cautelar.

Podetti (1956, p. 153) en su tratado de las medidas cautelares formula una sistematización sobre la base del objeto de la medida preventiva (materia y finalidad) en tres géneros: 1º.) Medidas para asegurar bienes: a) para asegurar la ejecución forzosa, y b) para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas; 2º.) Medidas para asegurar elementos de prueba; 3º.) Medidas para asegurar personas: a) guarda provisoria de persona, y b) satisfacción de sus necesidades urgentes.

Medidas destinadas específicamente a asegurar la ejecución forzosa son, en primer lugar, el embargo: sea preventivo, ejecutivo o ejecutorio; la intervención: cuando se otorga para la percepción de rentas embargadas; la administración: cuando se emplea por vía sustitutiva de la venta, es decir,

en forma análoga a la intervención en la especie precedentemente señalada; la inhibición: que procura impedir que el deudor transfiera o grave bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, siendo por lo tanto un anticipo del embargo que ha de recaer cuando se los individualice; el secuestro: de los bienes dados en prenda; las medidas cautelares: en favor del acreedor hipotecario.

Medidas genéricamente asegurativas, destinadas a mantener los bienes o las cosas en status quo, a conservarlas, sin otro propósito inmediato, aún cuando, en el fondo, pueden servir a la ejecución forzosa de los bienes así inmovilizados (obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer), o a su entrega en especie a quien solicitó la medida, son: la prohibición de innovar y de contratar; la intervención meramente de vigilancia; la administración de bienes sociales y de bienes sucesorios; la curatela a los bienes de un presunto insano y de una herencia presuntivamente vacante; la suspensión de obra nueva, las medidas de seguridad sobre los bienes en los procesos sobre cuestiones de familia y estado de las personas o a ellos acumulados; las que se acuerdan en la reivindicación y en las acciones posesorias.

Medidas de aseguramiento de pruebas o de instrucción preventiva o anticipada, son: las de prueba que se autorizan como previa al proceso ordinario o a cualquier proceso; el secuestro en procesos penales, cuando tienden a asegurar objetos y bienes utilizados en la comisión del delito; el secuestro que puede decretarse en las cuestiones referentes a marcas, patentes de invención y propiedad literaria o artística; la redargución de falsedad de un documento antes de ser ofrecido como prueba; la comprobación de hechos o del estado o calidad de mercaderías fuera de un proceso pendiente.

Según Podetti (1956, p. 152), tomando en consideración más que su naturaleza en el proceso a los fines perseguidos, la situación de las medidas

dentro del derecho venezolano según la ley, código o normas en que hayan sido consagrados y a tales fines se han concentrado en cuatro grupos a saber:

(A) Medidas preventivas según que estén consagradas en la Sección Primera del Título Tercero del Código de Procedimiento Civil.

(B) Medidas cautelares consagradas en forma dispersa en los demás códigos y leyes venezolanas.

(C) Medidas cautelares señaladas por la doctrina pero no consagradas en las leyes venezolanas.

(D) Medidas no preventivas cautelares pero que por la costumbre y los efectos tienen las mismas consecuencias de tales medidas cautelares.

En el primer grupo se incluyen: a) el embargo; b) el secuestro; c) la prohibición de enajenar y gravar.

En el segundo grupo se incluyen: a) la guarda de menores; b) guarda de personas (ebrios, drogadictos, alienados); c) pensiones de alimentos; d) litis-expensas; e) expropiaciones; f) ocupaciones judiciales; g) prohibiciones de salida del país; h) administración judicial de bienes de la sociedad conyugal; y) administración judicial de bienes de menores; j) administración de bienes de entredichos y alienados; k) administración judicial de bienes en sucesión; l) administración judicial de bienes en asociaciones y compañías anónimas, m)) Autorización a la mujer casada para separarse del hogar; f) Medidas de protección a la mujer en casos de violencia de género, (Ley Orgánica sobre los Derechos de la Mujer a una Vida Libre de Violencia), entre otros.

En el grupo tercero se incluyen: a) la inhibición; b) la intervención judicial en sociedades.

En el grupo cuarto se incluyen: a) la detención de vehículos por autoridad competente; b) las notificaciones judiciales; c) las instrucciones

de perpetua memoria; d) las recusaciones y solicitud de inhibiciones de jueces.

Con el Código de Procedimiento Civil de 1986 se establece una clasificación de las medidas preventivas en función de los criterios que tuvo el legislador al consagrar tipos y formas de medidas preventivas.

En este sentido existen:

1. Medidas preventivas típicas y principales, aparecen las tradicionales medidas de: Embargo, secuestro y, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.
2. Medidas preventivas complementarias aparecen aquellas medidas preventivas, de tipo complementario, que el Juez, a su leal saber y entender, considere necesarias, para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado. En este punto tiene existencia el famoso apostamiento policial, o la detención de vehículos por autoridad policial.
3. Medidas preventivas atípicas, asegurativas y conservativas, entran aquellas medidas que el Juez, a su leal saber y entender, considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En estos casos para evitar el daño el juez, puede autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

1.4 Importancia de la Garantía de la tutela judicial efectiva plasmada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

La importancia del acceso a la justicia es trascendental, en virtud que hoy en día es considerado un derecho consagrado constitucionalmente, y que forma parte inherente al ser humano, por ello su importancia en el plano de la realización efectiva de la justicia. No obstante la igualdad ante la ley y ante la justicia, de la defensa judicial de los derechos, asume una importancia para el efectivo acceso a la justicia pues su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. De ahí que las garantías de igualdad procesal, y el goce de la jerarquía constitucional frente a la cuestión de igualdad ante la ley se traduce ahora en un aspecto de gran importancia para el tema de la igualdad ante la justicia.

La constitucionalidad del derecho de acción, desde el punto de vista del derecho constitucional ha enfatizado la socialización jurídica del Estado contemporáneo donde se ha determinado la urgencia de crear instrumentos necesarios para lograr su actuación efectiva por todos los justiciables. De un simple derecho formal la acción se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz. En dicho enfoque la temática del acceso a la justicia encuadra dentro de los fundamentos y alcances de los derechos genéricos de la persona humana.

La apertura del orden normativo hacia la realidad social, viene como un fenómeno que ha sacudido a la ciencia jurídica en las últimas décadas, inaugurando una fundamental apertura hacia una cosmovisión mucho más amplia, comprensiva de los problemas y de la evolución y cambios de la sociedad. La crisis del positivismo jurídico y especialmente la expansión de la corriente sociológica, junto con el auge de los aportes históricos comparativos, han inducido a los juristas a trasladar su atención del orden normativo hacia la misma realidad social en que se inserta. Las diversas investigaciones empíricas, con sus métodos propios de las ciencias sociales,

han generado una toma de conciencia sobre la necesidad de atender a la efectividad de las normas de derecho a la justicia.

El Derecho de acceso a los tribunales se analizará en tres grandes materias que institucionalmente incluye en su contexto la garantía de la Tutela Judicial Efectiva, que hacen referencia a este acceso; el derecho de apertura del proceso, la llamada de la parte al proceso, con especial atención a los requisitos constitucionales de los actos de comunicación, la exigencia de la postulación.

El Derecho a la Apertura del Proceso, como primera manifestación del derecho de Acceso a los Tribunales incide sobre el demandante, esto es, aquella persona que reclama una determinada protección jurisdiccional. Sobre este tema se enfatizará la doctrina constitucional referente al alcance y contenido del citado derecho; su titularidad; la prohibición de obstáculos excesivos o irrazonables al acceso al proceso; el principio del favor actionis o pro actione y sus manifestaciones: El antiformalismo y la subsanabilidad de los defectos procesales; para concluir en el estudio del derecho a la justicia gratuita.

1.5 El Acceso a la Justicia y a la Efectividad Tutelar de las Garantías

Es regla básica del derecho contar y disponer de acciones y vías útiles porque siempre la atribución o el reconocimiento de las libertades fundamentales se traducen en el nivel constitucional, en un reconocimiento a fortiori demanda, la asistencia de un eficaz sistema de garantías, no tanto de carácter formal, sino representativo de una protección real.

De allí que la exigencia de efectividad, según lo evidencia la evolución de la experiencia amparista es lo que representa el común denominador de cualquier sistema de garantías. La sola efectividad, en último análisis, permite rendir y verificar el grado variable de la protección concreta que reviste la garantía, tanto desde el punto de vista formal o extrínseco cuanto de contenido intrínseco que es capaz de asegurar la situación subjetiva que abstractamente la norma procura proteger. Así mismo la efectividad en un doble plano concurrente, por una parte la idoneidad específica del remedio técnico de la garantía a utilizar, y, en segundo lugar, la materialización que a través de la jurisdicción se debería alcanzar como manifestación de concreción de la tutela recabada.

El acceso al sistema procesal de la justicia centra las censuras más contundentes en resaltar la generalizada quiebra de ese resultado, finalidad en la experiencia de la actividad judicial y el desencanto que ello conlleva. Tampoco es suficiente, para disponer del proceso justo, contar con un juez imparcial y transparente, la debida audiencia, el ofrecimiento y práctica de la prueba pertinente, el alegar sobre su mérito, el dictado de una sentencia adecuadamente motivada, poder impugnarla y, firme, llevar adelante su ejecución. Es también imprescindible mediante su íntegro cumplimiento dar satisfacción al interés específico del litigante ganador, en un plazo razonable.

En efecto las afirmaciones hechas por Couture (1945) y Calamandrei (1949); según Cueli (1997) en los comentarios a la Constitución de la provincia de Buenos Aires sancionada en 1994, "El movimiento del Acceso a la Justicia confirma, el vigor de esa tendencia que se estampa en el artículo 15 de la Constitución de Buenos Aires, reformada en 1994: "La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva". Igualmente en Venezuela, a partir de la nueva Constitución de 1999 en el artículo 26 consagra el Acceso

a la Justicia como un derecho, cuando determina que “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia (...)”

Atendiendo a estas consideraciones cabría agregar que, para contribuir a alcanzar la meta difícil de la efectividad ante el continuo ensanchamiento de nuevas legitimaciones, tanto en el derecho público como en el privado, a raíz de la correlativa dilatación de derechos difusos, colectivos, o individuales, corresponderá depurar la masa de asuntos que ingresan a los tribunales, es en razón que la tutela jurisdiccional, como por ejemplo, de los intereses difusos con particular resguardo en los colectivos, por ejemplo, la protección del consumidor contra actos de concurrencia desleal, discutidos en el Congreso de Salerno, en Italia, en 1975, el cual necesitaba evitar una canalización general que desemboca irremisiblemente en la sobrecarga de problemas políticos, sociales y económicos a través exclusivamente del proceso judicial: Determinados asuntos y conflictos deben ser advertidos en su específica dimensión económico social y, se agrega, hallar respuesta en el ámbito de la justicia de protección, o en sede administrativa o legislativa, antes que en su vertiente jurídica.

Por su parte el artículo 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

1.6 Beneficios que brinda la Garantía al Efectivo Acceso Tutelar Judicial en Venezuela

El artículo 7 de la Constitución Bolivariana de Venezuela (1999), reafirma que es la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, de manera que todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la misma, estableciendo, asimismo, uno de los deberes constitucionales cumplir y acatar la Constitución así lo establece el artículo 131. En la vigencia de la constitución mediante su publicación en la Gaceta Oficial luego de la aprobación mediante el referéndum, de fecha 15 de diciembre de 1999, comenzó a regir como norma suprema y por lo tanto con todas sus consecuencias: La supremacía misma que implica el poder derogatorio de la constitución respecto de toda norma que contradiga o se aparte de las previsiones del texto constitucional; como la nulidad de todo acto estatal que se dicte en contravención con sus disposiciones.

Los beneficios que brinda la Garantía al Efectivo Acceso a la Justicia vienen dados por el control judicial de la constitucionalidad, de los actos estatales lo que se ha denominado justicia constitucional.

El artículo 334 de la Constitución atribuye a todos los jueces en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, la obligación de asegurar la integridad de la constitución. A través de dicha norma, surge la competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la constitución y ella corresponde a todos los jueces en cualquier causa o proceso que conozcan y además en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso administrativas al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución.

El control difuso de la constitucionalidad de las leyes, como una forma específica para el ejercicio de la justicia es la posibilidad que tiene todo juez

de la República de ser juez de la constitucionalidad de las leyes. Se le llama control difuso en cuanto al control de la constitucionalidad de leyes, que existe en Venezuela desde el siglo pasado regulado por el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece que: “Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pida colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.”

Así mismo más recientemente el principio del control difuso se estableció en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal cuando dispone que: “Control de la Constitucionalidad corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la Ley cuya aplicación se pida colidiere con ella. Los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional”.

A los efectos de que se consolide constitucionalmente el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes como ha ocurrido según lo señala Brewer (2000), en otros países como Colombia, por ejemplo desde el 1910, Artículo 315 y en Guatemala, 1965, artículo 204, Bolivia 1994, artículo 228, Honduras 1982, artículo 315, y Perú 1993 artículo 138; según el autor se propuso en la nueva constitución venezolana, una disposición similar. En el artículo 334: “En caso de incompatibilidad entre esa Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.”

Así mismo, la Constitución de 1999, ha creado una gran novedad como lo es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Artículo 262, al cual se le ha atribuido la jurisdicción constitucional en el artículo 266, ordinal 1º cuando dispone la potestad anulatoria de las leyes y demás actos de igual

rango y jerarquía y el eje de otras competencias en materia de justicia constitucional, enumeradas en el artículo 226, y dispone lo siguiente: “La potestad anulatoria por inconstitucionalidad, en este sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como jurisdicción constitucional, tiene las siguientes atribuciones de control concentrador de la constitucionalidad de determinados actos estatales, con poderes anulatorios, previstas en el artículo 336:

1 Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.

2 Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colida con ella.

3 Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colida con esta Constitución.

4 Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

El Tribunal Supremo como máximo intérprete de la Constitución, facultada por el artículo 335 de la referida constitución, debe garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales. La garantía al efectivo acceso a la Justicia, destaca no sólo el derecho de acceder a la justicia para la protección de sus derechos e intereses, incluso de carácter colectivo y difuso, sino el derecho a la tutela efectiva de los mismos, y el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Esta norma fundamental incorpora al constitucionalismo nacional, el principio del derecho a la tutela judicial efectiva, que proviene del constitucionalismo español (Art. 211 Constitución de 1978); y el derecho de rango constitucional a la celeridad judicial.

1.7 Proporcionar a todas las personas Tutela Efectiva en el Ejercicio de los derechos e interés legítimos.

El conjunto de órganos que desarrollan éstas funciones los define la Constitución, como el Poder Judicial y el Sistema de Justicia; y en su artículo 253, 2da aparte, nos señala su integración: "el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, La Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario y los abogados autorizados para el ejercicio".

Destaca entonces la exposición de motivos, en su capítulo III, Título V, como una de las funciones del Poder Judicial y del sistema de Justicia, el ofrecer a todas las personas Tutela Efectiva de sus derechos e intereses, lo que fue regulado como Derecho fundamental, dentro del título III, relativo a los Derechos Humanos, Garantías y Deberes, en su Capítulo 1, Artículo 26, el cual reza: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los difusos o colectivos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizara una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. En la Constitución se incluyó, en forma, expresa como garantías constitucionales, el "Derecho de Acceso a la Justicia y a la Tutela Judicial Efectiva". Esta última, expresan los autores que estudian el tema, se debe a la influencia de la Constitución Española de 1978. Por otra parte como se sabe, existe la tendencia moderna a constitucionalizar los principios procesales,

conjuntamente con el auge en la protección de los derechos humanos, que se desarrolla en el ámbito mundial.

Hasta el momento la consagración de la Tutela Judicial Efectiva en el país, no aparecía de forma expresa en ningún texto legal, no obstante, la Doctrina y jurisprudencia Administrativa venezolana, reconocían su existencia, la aplicaban en el ámbito del contencioso Administrativo, y afirmaban que tal derecho se desprendía de los artículos 68 y 206 de la Constitución de Venezuela de 1961.

Lo importante de estas dos disposiciones constitucionales, es que de la interpretación de ambas, se creó todo un desarrollo doctrinario, por parte de los administrativistas, quienes parecían hasta el momento como los únicos interesados en el tema en Venezuela, y su aplicación produjo importantes consecuencias prácticas. Los Constituyentes señalan que su estipulación expresa surge como una revolución intelectual que se levanta en contra de la ineficacia e injusticia del Sistema Judicial, se toma conciencia de la constitucionalización de una serie de derechos fundamentales de orden procesal, porque de nada sirven justas leyes sustantivas si las mismas se pierden en un inalcanzable, lento e ineficaz procedimiento.

En la exposición de motivos del título III los constituyentes expusieron: "(...) y con el fin de erradicar uno de los principales problemas de la Nación venezolana, en virtud del cual el Poder Judicial se caracterizó por su corrupción, lentitud e ineficacia y, especialmente, por restringir el acceso de la población de escasos recursos a la justicia; la Constitución exige al Estado garantizarla".

La Constitución reconoce y garantiza derechos fundamentales lo cual significa que a ciertas situaciones subjetivas ventajosas, reconocidas por el

orden jurídico como valiosas, les asigna un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se otorga a otras situaciones de legítima prerrogativa individual; la garantía reforzada que puede operar frente a las actuaciones de los órganos judiciales y administrativos, frente al poder legislativo y aún frente al poder constituyente.

Los derechos fundamentales constituyen una categoría especial de derechos pertenecientes a un sistema jurídico - positivo, al clarificar en qué condiciones es predicable la existencia de un derecho en cabeza de alguien, en qué circunstancias tiene significado lógico - jurídico el enunciado "A" tiene el derecho "X". En el ordenamiento moderno la difusa expresión tener un derecho cobija un amplio y variado universo de situaciones en la que se está habituado para invocar el orden jurídico vigente, apoyándonos en él para obtener algún provecho, beneficio o ventaja.

CAPITULO II

ASPECTOS LEGALES QUE DEFINEN A LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO UN ELEMENTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA

2.1 Marco Constitucional de las Medidas Cautelares como elemento de la Tutela Judicial efectiva en Venezuela.

En los procesos constitucionales subjetivos para la protección de los derechos fundamentales, como el amparo, hábeas corpus y hábeas data, la suspensión de los actos, en sentido amplio, provenientes de autoridad o de particulares, en ciertos casos, constituye frecuentemente una decisión primordial, de tal suerte que sin su otorgamiento puede la vulneración ser irreversible o mermar la eficacia del fallo protector, por lo que es necesario en ciertos casos la dación de medidas cautelares no sólo conservativas, sino de carácter innovativas al coincidir en parte o en todo con la eventual sentencia estimatoria.

El derecho de acceso a la justicia debe garantizarse a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

Según el artículo 26 de la presente Constitución, todos los ciudadanos tienen derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, pero que según el criterio del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 26 de la Constitución se denomina derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho de acceso a los

órganos de administración de justicia, el derecho a tener una decisión en derecho y el derecho que esa decisión sea efectiva.

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

Así pues, hay que dilucidar en qué consiste concretamente la tutela judicial efectiva. Este derecho comprende no sólo el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, el derecho de acceso, sino también el derecho a que los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y mediante una decisión dictada conforme a derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho invocado.

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

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

En la actualidad, la crisis de la administración de justicia es palpable y, frente a este problema se han implementado mecanismos que intentan solventar esta situación, que ya no son los elementos constitucionales y jurídicos, sino los referidos a los aspectos prácticos en la aplicación de la justicia, esto es, mejor infraestructura física de las sedes de los tribunales de justicia, modernización de los Tribunales a nivel informático, así como otros aspectos relacionados con la gestión política de la justicia a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y el Tribunal Supremo de Justicia.

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

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

La tutela judicial efectiva significa por lo tanto, el derecho a utilizar medidas cautelares, y que esa medida sea “oportuna”, pues muchas veces la verdadera tutela es la preventiva o la simplemente resarcitoria, pues se trata de derechos restaurables, cuya violación carece de un equivalente patrimonial.

En el marco constitucional de la administración de justicia, cuando se habla de una justicia “accesible, idónea, responsable, sin dilaciones indebidas” significa implícitamente que el instrumento de eficacia del proceso son las medidas cautelares. Es de la esencia de la administración de justicia,

ser efectiva, y si ello es así, son inherentes a esa efectividad las cautelas que la aseguren.

Por eso, cuando el máximo Tribunal de Justicia hace énfasis en el “acceso a la justicia” como sinónimo de “tutela judicial efectiva” y considera esta como un derecho fundamental, esto significa una constitucionalización de la tutela cautelar en virtud de ser ella un instrumento fundamental para la eficacia y efectividad de los fallos.

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

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

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

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

para asegurar las resultas del fallo final, e igualmente, satisfacer en debida forma el derecho a la tutela judicial efectiva.

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

El artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le consagra al Juez Constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; en este sentido, se observa que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

En este orden de ideas, se observa que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos, en aras de mantener el orden público constitucional, poderes que no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación.

Ahora bien, en virtud que la acción de Amparo Constitucional, 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, 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 trasgresión de un derecho de naturaleza constitucional.

2.2 Marco Procesal de las Medidas Cautelares como elemento de la Tutela Judicial efectiva en Venezuela.

Según Calcaño (1991), a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se inicia la posibilidad de formular la pretensión cautelar de amparo constitucional en el proceso administrativo o en el proceso de inconstitucionalidad de actos normativos, sean éstos administrativos o legales, tal como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en la sentencia 434, de 10 de agosto de 1991. En tales casos se exigía como presupuesto para la concesión de la medida cautelar la presunción grave de violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales cuya tutela estaba siendo reclamada cautelarmente (p. 120).

En cambio, si la medida cautelar se pretendía con basamento en el Código de Procedimiento Civil, entonces debían alegarse y probarse los extremos tradicionales, es decir, la existencia del riesgo manifiesto de que quedase ilusoria la ejecución de la sentencia que en el proceso recayere y la demostración de la presunción grave del derecho que se reclama, exigidos por los artículos 585 y 588 de dicho texto legal.

Esto permitía considerar que habían diferentes requisitos para la obtención de las medidas cautelares como lo serían los daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva - peligro en la mora - artículo

21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional cuya tutela judicial se reclama –apariencia de buen derecho, artículos 2, 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o la exigencia de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora, artículo 585 del Código de Procedimiento Civil. (Calcaño 1991, 122).

En realidad tal distinción entre los requisitos nunca ha existido, porque el hecho que la regulación legal pusiera el énfasis para otorgar la medida cautelar en la presencia de uno de los requisitos que deben concurrir en toda pretensión cautelar, no excluía la presencia del otro. Tal situación ha sido precisada por la jurisprudencia reciente al exigir que la concesión de las medidas cautelares de suspensión de la ejecución, del amparo constitucional cautelar o las medidas innominadas deban estar presentes los dos requisitos tradicionales: la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.

Esta precisión es producto del diálogo entre la doctrina científica y la jurisprudencia, que han contribuido a establecer los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar en el proceso administrativo, en cualesquiera de las distintas modalidades que contempla el ordenamiento jurídico, valga decir, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos generales o individuales, las medidas cautelares innominadas o la pretensión cautelar de amparo constitucional.

Es así como la recientemente sancionada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia además de contemplar la regulación de la suspensión de los actos administrativos individuales de contenido positivo en el artículo 21, párrafo 21, incluye una norma que señala expresamente los presupuestos procesales para conceder las restantes medidas cautelares, también denominada atípicas o innominadas. Al respecto, el artículo 19, párrafo 10, establece que:

“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”.

Esto permite sostener que en el estado actual del Derecho Procesal Administrativo, los presupuestos procesales para la pretensión de las medidas cautelares por el interesado y la eventual concesión por el órgano jurisdiccional son esencialmente el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro en la mora.

En este mismo orden de ideas, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, elaborada como requerimiento de la Asamblea Nacional, señala en el artículo 129 lo siguiente: “El órgano jurisdiccional decretará las medidas cautelares cuando las partes aleguen y prueben que existe apariencia del derecho cuya tutela judicial se reclama y riesgo de que pueda quedar ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva”. (Hernández, 2000).

Esto podría llevar a concluir, que los presupuestos procesales de las medidas cautelares establecidos en la legislación, - aplicables en el proceso administrativo -, son los universalmente admitidos por la doctrina científica reconocida y por la jurisprudencia.

No obstante, debe advertirse la existencia de unas disposiciones legales que dan al traste con esta conclusión. Se trata de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2001), que regula al órgano constitucionalmente encargado de defender los derechos e intereses de la República, que en Venezuela, es el sujeto de derecho que ostenta la personificación jurídica del Estado, nacional e internacionalmente. Este texto legal en la Sección Tercera, del Capítulo II, del Título IV, intitulado “De las

medidas cautelares” reconoce que la Procuraduría puede solicitar las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar la tutela de los derechos, bienes e intereses de la República y además le impone al órgano jurisdiccional la obligación de limitar dichas medidas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio, artículos 91 y 94. Esto no constituye mayor novedad con respecto a lo expuesto precedentemente, pero donde sí se aprecia una total diferencia es en la exigencia de los presupuestos procesales de las medidas cautelares, tal como lo regula el artículo 92 que se encuentra redactado en los siguientes términos:

“Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados. Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador o Procuradora General de la República o de quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

Como se puede observar, la norma emplea la conjunción disyuntiva “o” para expresar que el presupuesto del peligro en la mora es alternativo del presupuesto de la apariencia de buen derecho, lo que termina de corroborarse al señalar que bastará para que proceda la medida cautelar, “la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados”. Esta fórmula legal rompe con la exigencia concurrente de ambos presupuestos procesales y desconoce de manera abierta - la doctrina científica reconocida- la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de

Justicia (2007), sentencia 492, que ha establecido reiteradamente que corresponde al órgano jurisdiccional constatar la presencia de ambos presupuestos para conceder la medida cautelar pretendida y que la ausencia de uno de los requisitos, hace inoficioso el análisis de otro, toda vez que para conceder las medidas cautelares se requiere la presencia de manera concurrente, de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora.

Sin embargo, separándose de la tradicional jurisprudencia el propio Tribunal Supremo de Justicia (2005), sentencia 5970, en Sala Político Administrativa, al encontrarse con la invocación del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República ha señalado que éste no exige de manera concurrente, los requisitos de la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora, que sólo basta la verificación de uno de los presupuestos enunciados para que el órgano jurisdiccional acuerde la medida cautelar solicitada, razón por la cual ha procedido a conceder medidas cautelares a favor de los órganos de la Administración Pública, aun cuando no se encontraban cumplidos de manera concurrente los presupuestos necesarios para la concesión de tales medidas cautelares.

Si ello es así, cabe preguntarse qué sentido tiene la concesión de las medidas cautelares cuando existen fundadas probabilidades que la sentencia definitiva reconozca el derecho que se reclama, si no existe temor alguno que el transcurso del tiempo que se debe esperar mientras se decide el proceso, pueda frustrar el reconocimiento de dicho derecho, o expuesto de otra manera, qué sentido tiene conceder medidas cautelares basadas en una apariencia de buen derecho, si no existe peligro alguno de que la sentencia no pueda ejecutarse en los términos que ella disponga.

Igualmente cabe preguntarse, qué razón justifica la concesión de las medidas cautelares si no existen fundadas razones que conduzcan a la convicción del juzgador prima facie que el derecho reclamado no puede ser tutelado en la sentencia que resuelva la controversia, pues en tal caso no

existe riesgo en la demora de la tramitación del proceso, es decir, no puede admitirse que el transcurso del tiempo que se debe esperar para obtener una sentencia, constituya válidamente el presupuesto suficiente para conceder las medidas cautelares, que pretenden garantizar la ejecución de una sentencia que jamás se va a producir. Dicho más llanamente, no puede existir peligro en la mora de un derecho que no tiene fundadas probabilidades de éxito, pues en tal caso no existe temor de que se vea frustrada una tutela judicial de un derecho que por inexistente, jamás se va a reconocer.

Es por ello que en estricto Derecho resulta contrario a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 26 de la Constitución, la redacción otorgada al artículo 92 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, pues con ello se ha agregado un nuevo e inconstitucional privilegio a la República, que se suma a los tradicionalmente existentes, (García de E., 1992, p. 159) uno más destinado a entorpecer, defraudar o pervertir la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Esta situación no puede ser más alarmante si se considera que ha sido el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativo, quien luego de reconocer inicialmente la validez constitucional de la protección cautelar establecida en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que admitía la posibilidad de suspensión automática de la ejecución de la sanción de multa, mientras se tramitaba el proceso administrativo, en caso de plantearse una pretensión de nulidad contra el acto administrativo sancionador dictado por el ente regulador de las telecomunicaciones (Hernández, 2004, p. 173), ha abandonado su posición inicial por considerar que la misma contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución, lo que condujo a que desaplicase dicha disposición por vía de control difuso de la constitucionalidad y se dispusiese que para obtener la tutela cautelar, los interesados debían alegar y probar los presupuestos

exigidos para todas las medidas cautelares. La aparición de estas sentencias - todas en 2005 - con criterios tan radicalmente opuestos, sólo permite una conclusión: La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha asumido una posición complaciente en materia de medidas cautelares con quienes invocan la defensa de los derechos e intereses de la Administración Pública y una posición totalmente severa con quienes pretenden la obtención de medidas cautelares en defensa de sus derechos e intereses como particulares. Tal actuación de la Sala Político Administrativa resulta censurable por constituir una violación del derecho a la igualdad jurídica en la aplicación de la ley que reconoce el artículo 21 de la Constitución y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, que debería ser corregida en el futuro, para evitar que se siga evaluando la pretensión de las medidas cautelares en el proceso administrativo con estándares de medición distintos, según quien sea el sujeto que solicita la protección cautelar.

No se le hace ningún favor a la Justicia, cuando se concede una tutela judicial cautelar ligera ante una pretensión formulada por los abogados del Estado y una tutela judicial cautelar dura ante una pretensión cautelar planteada por los particulares, pues justamente la tutela judicial en el orden jurisdiccional administrativo constituye una garantía para la protección de los derechos de los particulares y no de los privilegios del Estado.

2.3 Marco Jurisprudencial de las Medidas Cautelares como elemento de la Tutela Judicial Efectiva en Venezuela.

En el Derecho procesal administrativo venezolano, cada época ha tenido un tema que ocupa la atención de los operadores jurídicos y que la doctrina científica ha destacado a través de apasionantes trabajos que constituyen el testimonio de su tiempo. En esos escenarios, sin duda alguna que las

medidas cautelares han ocupado un momento importante en la historia del proceso administrativo y en la década del noventa a finales del siglo XX, se produjo una feliz concurrencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica que condujo a que la misma se constituyese en la década de las medidas cautelares.

A ello contribuyeron una generación emergente de profesores que a través de la cátedra, conferencias, simposios, congresos, artículos y estudios libraron la batalla por las medidas cautelares -tomando prestado el conocido y afortunado título de la obra de García de Enterría (1992)- y lograron sensibilizar a los operadores jurídicos en general, sobre la necesidad del establecimiento de un adecuado sistema de medidas cautelares en el proceso administrativo que garantizase una auténtica y efectiva tutela jurisdiccional. Sin duda alguna, que sin su colaboración no hubiese sido posible el giro copernicano que dio la jurisprudencia en materia de medidas cautelares. Las medidas cautelares se pueden plantear en los procesos administrativos que pretenden un pronunciamiento jurisdiccional declarativo, constitutivo o de condena en contra de la Administración Pública, lo que lleva a tener presente que más allá de las denominaciones jurídicas, lo fundamental es la posibilidad de exigir y obtener siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico, las medidas adecuadas, idóneas y necesarias para garantizar la protección de los derechos.

Es la gestación de esta evolución jurisprudencial la que ocupará la penúltima parte de este trabajo. Partiendo de las normas jurídicas analizadas anteriormente, los órganos jurisdiccionales han concedido las siguientes medidas cautelares:

1. Las medidas cautelares de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales de contenido positivo, artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Ésta surgió como la medida cautelar por antonomasia en el proceso administrativo y ha sido

concedida en un sin número de casos a partir de 1967, habiendo sido analizada en los epígrafes anteriores del presente trabajo.

2. Las medidas cautelares de prohibición de enajenar y gravar dictadas contra la Administración Pública, artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil. Esta medida ha sido de capital importancia en los casos en los cuales los órganos y entes de la Administración Pública han procedido al rescate sin respetar las garantías procesales, de bienes inmuebles que habían vendido a particulares y que luego de efectuar la recuperación administrativa de la propiedad, han pretendido venderlos a terceras personas.

3. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos individuales de contenido negativo, artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. La decisión administrativa que rechaza la solicitud de otorgamiento de la pensión de retiro es un acto administrativo individual de contenido negativo, que no altera la situación anterior del solicitante, razón por la cual carece de sentido su suspensión, no obstante, habiéndose comprobado el cumplimiento de los presupuestos de las medidas cautelares el órgano jurisdiccional concede de oficio, una medida cautelar positiva, de anticipo cautelar a los fines que se le pague mensualmente el monto de la pensión previsto en la ley, hasta que se resuelva el proceso administrativo. Sin embargo, deja a salvo el derecho de repetición de lo pagado indebidamente, en caso que se declare la improcedencia de la pretensión de nulidad del acto denegatorio. También se han dictado medidas cautelares positivas mediante las cuales se han regulado conductas, ordenándose la realización de una actuación determinada, como el cambio de las expresiones contenidas en las etiquetas que se colocaban en las botellas de una bebida alcohólica.

4. Las medidas cautelares suspensivas de ejecución contra los actos administrativos generales, artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Hace más de cuarenta años, cuando se concedió la primera medida cautelar de suspensión de la ejecución, ésta recayó sobre un acto administrativo individual y desde entonces se fue desarrollando la tutela cautelar frente a tales actuaciones administrativas, dejándose fuera de la protección cautelar los actos administrativos generales, lo que se traducía en la insuspondibilidad de la ejecución de éstos y en consecuencia, en su exclusión de la tutela judicial cautelar. Fue el desarrollo de ésta, lo que condujo a la aceptación de la pretensión de medidas cautelares suspensivas contra los actos administrativos generales.

5. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos generales, artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Una vez admitida en un primer momento la concesión de medidas cautelares suspensivas contra los actos administrativos generales, se había llegado a solo un paso para la concesión de medidas cautelares positivas contra dichos actos. Ello se produjo mediante la concesión de medidas cautelares de regulación de un proceso electoral, - a las cuales se hará referencia más adelante -, o de la prohibición de la designación de los cargos ocupados por jueces provisorios, mientras se discutía si la convocatoria del concurso de oposición era conforme a Derecho.

6. Las medidas cautelares suspensivas concedidas contra los actos administrativos individuales, a través de una pretensión de amparo cautelar dentro del proceso administrativo, artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Rondón, 2006, p. 129). Con fundamento en esta disposición, el órgano jurisdiccional administrativo ha

resuelto conceder la medida cautelar de suspensión del acto administrativo individual de la Comisión Nacional de Valores que había calificado como acciones en tesorería, un grupo de acciones poseídas por varias empresas relacionadas con una institución bancaria, estableciendo en consecuencia “la prohibición de formar parte del quórum en las asambleas de accionistas de dicha institución bancaria y a la votación en las mismas asambleas”, a las empresas titulares de dichas acciones. La razón que justifica la concesión de la medida cautelar suspensiva de amparo constitucional es proteger la presunta violación del derecho de propiedad sobre las acciones de los recurrentes.

7. Las medidas cautelares positivas concedidas contra los actos administrativos individuales, a través de una pretensión de amparo cautelar dentro del proceso administrativo, artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Rondón, 2006, p. 129). El órgano jurisdiccional administrativo ha reinterpretado la redacción literal de la norma, en pro del derecho a la tutela judicial efectiva y conforme a ello ha otorgado medidas cautelares de anticipo cautelar ordenando el pago de sumas de dinero, que habían sido negadas por los actos administrativos de la Administración Pública, que han sido considerados prima facie presuntamente contrarios al ordenamiento jurídico.

8. Las medidas cautelares suspensivas concedidas contra actos administrativos generales, a través de una pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo, artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

9. Las medidas cautelares positivas concedidas contra actos administrativos generales, a través de una pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo, artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Conforme a esta norma el órgano jurisdiccional administrativo ha desaplicado por considerar presuntamente inconstitucional

el estatuto de personal del Banco Central de Venezuela y ha dictado una medida cautelar positiva, a través de la cual dispuso efectuar el cómputo de los años trabajados por la recurrente en los distintos órganos de la Administración Pública y que se procediese a calcular y pagar las sumas de dinero reclamadas por concepto de prestaciones, como consecuencia de la finalización de la relación funcional. Ello sin perjuicio del derecho a repetición de lo pagado indebidamente, en caso que la pretensión de nulidad sea rechazada en la sentencia definitiva.

10. Las medidas cautelares positivas en los procesos administrativos de naturaleza funcional, artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Quizás uno de los aportes más novedosos de la jurisprudencia ha sido la concesión de las denominadas medidas cautelares innominadas en los procesos donde se formulan pretensiones de reclamación de derechos de los funcionarios públicos. Es así como frente al criterio tradicional respecto a la improcedencia de las medidas cautelares en estos procesos porque ello implicaría conceder cautelarmente lo que es objeto de debate de fondo, surgieron un conjunto de decisiones favorables a la concesión de medidas cautelares en los procesos funcionariales. Uno de esos casos condujo a conceder una medida cautelar positiva de regulación, en virtud de la cual se le ordenó a la Administración Pública que actuase de una manera determinada, mediante la designación en un cargo de igual o similar rango a aquél que le correspondía a la recurrente en la carrera diplomática, dentro del plazo de 8 días siguientes a la publicación de la sentencia.

11. Las medidas cautelares suspensivas en los procesos administrativos de naturaleza electoral, artículos 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En ejecución de estas medidas cautelares,

también se ha ordenado la suspensión de la convocatoria y realización de procedimientos administrativos electorales.

12. Las medidas cautelares positivas en los procesos administrativos de naturaleza electoral, artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En estos procesos se concedieron por primera vez medidas cautelares contra actos administrativos generales, de oficio, disponiendo la suspensión de la convocatoria de elecciones de gobernadores en dos estados, lo que en si mismo constituyó una auténtica novedad en el Derecho procesal administrativo. Además también se concedió por primera vez, una medida cautelar de regulación, en virtud de la cual se dispuso que reasumieran los cargos de gobernadores, quienes los habían ejercido con anterioridad - lo que suponía actuar en funciones, por mandato cautelar -, hasta tanto se resolviese respecto a la procedencia o no la pretensión de nulidad de la convocatoria de elecciones.

13. Las medidas cautelares suspensivas en los procesos administrativos en los cuales se encuentran presentes derechos e intereses colectivos y difusos, también conocidas en el derecho comparado como class actions, artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Entre las particularidades del sistema procesal en Venezuela, se ha creado una categoría de procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos contra los órganos de los Poderes Públicos, que se tramita en única instancia, ante el Tribunal Supremo de Justicia. Dado que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no contempla una regulación especial sobre este particular, se deben aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, lo que condujo a que la Sala Constitucional señalase que conforme a la Constitución, la vía procesal idónea para tramitar las pretensiones de protección de derechos e intereses colectivos y difusos es la

prevista en el proceso oral. Es conforme a este proceso y a las disposiciones del citado Código que el órgano jurisdiccional ha concedido las medidas cautelares para ordenar el cese de “las vías de hecho, actuaciones materiales, medidas de fuerza, perturbaciones y amenazas que han venido realizando, así como la paralización de cualquier obra o proyecto que se pretenda realizar”.

Además ha ordenado que la Administración Pública se abstenga “de dictar cualquier acto administrativo que de manera directa o indirecta lleve implícito la alteración del equilibrio ambiental y ecológico de la referida zona...”.

14. Las medidas cautelares suspensivas en materia de libre competencia, artículos 38 y 54 de la Ley para la promoción y protección del ejercicio de la libre competencia. Corresponde advertir que en materia de libre competencia existen dos categorías de procedimientos administrativos: Los autorizatorios, en los cuales se producen actos administrativos cuya protección cautelar en sede jurisdiccional siempre ha estado sometida al cumplimiento de las exigencias de todas las medidas cautelares; y los de prácticas prohibidas, cuya decisión podía ser objeto de la fijación del monto por la autoridad administrativa, para que luego el interesado procediese al otorgamiento de una caución en sede judicial, con el objeto de permitir la suspensión “automática” de la ejecución del acto administrativo. Sin embargo, luego de la impugnación de las disposiciones legales correspondientes, artículos 38 y 54 de la Ley citada, por considerar que habilitaban a la autoridad administrativa a inmiscuirse en el ejercicio de la potestad cautelar, que es exclusiva y excluyente del órgano jurisdiccional e insita a la de juzgar y hacer ejecutar lo sentenciado, se cambió la manera de aplicar tales disposiciones porque el Tribunal Supremo de Justicia señaló, que el establecimiento del monto de la caución realizado por la autoridad administrativa constituye una mera referencia o parámetro de carácter técnico, no vinculante para el órgano

jurisdiccional, pero que puede servir para obtener la suspensión de la ejecución, sin tener que alegar y probar los presupuestos de todas las medidas cautelares, siempre que el interesado opte por constituir la caución. No obstante, el órgano jurisdiccional no se encuentra limitado en su potestad jurisdiccional, pues puede apartarse de tal referencia técnica y proceder el mismo a establecer el monto que considere proporcional y adecuado al objeto del proceso administrativo.

15. Las medidas cautelares suspensivas de sanciones de multas en materia de telecomunicaciones, artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Aquí se ha pasado de la suspensión automática de la ejecución de los actos administrativos sancionatorios que imponían multas, - no así el resto de los actos administrativos sancionatorios - , hacia la tesis según la cual todos los actos administrativos que dictasen las autoridades administrativas del sector de las telecomunicaciones con independencia que sean sancionatorios o no, únicamente serían amparados por la protección cautelar si se alegan y prueban los extremos exigidos para todas las medidas cautelares en el proceso administrativo, para concluir finalmente volviendo a la suspensión automática de la ejecución, únicamente de los actos administrativos sancionatorios que imponen multas.

16. Las medidas cautelares suspensivas de sanciones de multas en materia de protección del consumidor y el usuario, artículo 152 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. En esta materia que la autoridad administrativa tiene un amplio catálogo de sanciones que puede imponer al infractor, únicamente se excluye de la posibilidad de ejecución inmediata la sanción de multa, siempre que hubiese sido recurrida, momento a partir del cual no se puede exigir su cumplimiento hasta que no se produzca la decisión sobre la pretensión de impugnación formulada.

Se trata de una variante de suspensión “automática”, porque no se requiere de solicitud cautelar alguna al órgano jurisdiccional y tampoco se

requiere que éste emita pronunciamiento alguno, la suspensión de la ejecución de la multa opera de pleno derecho, por la simple interposición de la pretensión.

17. Por último, se tiene la ejecución judicial forzosa de las medidas cautelares de suspensión de la ejecución o de suspensión formuladas a través de la pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo contra los actos administrativos individuales de contenido positivo, así como de pretensión de medidas cautelares innominadas, en el proceso contra los actos administrativos generales de contenido positivo, artículos 26, 131 y 253 de la Constitución. Este escenario ha servido para la construcción de la teoría de la reedición, repetición o reproducción del acto administrativo que ha sido objeto de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional dentro del proceso administrativo y que estando pendiente de decisión, es reproducido o reeditado por la misma autoridad administrativa, teniendo como sujetos destinatarios a las mismas personas y que guardando identidad de contenido, aun cuando cambiando los datos formales de identificación como el número de secuencia en la emisión, la fecha de emisión, persigue dejar sin efecto la decisión cautelar recaída sobre el acto administrativo original.

En tales casos, la jurisprudencia de manera confesa siguiendo la experiencia del Derecho colombiano, ha reconocido la existencia del acto administrativo reeditado, reproducido o repetido, señalando que el mismo se produce cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que el acto administrativo reproducido contenga en esencia la disposición o disposiciones originalmente suspendidas; b) Que no hubieren desaparecido las causas que motivaron la medida de suspensión; c) Que el acto repetido o reproducido haya sido dictado por la misma autoridad administrativa que dictó el acto cautelarmente suspendido; d) Que quien solicite la suspensión del acto repetido sea parte en el proceso pendiente; e) Que en el proceso en

el cual se concedió la medida cautelar de suspensión, no se hubiese dictado sentencia definitiva.

Una vez que el órgano jurisdiccional administrativo verifica tales circunstancias, ha procedido a reconocer una desviación de poder a través de la reedición del acto administrativo y a concluir que la pretensión procesal inicialmente planteada contra el acto originalmente recurrido, también se dirige contra el acto administrativo repetido, aún cuando éste haya sido reproducido con posterioridad, así como que la concesión de la medida cautelar contra el acto original, se extiende hasta el acto reeditado por la autoridad administrativa.

En esencia, éstos constituyen los grandes avances de la jurisprudencia en materia de medidas cautelares, toca ahora establecer cuáles son los retos y desafíos que deben enfrentar los operadores jurídicos en la progresiva construcción de la institución cautelar en el proceso administrativo.

En los más de cuarenta años de historia que tienen las medidas cautelares se han efectuado importantes avances, que van desde la inexistencia de la posibilidad de pretender la concesión de medidas cautelares en el proceso administrativo, pasando por la conquista de la suspensión de la ejecución en un primer momento, hasta llegar a la concesión de toda clase de medidas cautelares idóneas y necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva.

Estando sentados desde la propia Constitución los cimientos del proceso administrativo y teniendo pleno reconocimiento en el ordenamiento jurídico el derecho a la tutela judicial efectiva, uno de cuyos atributos es la tutela judicial cautelar, en la hora actual del Derecho procesal administrativo en Venezuela, el debate debe orientarse a precisar los cuatro supuestos de responsabilidad que pueden surgir con motivo de la pretensión de tutela cautelar:

1. La responsabilidad del solicitante que abusando de su derecho, plantea la pretensión de medidas cautelares: Ésta se produce cuando se efectúa una pretensión conforme al ordenamiento jurídico, pero el interesado lo realiza actuando con falta de probidad y ética procesal o con mala fe, para lograr una situación ventajosa en el proceso, más allá de la búsqueda del reconocimiento del derecho que reclama y que espera le sea reconocido en la sentencia que resuelva el mérito del proceso.
2. La responsabilidad del funcionario que obstaculiza la ejecución de las medidas cautelares: No es infrecuente que los funcionarios administrativos, dilaten el cumplimiento de las medidas cautelares, se valgan de tecnicismos, produzcan actos cuyo objeto sea dejar sin efecto ilegalmente las medidas que obran en contra de la Administración Pública o simplemente ignoren los mandamientos cautelares, lo que constituye una flagrante y censurable violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que genera la responsabilidad personal del funcionario que así actúa. Tal responsabilidad podrá ser de carácter civil, por ocasionar daños y perjuicios al beneficiario de la medida y frustrar la tutela judicial efectiva, penal, por el delito de desacato de las decisiones judiciales, administrativa, por los daños patrimoniales que su actuación le produzca a la Administración donde desempeña sus funciones, y disciplinaria, que pueden conllevar incluso a la sanción de destitución de la función pública.
3. La responsabilidad del juez que concede o niega indebidamente las medidas cautelares: La responsabilidad personal de los jueces puede surgir producto de un error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de normas procesales, por denegación de justicia, por parcialidad en la función jurisdiccional, por delitos de cohecho o prevaricación en que puedan incurrir al momento de resolver

una pretensión cautelar. Esta responsabilidad podrá manifestarse de manera similar que con los funcionarios públicos administrativos.

4. La responsabilidad del Estado: Se menciona de última, pero no por ello menos importante, la responsabilidad del Estado, que se puede derivar de la función jurisdiccional o de la función administrativa. En el primer caso, surge la responsabilidad cuando por actuación u omisión de los órganos jurisdiccionales, es decir, cuando como consecuencia de un error judicial, un retardo en el pronunciamiento sobre la pretensión cautelar o una omisión injustificada, una de las partes experimenta un daño en su esfera jurídica que deberá ser reparado o restablecido. En el segundo caso, la responsabilidad será consecuencia de todas aquellas actuaciones u omisiones en que incurra la Administración Pública llamada a cumplir las medidas cautelares o incluso otra autoridad administrativa que de alguna manera colabore, coopere o intervenga para eludir el cumplimiento de la decisión cautelar, mediante simple omisiones, a través de actuaciones materiales o mediante actos administrativos expresos.

De allí que este breve recuento histórico constituya apenas un punto de partida hacia los nuevos senderos que deben transitar las medidas cautelares, teniendo presente lo que se tiene, lo que ha costado lograrlo, lo que se debe hacer para conservarlo y lo que hay que realizar para mejorarlo.

Las medidas cautelares han contribuido notablemente a que los justiciables tengan fe en lograr la Justicia, a pesar del naturalmente lento proceso administrativo, pero el reto que corresponde a los operadores jurídicos para mantener viva dicha fe, consiste en el necesario perfeccionamiento del sistema cautelar en la futura reforma del orden jurisdiccional administrativo, el cual debe avivar en éstos la esperanza que la formulación de las pretensiones cautelares y su concesión por los órganos

jurisdiccionales, constituyen la garantía de alcanzar una auténtica Justicia material en el proceso administrativo.

2.4 Derecho Comparado

El origen del derecho comparado se remonta a finales del siglo XIX y alcanzan su consagración fundamental en el Congreso Internacional sobre la materia celebrada en París en el año 1900. Incrementó su campo de aplicación a la jurisprudencia de los distintos países, institutos de la siguiente materia, no tiene una autonomía científica.

Se refiere a la aplicación de los diferentes órdenes jurídicos nacional en el espacio; la mayor parte de las veces cuando se comparan entre sí, los derechos de los pueblos civilizados se hacen con miras de políticas jurídicas.

Es una ciencia descriptiva que consiste en analizar las normas jurídicas positivas, de las estructuras Constitucionales de los diferentes Estados para poner de manifiesto las modalidades de las instituciones.

La finalidad primordial del derecho comparado es indagar puntos de confidencia y diferencias específicas, arrojando luz sobre la evolución de tales institucionales y sistemas, aporta datos tendentes a su mejor conocimiento y subraya carencias susceptibles de ser corregidas en el futuro.

Entre las características del Derecho Comparado tenemos: (1) Investiga los principios comunes de las diferentes Constituciones, (2) Analiza las normas jurídicas positivas.; (3) Analiza las normas jurídicas positivas; (4) Describe las distintas normas jurídicas dentro del estado y el espacio compara entre los derechos de los pueblos civilizados. (5) Sirve de base para estudios jurídicos a futuro.

El Derecho Comparado es la disciplina que se propone, por medio de la investigación analítica crítica y comparativa, descubrir las semejanzas y diferencias entre los distintos sistemas jurídicos en el mundo.

Tiene como objeto la confrontación de los sistemas jurídicos de diversos países, para determinar lo que hay de común y diferencial entre ellos y determinar sus causas. Consiste en la aplicación del método comparativo para efectuar estudios comparativos también de la legislación, de la jurisprudencia, de las ejecutorias o de la costumbre jurídica.

Precisa lo siguiente, como su nombre lo indica, esta disciplina consiste en el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma.

Es decir, el estudio del Derecho Comparado no sólo puede referirse al estudio comparativo de las legislaciones sino también al estudio comparativo de la jurisprudencia, las ejecutorias, las instituciones jurídicas y la costumbre jurídica.

Conforme lo precisa René David (1969), los fines del derecho comparado son tres lo cual se detalla a continuación:

- 1) Unificación del derecho, sobre todo en materia comercial, a través de la *lex mercatoria* en el comercio internacional, se habla de unificación jurídica y también de armonización.
- 2) Entendimiento internacional, porque nos hace comprender la razón de ser de las normas en los distintos estados, por lo cual es necesario precisar que los diplomáticos es necesario sean formados además en derecho comparado, de lo contrario sería compleja la aplicación de las convenciones internacionales entre los diferentes sujetos del derecho internacional.

3) Un mejor conocimiento del derecho nacional, es decir, que utilizando el método comparativo se puede estudiar con mayor detalle los defectos legislativos y los aciertos legislativos.

Cuando efectuamos investigaciones de derecho comparado, es decir, cuando realizamos estudios aplicando el método comparativo al derecho, los juristas pueden conocer mejor el derecho, porque ya no se estudia las instituciones jurídicas o normas jurídicas, o jurisprudencia, o ejecutorias, o costumbre jurídica, dentro de un sistema jurídica, sino dentro de diferentes sistemas jurídicos lo que hace que la perspectiva sea mayor, ya que el vértice con el que se estudia el derecho es mayor.

La regulación de las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), Ley 1/2000, de 7 de enero, se realiza en el Libro Tercero, de los cuatro libros que la componen y se titula "De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares", el mencionado libro se compone de seis títulos, cinco de los cuales están dedicados a la ejecución forzosa y el sexto y último es el que se destina a las medidas cautelares. (p. 575-728)

Dispone el artículo 721, bajo la rúbrica "Necesaria instancia de parte", varias características esenciales de las medidas cautelares, entre las que destacan las siguientes:

Nunca se adoptarán de oficio, sino que estarán sujetas al principio dispositivo, con la única excepción de algunas medidas cautelares que pueden acordarse en relación a determinados procesos especiales, que son los regulados en los artículos 762 y 768 de la LEC referentes a los procesos de incapacidad y filiación.

No es posible, también por aplicación del principio dispositivo, adoptar medidas cautelares más gravosas que las que hubiesen sido solicitadas, con la excepción de los procedimientos también citados anteriormente.

La legitimación activa se atribuye al actor, tanto principal como reconvenicional, de tal manera que la medida se adopta bajo la responsabilidad de quien la solicita, que será responsable en caso de que la adopción de la misma ocasione daños o perjudique a los demandados.

Finalmente, debe destacarse que en el apartado primero del artículo 721 se pone claramente de manifiesto la finalidad de las medidas cautelares que no es otra que la de garantizar la efectividad de la sentencia, en concreto se refiere que "la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare".

En cuanto a la competencia para el conocimiento de la solicitud de las medidas cautelares será para el Juzgado de 1ª Instancia que esté conociendo del asunto, o el competente para el conocimiento del asunto principal en caso de no haberse iniciado, según dispone el artículo 723 de la nueva LEC, estableciendo el artículo 725 el examen de oficio de la competencia al establecer "Cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial..."

El artículo 726 de la LEC se refiere a las características de las medidas cautelares, destacándose en un breve esquema las siguientes:

- a. Instrumentalidad, ya que las mismas se adoptan en función del proceso principal al que sirven, y como dice el artículo 726: "Ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria...".
- b. Provisionalidad, estas medidas no pretenden ser indefinidas en el tiempo, sino únicamente hasta que se cumpla la función de aseguramiento.

- c. Temporalidad, es otra característica relacionada con la anterior, las medidas cautelares no son indefinidas sino temporales.
- d. Variabilidad, ya que las medidas cautelares pueden variar si varían la situación fáctica cautelable.
- e. Proporcionalidad es otra característica, no se pueden adoptar medidas cautelares desproporcionadas para conseguir el fin perseguido que es el aseguramiento de la efectividad de la sentencia.
- f. Procesalidad, ya que se adoptan en un proceso con todas las garantías del mismo, audiencia de partes, derecho de defensa, contradicción entre otros.

La Ley, apoyándose en doctrina y jurisprudencia consolidada, opta por un "numerus apertus" de medidas cautelares. Así, en su Exposición de Motivos se dice que "...la actual regulación se realiza de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número cerrado o limitado...". Por tanto, el artículo 726 de la LEC constituye un "catálogo meramente enunciativo" de medidas que pueden adaptarse con carácter cautelar, dejando claramente de manifiesto que se trata de un "numerus apertus", de tal manera que pueden ser adoptadas otras medidas cautelares distintas a las expresamente citadas en el mencionado artículo.

Los presupuestos para la adopción de medidas cautelares vienen recogidos en el artículo 728 de la Ley 1/2000, y son "peligro por la mora procesal, apariencia de buen derecho y caución", y que la Exposición de Motivos se refiere a ellos como "factores fundamentales imprescindibles para la adopción de medidas cautelares". Son los siguientes:

1. Periculum in mora. El artículo 728 exige para su adopción que se justifique " que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria", o sea, que

la falta de su adopción impediría o dificultaría la efectividad de la sentencia, bien porque el tiempo hace que las circunstancias cambien o porque el demandado intentará impedir la ejecución del fallo.

2. Fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho. Es otro de los requisitos establecidos en el artículo 728, que dice "El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión...", y que supone que la adopción de las medidas cautelares tiene su justificación sobre la base de que existe una apariencia de buen derecho.
3. Caución. Por último, el citado artículo 728 establece:

"Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado..."

Se configura así la caución como una garantía para el demandado en caso de que se dicte sentencia absolutoria, que haga frente a las responsabilidades por los daños y perjuicios que le puede haber acarreado la adopción de la medida cautelar. La Ley no regula la determinación de esta fianza, su determinación dependerá discrecionalmente del Juez.

El artículo 730 de la LEC regula los momentos para solicitar las medidas cautelares, y lo hace de la siguiente forma:

1. "Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal". "Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad".

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

2. “El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”.

3. “Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”.

Las medidas cautelares siempre se solicitarán por escrito, bien independiente o mediante otrosí en la demanda principal, y como indica el artículo 732 de la nueva LEC, justificando la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos, y acompañando los documentos que la apoyen u ofreciendo la práctica de otros medios de prueba que lo acrediten.

Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente, y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.

También el citado artículo 732 establece que en el propio escrito de petición deberá la parte especificar el tipo de caución que desea prestar y la

cuantía de la misma, justificando el importe que propone. Por tanto no es el Juez el que libremente fija la cuantía, sino que es la parte quien concreta la cuantía, que puede ser o no aceptada por el Juez.

El artículo 732 de la LEC establece como se debe realizar la solicitud de las medidas diciendo que:

1. “La solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción”.
2. “Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.
3. “Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud... Para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas cautelares”.
4. “En el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone.”

Una vez formulada la solicitud de medidas cautelares pueden ocurrir dos cosas, según haya o no audiencia previa del demandado:

- a. Que se dé traslado de la misma a la parte demandada, convocándose una comparecencia con asistencia de las dos partes.
- b. Que no se dé traslado previo a la parte demandada, ejecutándose la medida sin oír a la parte demandada. Esto únicamente ocurrirá cuando lo pida expresamente el solicitante y se acredite que concurren razones de urgencia, o que la audiencia previa del demandado pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar.

Finalmente, mencionar que según disponen los artículos 735 y 736, la aceptación o denegación de las medidas se realiza mediante Auto, que deberá dictarse en el plazo máximo de cinco días. Si el Juez estima que concurren todos los requisitos, acordará la medida cautelar solicitada, debiendo determinarse la forma, cuantía y tiempo en que deberá ser prestada la caución por el solicitante de la medida. Contra dicho Auto sólo cabrá recurso de apelación sin efectos suspensivos.

CAPITULO III

PRESUPUESTO QUE DEBEN CUMPLIR LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTO QUE GARANTIZAN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA

En el análisis las bases doctrinales que sustentan este estudio, se encuentran tres presupuestos de las medidas cautelares por consiguiente, de las pretensiones del mismo nombre, las cuales se basan de las ideas tomadas de Martínez (1999, p. 63): 1) La verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal; 2) El temor fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelararlo; 3) La prestación de una contracautela por parte del sujeto activo.

Conforme la naturaleza jurídica y la finalidad de las medidas cautelares, se requieren ciertos presupuestos para su otorgamiento, a saber:

3.1 El Fumus Boni Iuris (Presunción de buen derecho)

Se trata de la apariencia del buen derecho proveniente del solicitante de la protección y que ésta se puede presumir que la sentencia definitiva le reconocerá como justificación de la medida; porque según Ortiz (1999, p. 424) lo que se tutela tiene como fin que:

El proceso no beneficie a quien no tiene la razón y favorezca a quien la posee, las medidas cautelares solamente deben proceder en los casos en los cuales exista una seria presunción de que el recurrente tiene derecho y razón en el fondo del juicio principal, lo que consecuentemente será reconocido en la sentencia definitiva.

Actualmente la facultad o poder del Juez contencioso, de acordar la medida de suspensión de efectos se encuentra prevista en el artículo 19 parágrafo 11, allí se establece que 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.

Para demostrar el presunto derecho no se exige la certeza de su existencia sino la probabilidad de donde se manifieste la justificación efectiva de la medida de quien requiere tal tutela; de allí que en muchos casos los medios de pruebas eficaces serán aquellos que sean suficientes para acreditar la probabilidad de la presunción del buen derecho que se reclama. Al respecto, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil dispone como requisito, referido a las probanzas, que el Juez decretará la medida, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y “siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”.

Para la doctrina y para la jurisprudencia, afirma De la Sierra (2004, p. 314), no hay duda de que el eje de la tutela cautelar lo constituye los criterios materiales de adopción de las mismas, esto es, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

El *fumus boni iuris*, expone De la Sierra (2004, p. 315), es un criterio que siempre se ha encontrado vinculado al *periculum in mora*, dado que éste último ha de valorarse en todo caso con respecto a situaciones jurídicas que, en principio, aparecen como dignas de protección; para ello se ha de realizar un examen sumario, explícito o no, de la idoneidad de dichas situaciones

jurídicas para ser objeto del proceso, siendo dicho examen sumario efectuado, por lo general, en el examen de admisibilidad de la demanda.

Por su parte *fumus boni iuris*, corresponde a otro criterio de adopción de la medida cautelar, visto como una condición de admisibilidad, aunado por otro lado, al criterio de prejuzgar el fondo.

Finalmente, la apreciación de la concurrencia de estos requisitos no se realiza mediante la subsunción del supuesto de hecho en la norma, sino que responde a una operación algo más compleja, toda vez que es posible que accedan a un mismo proceso diversas situaciones caracterizada por la urgencia y por una apariencia de buen derecho, compitiendo entre sí por el pronunciamiento del juez cautelar.

Ante el escenario expuesto, corresponde el estudio del *fumus boni iuris* como presupuesto necesario de la tutela cautelar, revisando las precisiones terminológicas entre diversos ordenamientos jurídicos, así como la delimitación de su tratamiento y desarrollo por la jurisprudencia patria.

El término *fumus boni iuris* significa “humo de buen derecho”. Este presupuesto requiere que para la concesión de las medidas cautelares baste la apariencia del derecho que le asiste al peticionante de la medida cautelar, a cuyo efecto el procedimiento es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la tutela.

Como se ha dicho precedentemente, la resolución cautelar no declara la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo. Al tratarse de un procedimiento inaudita parte y, en consecuencia, meramente informativo, el juez no puede conocer con certeza el derecho, o sea, lo que a cada uno le corresponde. En tal sentido, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por la peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado.

Así, Cassagne y Perrino (2006) sostienen que,

“se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso” (p. 341).

Por su parte, la entonces Corte Suprema de Justicia afirmaba en este punto que las medidas cautelares,

“no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (Fallos 318:107, 326:4963).

En tal entendimiento, resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, de manera tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho, suponiendo que el desarrollo de ese proceso principal no resulte un obstáculo para alcanzar esa certeza.

3.2 El Periculum in Mora (Peligro en la demora)

Periculum in mora es definido por Ortíz (1999), como:

La probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en su ámbito económico, o de que 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 práctico”. (p. 43)

Este requisito referido, a la condición de daños irreparables o de difícil reparación por la tardanza del procedimiento se establecía en el artículo 136

de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de la manera siguiente “(...) 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 (...)”. Se advierte en lo que respecta a la necesidad de la protección cautelar que si el proceso fuese lo suficientemente rápido como para que no existiera peligro de que la sentencia definitiva fuese ejecutable, o como para no poder causar daños por la espera de ésta, las providencias cautelares no tendrían ninguna justificación.

Pero como lo afirmó Calamandrei (1996), que ubicado entre el proceso de cognición y ejecución se encuentra en el Proceso Cautelar, la Protección Cautelar, manifestada en las Medidas Cautelares, como atenuante ante el peligro en la demora del proceso que decidirá la causa, el denominado *periculum in mora*, de quien señala el procesalista:

El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria (...) Las providencias cautelares representan una conciliación entre dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando el problema del bien y el mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelve más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. (p. 42)

Con la referencia a lo antes citado, es importante como este inmortal procesalista expone la necesaria protección cautelar, no sólo por el daño

que se pudiera causar a las partes por el tiempo que se invierte en el proceso, sino, y no menos significativo, por la garantía de que se efectúe un proceso contradictorio pleno, de allí que la urgencia del daño, ante la demora procesal se atenúe a través de las Medidas Cautelares, y éstas como tutela jurisdiccional cautelar, vienen a ser aquellas que van dirigidas a hacer cesar el peligro de un daño en potencia, impidiendo la comisión o continuación de un acto perjudicial al interesado, o facilitando en su oportunidad la futura actuación del derecho, sin que por la urgencia de protección del necesitado se sacrifique el debido proceso ordinario, en este marco de orientación Ortíz (1999), explica que:

Con claro que si hay una justicia que debe ser rápida, es la justicia contenciosa administrativa (...) Sin embargo estamos frente a una "justicia administrativa en cámara lenta" (...) A pesar de recurrir ante el juez, la situación de las partes está marcada por el sello de la desigualdad: el poder público sigue beneficiándose de sus prerrogativas exorbitantes de derecho común (...) por lo que normalmente el tiempo perjudica esencialmente al administrado... Aun viciada de una gran ilegalidad, la decisión atacada sigue aplicándose hasta que el juez no la haya anulado (...) El transcurso del tiempo puede, pues, privar a los administrados de sus derechos esenciales. (p. 13)

Respecto a lo señalado, la presente autora manifiesta una situación dramática en lo que concierne al tiempo empleado y necesario para la tramitación de las causas por ante los órganos jurisdiccionales y a través de un proceso contradictorio pleno, y hace hincapié respecto a las desigualdades procesales ante los exagerados privilegios de la Administración Pública, en lo atinente al peligro que representa la posibilidad de que la decisión sea ejecutada inmediatamente, aun cuando el acto administrativo contentivo de la providencia dañosa se hubiere atacado, si el juez no acuerda la suspensión de sus efectos jurídicos, la tardanza de la decisión definitiva, deja desamparado al particular quien tiene la amenaza o

ya se consumó la ejecución de una decisión que al final pudiera ser declarada ilegal o inconstitucional.

El fundamento de *periculum in mora* toca primordialmente dos aspectos, según Ortiz (1999):

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, (...). 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. (p. 44-45)

Existe una conocida distinción entre los tipos de *Periculum in mora*, ella es: el peligro de infructuosidad del fallo definitivo el cual da lugar a medidas cautelares de tipo conservativo; y el peligro en la tardanza o retardo en la ejecución del mismo contra el que se dictan medidas anticipativas, distinción manifestada por Chiovenda (1998) y desarrollada por Calamandrei. (Ortiz, 1999, p. 368).

El *periculum in mora*, es el peligro que quede ilusorio el fallo definitivo ante el necesario transcurso del tiempo de cara a resolver el incidente de suspensión.

Es el peligro en la demora de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso, o como dicen García De Enterría y Fernández (1998, p. 628), “la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables”. Se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. En este riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar y debe, consecuentemente,

responder a una objetiva posibilidad de frustración, o estado de peligro de ese derecho invocado.

Al respecto, Chiovenda (1998) afirma que se trata del “temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho”.

Ahora bien, el peligro debe probarse en forma adecuada. En tal entendimiento, el requirente deberá exponer las razones, provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo indiquen, por las cuales es menester que el juez le conceda el anticipo jurisdiccional.

Como se ha afirmado al comienzo de este capítulo, la sustanciación de los procesos judiciales demandan un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que deben recorrerse hasta alcanzar una sentencia definitiva. A ello se le debe sumar la lentitud cada vez mayor de nuestro Poder Judicial que, aún aunando sus mejores esfuerzos, no puede solucionar el problema que suscita el abarrotamiento de expedientes en sus tribunales.

No se trata de dos nuevos requisitos, sino que la irreparabilidad y la inminencia del daño son las condiciones requeridas para la configuración del peligro en la demora. El verdadero peligro que se pretende resguardar está vinculado con la posibilidad cierta de que se produzca un daño inminente e irreparable. Como señala Gallegos (2004, p. 727) “no existe medida cautelar que no se dé para disipar un temor de daño inminente; constituye la razón de ser jurídica y de hecho de las medidas cautelares, que sustancia con ellas”. Respecto al concepto de irreparabilidad, señala este autor que debe ser entendido por su naturaleza, con independencia de la reparación que pueda o no obtenerse, en la medida que conforme esa naturaleza, la gravedad del derecho conculcado puede no ser adecuadamente reparado en dinero. En tal

sentido, será suficiente que no se pueda reponer las cosas a su estado anterior o que la reparación in natura sea imposible o en los hechos muy dificultosa.

3.3 La Contracautela

La contracautela, explica González (2005), es uno de los problemas que requiere especial atención, esto es, la garantía para responder de los perjuicios derivados de la medida cautelar. (p. 96).

Porque juegan dos intereses contrapuestos: por un lado, el del demandante, al que no puede denegársele el derecho a la tutela jurisdiccional por falta de medios económicos, y el de los demandados, que podrían encontrarse con graves perjuicios patrimoniales derivados de la medida cautelar adoptada en un proceso en que se desestimara la pretensión, sin posibilidad de reparación por insolvencia del demandante.

Así, respecto de los demandados, la tutela judicial efectiva exige que la caución sea suficiente para responder de los perjuicios que pudieran derivarse de la medida cautelar, ya que en otro caso resultaría difícil la reparación.

El peticionante de una medida cautelar debe prestar una garantía a los efectos de resguardar los daños que pueda ocasionar el otorgamiento ilegítimo de tal medida. Esta condición no es aplicable al peticionante que obtuvo un beneficio de litigar sin gastos, ni tampoco en el supuesto de que sea la Nación, una provincia o un municipio quien solicitare la protección cautelar.

Así lo requiere el artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), de Buenos Aires, que dispone que “la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que lo solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños que pudiere

ocasionar...”. En tal sentido, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado.

Al respecto, es dable advertir que en numerosas ocasiones los jueces, quienes fijan a su sano criterio el monto y tipo de la contracautela, otorgan medidas cautelares bajo caución juratoria cuando el peticionante tiene capacidad de afrontar una caución real. Esta modalidad ha sido abusada en múltiples situaciones que han generado enormes daños patrimoniales, desvirtuando el instituto cautelar. Es que al tratarse de un procedimiento inaudita parte, la garantía de la contracautela impide el envalentonamiento de pretensiones infundadas.

Respecto del demandante, por el contrario, la tutela judicial efectiva impone eximirle de prestar caución, siempre que, aún careciendo de medios, sea ineludible la adopción de medidas cautelares para asegurar la eficacia real de la sentencia.

Por su parte De la Sierra (2004, p 214), señala que una de las manifestaciones más claras de los poderes del Juez tiene lugar en el establecimiento de garantías o contracautelares.

Con este instrumento, arguye la autora, se pretende equilibrar el rigor que conlleva la adopción de la medida para los intereses en juego, incluyendo cierta válvula de escape en el sistema. De esta manera, en la medida en que se establece una suerte de protección final, el Juez podrá adoptar resoluciones más “valientes”, garantizando, además. Una cierta reparación a *posteriori* del interés que haya resultado afectado por la decisión.

En este contexto, al Juez le está permitido exigir las garantías que estime oportunas, tal y como se deduce de los textos normativos y tal como la jurisprudencia ha desarrollado.

En Venezuela, desde el punto de vista doctrinal, explica La Roche (2000, p. 281), la contracautela se presenta como condición de procedibilidad en la vía de responsabilidad civil. Para hacer efectivo el pago que garantiza la contracautela es preciso un juicio autónomo que sólo podrá dilucidarse cuando termine el actual.

La presentación de contracautela por parte del peticionario de cualquier medida cautelar, viene a representar el necesario contrapeso de que la medida se acuerde inaudita parte. No puede extrañar, entonces, que también requieran contracautela las providencias cautelares, ahora admitidas por el Código de Procedimiento Civil en el artículo 588, párrafo primero. Cabe aquí, en todo caso, subrayar las especiales dificultades con que debe enfrentarse el juzgador en el momento de calibrar una contracautela correspondiente a una providencia cautelar facultada por el Código de Procedimiento Civil. De todos modos, la tradicional prudencia y capacidad de los jueces, dan la posibilidad que la contracautela constituya un medio para el desarrollo y prosperidad de esta institución procesal en Venezuela. Aquí cabe recordar las enseñanzas de Podetti sobre el punto: Debe procederse con suma prudencia, evitando otorgar medidas que puedan ocasionar daño, sin la suficiente garantía de resarcimiento, en alguna medida, su propia responsabilidad de magistrado – tercero imparcial – están en el caso. Siendo la contracautela, como se señala, un presupuesto de medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso de que no se procediera así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite.

Conviene, despejar el camino, hacerlo sumamente claro, de las providencias cautelares que ahora el Código de Procedimiento Civil pone en manos de los jueces, para ejercitar un poder cautelar creativo con el fin de buscar una justicia preventiva, razonada y razonable, claro está que no se

pretende disipar todos y cada uno de los interrogantes múltiples que plantea la adopción de una institución novedosa y poco aplicada en el medio.

CAPÍTULO IV

SISTEMAS DE MEDIDAS CAUTELARES APLICADOS POR EL JUEZ DENTRO DEL PROCESO CIVIL COMO VÍAS QUE GARANTIZAN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

4.1 Sistemas Cautelares

Palacio (1998) indica que el proceso cautelar,

“es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”. (p. 773).

La sustanciación de todo proceso judicial demanda un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que se deben recorrer hasta alcanzar una sentencia definitiva. Es sabido que, dependiendo de la complejidad del caso y del ofrecimiento de prueba realizado por las partes, la etapa probatoria puede prolongarse por años. En este escenario surge una actividad preventiva que, por medio de una resolución temprana en el mismo proceso, asegura en forma provisoria que el transcurso de tiempo que demanda la labor jurisdiccional no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz.

En efecto, la necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable. Y para proteger ese derecho existe el ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el

resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio a otro proceso. En este entendimiento, Calamandrei (1996, p. 40) explica que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, este autor entiende que la cautelar es provisoria en el fin.

Pues bien, el ordenamiento jurídico nacional existen distintas medidas cautelares, llamadas también precautorias, que el caso tutelado puede requerir al juez en orden a satisfacer esa necesidad inmediata mientras tramita el proceso principal, conforme las particularidades de cada caso concreto.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan las nociones de proceso, medida, acción, pretensión, providencia o sentencia para referirse al instituto cautelar. No existe, en tal sentido, un criterio uniforme respecto a su naturaleza jurídica. En primer lugar, compartimos la postura señalada por varios autores que excluye la calificación de acción, dado que desde una concepción moderna, la acción impide su fraccionamiento, es sólo una.

En tal sentido, se entiende que a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar, en efecto, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si se está en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo. En Venezuela, la polémica se suscita entre autores como Di Iorio (1978, p. 152), que sostienen que el instituto cautelar no es autónomo, en la medida que importa una actuación procesal vinculada a un proceso principal, y autores como Reimundín (1970), que postulan la autonomía del proceso cautelar y su independencia como proceso.

La primera de las corrientes reconoce su influencia en Calamandrei, autor que entiende que no se debe hablar de proceso cautelar sino de

providencias cautelares, dado que el instituto cautelar no tiene una estructura exterior constante que permita considerarlo formalmente como un tipo separado.

En realidad, este jurista sostiene que las medidas cautelares carecen de un fin en sí mismo, son instrumentales, están preordenadas a la emanación de una ulterior sentencia que busca asegurar.

En cambio, quienes sostienen la autonomía del proceso cautelar reconocen las influencias de Carnelutti, al postular que mientras los procesos ejecutivos y de conocimiento persiguen la composición definitiva de la litis, el proceso cautelar, en cambio, tiene por finalidad la composición provisional.

Por otra parte, de la postura de Palacio (1998), proporciona un criterio intermedio, porque si bien entiende que no son atendibles los reparos que se han formulado para desechar la mencionada autonomía del proceso cautelar, dado que, aún desde la óptica formal que hace hincapié Calamandrei, el proceso cautelar exhibe una peculiar estructura que lo distingue de otros procesos, por otra parte sostiene que “desde un punto de vista teórico y práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares no resulta en modo desdeñable”, aunque señala que este último criterio no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, “ya que si bien este carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal”.

Este autor cuestiona, así, el criterio sostenido por Podetti (1956), quien afirma que no existe un proceso cautelar específico dado que solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se actuará el derecho.

Para Padrós (2005, p. 165), que comparte el criterio de la existencia de un proceso autónomo, pero accesorio, es necesario diferenciar el concepto de

pretensión del proceso, en la medida que la pretensión cautelar es el acto fundamental del proceso cautelar y consiste en la declaración de verosimilitud del derecho y en el consecuente despacho de la medida requerida. En tal sentido sostiene que,

“el proceso cautelar se configura como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar, provisional o precautoria), que tienden en forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución judicial que garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito a recaer en otro proceso, de conocimiento o ejecución” (p. 61).

Por último, también la doctrina se refiere a las decisiones de los magistrados que resuelven las pretensiones cautelares como “sentencias cautelares”, aunque con el alcance provisorio, su accesoriedad, y el hecho de que el contenido de su declaración no es de certeza sino de verosimilitud del derecho. Para evitar cualquier confusión con el instituto de la sentencia procesal, se inclina en denominar a dichas decisiones como “resoluciones cautelares”.

4.2 Cautelas no Judiciales

Son aquellos procedimientos no judiciales, actos llevados ante comisiones o consejos que no pertenecen al Poder judicial en los cuales la decisión final nunca adquiere carácter de cosa juzgada ya que son revisables por los órganos jurisdiccionales.

Son procedimientos no judiciales los procedimientos disciplinarios de las instituciones del Poder Ejecutivo, el procedimiento universitario, mal llamado proceso universitario, entre otros.

La parte que se crea perjudicada por la resolución final puede recurrir a tribunales judiciales ordinarios donde si habrá proceso.

En los procedimientos no judiciales la resolución final puede ser impugnada el Poder Judicial, una vez agotada todos los recursos administrativos en sede administrativa, como son: el Recurso de Reconsideración, el Recurso Jerárquico, para su rectificación, si es que alguna de las partes siente que la resolución no fue imparcial.

4.3 Sistemas Cautelares a Instituciones Personales, Sustanciales y Procedimentales

Las medidas cautelares personales según Maier (1992, p. 127), se definen como: “Aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal, que pueden adoptar en tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento”.

Estas medidas imponen limitaciones del derecho a la libertad personal reconocida en el ordenamiento jurídico, para asegurar al imputado en el proceso penal.

El antiguo Sistema Procesal Penal, era un sistema inquisitivo, que se caracterizaba por reunir en la persona del juez las funciones de investigar, acusar y fallar, impidiendo la imparcialidad, que es un presupuesto básico para el debido proceso. Los actos en su mayoría eran escritos y secretos en la fase del sumario, en donde los intervinientes del proceso tenían una participación pasiva y escaso contacto con el juez.

La etapa de investigación, se realizaba en forma secreta y en la mayoría de los casos, mediada por actuarios. Las policías recibían órdenes amplias

para investigar, lo que impedía control eficiente sobre la forma en que se desarrollan las indagaciones.

Las Medidas Cautelares no se discutían particularizadamente y con fundamentación específica para su procedencia, ya que eran consecuencia automática del auto de procesamiento. Por esta razón, concluida la investigación, el tribunal puede someter a proceso a uno o más sujetos determinados, basado en sólo presunciones de participación.

Esto se transformaba en una etapa central del proceso y se producía una relación automática entre el sometimiento a proceso y la prisión preventiva, el arraigo de pleno derecho, la libertad provisional, o las anotaciones en el prontuario y demás efectos restrictivos de libertad, aunque se probare finalmente la inocencia del acusado. Esto se debe a la razón antes aludida y a que en el antiguo sistema penal no existían medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

La prisión preventiva se caracterizaba, por la amplitud de las causas legales que autorizaban su procedencia y la amplia interpretación jurisprudencial de la que era objeto, convirtiéndose en regla general frente al derecho de libertad individual. Además, el criterio para determinar la prisión preventiva, lejos de cumplir con los fines del procedimiento, que es asegurar la permanencia del imputado en el juicio, cumplía funciones de pena anticipada y de carácter preventivo peligrosista, ajenos al texto constitucional.

Finalmente, la mayoría de las pruebas que se recopilan y analizan, se realizan en una etapa secreta, que constituyen la base para acusar o absolver a una persona. Debemos comenzar diciendo que las Medidas Cautelares, se manifiestan dentro de la etapa del Sumario, que se define como las diligencias tendientes a preparar el juicio criminal, estas diligencias tienen por objeto practicar la investigación del hecho, determinar los presuntos responsables, las circunstancias que puedan incidir en su

calificación y penalidad, asegurar a los presuntos responsables y asegurar su responsabilidad pecuniaria.

En relación a los últimos objetivos, el juez debe resguardar que los presuntos responsables comparecerán a las diligencias y trámites del proceso y que en su caso harán posible el cumplimiento de la sentencia. La protección de éstos objetivos, se concreta mediante la aplicación de las medidas cautelares o coercitivas. Este Nuevo Proceso Penal supone un sistema acusatorio en que se separan las funciones de investigar, acusar y fallar, siendo esta última la labor del juez. Se produce la instauración de un juicio oral, paradigma central, que a su vez se construye sobre la base de una nueva etapa de investigación, a cargo de un órgano llamado Ministerio Público, que conduce la persecución penal y posee discrecionalidad reglada para abandonar o ejecutar esta persecución, pudiendo derivar en un juicio oral.

Esta investigación se realizaba antes a través del sumario criminal, convirtiéndose en la etapa más importante, pues las pruebas aquí aportadas constituían la base para la sentencia. Por otro lado, ésta etapa era muy ritualista, rígida y formalizada, hecho que disminuía su eficacia.

En el nuevo sistema, ésta etapa es una fase meramente preparatoria que determina el curso posterior del caso y no tiene un carácter probatorio sino sólo un valor informativo; es una fase desformalizada y desjudicializada puesto que es realizada por los órganos administrativos a diferencia de la etapa del sumario.

Los objetivos del sumario y de la actual etapa de investigación son muy diferentes, puesto que en esta última se deben primero seleccionar que casos se investigarán, según parámetros de un sistema penal racional. Una vez determinados los casos a investigar, los fiscales deberán velar por la correcta aplicación de las salidas alternativas y propender a una eficaz investigación y acumulación de pruebas en el evento de una acusación y

juicio Oral, debiendo atender e informar adecuadamente a las víctimas y brindar protección si es necesario.

En la investigación, una vez que se requiere de la adopción de medidas que signifiquen la afectación de los derechos del imputado y que según la constitución y ley requieren la intervención judicial, se produce la formalización de la investigación en que se realiza la imputación por el fiscal acerca de determinados hechos. Esta actuación se considera el adecuado sustituto del sometimiento a proceso, manteniéndose de éste el contenido de garantía para el afectado, puesto que le permite conocer la imputación, designársele un defensor sino lo tiene y el fiscal queda limitado por los hechos incluidos en la imputación, no pudiendo ampliarse en la acusación.

Todo proceso tiene como fin, la eficacia de la persecución penal y garantía de los derechos esenciales del imputado en la resolución del conflicto penal. Así, para poder cumplir a cabalidad estos objetivos, es que surge el concepto de medida cautelar como sistema de autodefensa del ordenamiento jurídico, que asegura la consecución del proceso, ante el posible daño jurídico, si se burlan las sanciones impuestas al imputado, en la medida en que quede en libertad y oculte la verdad o provoque la inaplicabilidad de la ley penal, pues la función jurisdiccional debe juzgar, y poder ejecutar lo juzgado.

Y por otro lado, éstas medidas se establecen con un carácter excepcional, debiendo existir proporcionalidad entre la utilidad de ellas en la persecución penal, frente a la afectación de los derechos del imputado, investido de la presunción de inocencia, no pudiendo en principio sufrir ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena.

Es por esto además, que frente a la posible aplicación de los beneficios de la ley, que establecen medidas alternativas a las penas privativas de

libertad como sanción, no podrían aplicarse en una etapa previa medidas cautelares que privaran de la libertad al imputado.

Esta base fundante de las medidas cautelares, trae consigo la necesidad de rediseñarlas, innovando en los siguientes aspectos:

El Fiscal puede solicitar un conjunto de medidas cautelares específicas, que restringen los derechos del imputado, las que se discuten y ponderan fundadamente por el defensor el fiscal y el juez quien las determinará, cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, o para proteger el desarrollo de la investigación, para proteger a las víctimas o para asegurar los resultados pecuniarios del juicio, pudiendo solicitarse en la misma audiencia de formalización o en otras posteriores.

Se crean medidas cautelares personales, alternativas a la prisión preventiva, que deben ser utilizadas con preferencia a éstas, si el objetivo perseguido puede ser cumplido razonablemente con restricciones a la libertad de menor intensidad.

Existe un cambio en la concepción de fianza, pues, si la prisión preventiva u otras medidas cautelares no resultan necesarias, el imputado debe quedar libre bajo su sola palabra de comparecer en las actuaciones del procedimiento, excepto cuando la fianza sea imprescindible y si el imputado pueda ofrecer una garantía económica suficiente y relevante para él, que obligue su comparecencia, cautelando los mismos objetivos que las medidas coercitivas. Así, desaparece, la aplicación general de la fianza y por ende una limitación gratuita a los derechos fundamentales del imputado.

Se establecen controles específicos respecto de las medidas cautelares que implican formas de privación de libertad, buscando racionalizar y limitar al máximo su utilización, diseñando un sistema de control judicial de la prisión preventiva por medio de audiencias orales, con presencia del imputado y su defensor, que pueden realizarse cada dos meses por el

defensor, debiendo convocarlas el juez de oficio cada cuatro meses. Esta es una de las funciones de control más importantes que los jueces realizan para resguardar los derechos del imputado y evitar su uso como sanción anticipada.

Se disponen límites a la utilización de la prisión preventiva basados en la proporcionalidad que debe existir entre su aplicación y la posible pena. En este sentido, se han reducido las situaciones en que procede la privación de libertad como medida cautelar.

Entre los principios que determinan el equilibrio entre los fines del procedimiento y los derechos individuales, se encuentran: el derecho a la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el principio de jurisdiccionalidad, el principio de provisionalidad, el principio de proporcionalidad.

El Derecho a la Presunción de Inocencia: Es el principio rector e inspirador de todo el proceso penal acusatorio. Es por esto que la adopción de medidas cautelares deben establecerse con excepcionalidad y con su completa subordinación a los objetivos de la persecución penal. Así lo señala el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP).

El Principio de Legalidad: Las medidas cautelares sólo se podrán aplicar cuando estén reguladas en los casos y formas determinados por la constitución y las leyes, como lo señala el artículo 49 numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece el principio de legalidad recogido en el adagio *nullum crimen pena sine lege*, según el cual “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, fallas o infracciones en leyes preexistentes”. Este principio consta en el artículo 9 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, Principio de Legalidad y de Retroactividad.

El Principio de Jurisdiccionalidad. Este principio señala que las medidas sólo pueden ser decretadas por el órgano jurisdiccional competente, por medio de resolución judicial fundada. Con respecto a este punto, existen excepciones expresamente señaladas por la misma Constitución y las leyes en que podrá practicarse la detención por particulares, por policías o por otras autoridades de carácter administrativo. Esto se señala en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prescribe que nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley. Con respecto a las resoluciones judiciales que decretan las medidas cautelares, éstas deben ser fundadas, y deben indicar los hechos en que se basa el juez, los motivos que ocasionan la necesidad de decretar una medida cautelar y la finalidad que se persigue mediante su adopción, lo que se traducirá en la imposición de una medida cautelar de mayor o menor intensidad según corresponda. Esto se desprende del artículo 65 - 66 y 67 del Código Orgánico Procesal Penal.

El Principio de Provisionalidad: En relación a la duración de las medidas, el juez debe ponderar la mantención de las medidas coercitivas, que sólo podrán subsistir, mientras se den los presupuestos para su aplicación, pues éstas afectan la legitimidad del proceso, en relación a la presunción de inocencia, y la garantía de ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad. Esto se encuentra regulado en el artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal.

El principio de Proporcionalidad: Este dice relación con que debe existir una adecuación entre la medida decretada y el fin propuesto. Este principio se basa en considerar a la libertad como criterio de normalidad y la privación de libertad como excepción. Así, según la Constitución de la República de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal, la libertad se consagra como uno de los valores esenciales y su restricción sólo será posible en los casos y en la forma prevista por la ley. De manera que la prisión preventiva

debe decretarse sólo en los casos que sea procedente para los fines del proceso, siendo la regla general la imposición de las medidas cautelares de menor intensidad.

Entre las características de las medidas cautelares personales, se encuentran:

a) Excepcionalidad: Las medidas cautelares no siempre deberán decretarse, sino sólo en a medida que sea necesario para cumplir con los fines del procedimiento.

b) Instrumentalidad: Es la nota característica más importante de éstas medidas, porque permite distinguirlas de otras medidas similares, y dice relación con que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que están invariablemente vinculadas a la sentencia dictada en el proceso principal, cuya efectividad tiende a asegurar. Esta instrumentalidad es el presupuesto base de las demás características.

c) Homogeneidad: Referido a que, si bien, no tienen el carácter de pena anticipada, son asimilables a la privación de libertad, puesto que la prisión preventiva debe cumplirse en recintos penitenciarios, en módulos separados de los condenados. Por otro lado, también existe homogeneidad en cuanto a que el tiempo de privación de libertad se abona a la pena que deberá cumplir.

d) No oficialidad: En atención al principio acusatorio, las medidas cautelares no pueden ser decretadas de oficio por el juez, sino que siempre deben ser a petición de las partes, debiendo comparecer ambas, salvo en algunas medidas en forma excepcional.

El debido proceso es un principio que debe ser reverenciado tanto en sede judicial como en sede administrativa, dado que, el mismo constituye la piedra angular del derecho procesal y de cualquier instrumento jurídico-adjetivo. Como corolario de lo anterior, es preciso señalar, que García

(2001), relata que: “El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta en el llamado proceso de la función jurisdiccional”. Este garantismo supone la conceptualización del proceso como realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental; implica la puesta en práctica de las garantías contenidas en las leyes procesales plenamente comprometidas con la realidad Constitucional aquí y ahora. Es incuestionable que para conseguir una justicia saludable, plena de equidad, abarcadora de las perspectivas de toda la sociedad y del propio Estado Democrático, como lo reclama esta época, se exige la confiabilidad de las partes en su ejecución legal, garantista e independiente, con proporcionalidad e iguales posibilidades de actuar y contradecir ante un órgano jurisdiccional imparcial. No basta con la elaboración de normas claras que recojan el rito establecido para alcanzar un fallo justo, pues se requiere también que estas regulaciones proporcionen la posibilidad de un proceso digno y humanitario, sobre bases y principios democráticos, pero además de ello, es preciso que tales normas y formas de proceder se apliquen con el sentido que las inspiran, para que se pueda arribar en buena lid, a una decisión "correcta". De ahí que ofrecer supremacía o dispensar menosprecio a cualquiera de estos tres lados del triángulo equilátero de la esfera judicial nos conduzca a yerros fatales para acceder a una verdadera justicia. (p. 85).

Es así como, tal garantía procesal y procedimental que nació bajo el amparo del capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 bajo la anuencia del Rey "Juan Sin Tierra", en la cual se enarbó la proclama que señalaba: "el derecho de los barones normandos a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal" y que luego se transmutó en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del

debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial - substantive due process of law - , que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal (1776), se ha constituido en un precepto de inigualable valía para garantizar a los administrados el correcto orden y proceder de los órganos de administración de justicia ante los cuales se vean involucrados la defensa de sus derechos.

En la actualidad la aludida garantía se engloba o compone en una serie de sub principios de rango constitucional que la integran, los cuales deben ser observados o materializados cuidadosamente para que puedan solidificarse en un único atributo dogmático denominado el debido proceso. Estos básicamente se disgregan primariamente en: a) La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. En consecuencia, toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas, de recurrir del fallo y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. b) Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. c) Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. d) Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías estatuidas.

4.4 Sistemas Cautelares de Protección de Personas y Tratados Internacionales

Las medidas cautelares y provisionales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos tienen como objeto prevenir que una acción que amenace de forma inminente con causar un daño irreparable a los derechos humanos pueda ser detenida antes que se cometa la violación.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen los derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. La orden de adoptar medidas es aplicable siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas. De esta manera, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.

Es decir, en aplicación de su carácter subsidiario y coadyuvante, el Sistema Interamericano utiliza estas herramientas no sólo para tutelar derechos humanos, sino para permitir a los estados corregir una actuación que, de concretarse, le acarrearía responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos.

Las medidas cautelares y provisionales proceden ante la posibilidad de un “daño irreparable”. Detrás de esta idea subyace una concepción no civilista de los daños que puede provocar una violación de derechos humanos, en el sentido de que no todo daño es reversible o cuantificable. Existen bienes jurídicos cuya reposición resulta imposible como la vida o la integridad. Sin embargo, aún en bienes jurídicos como la propiedad, dependerá de las

características especiales del caso concreto para designar al daño al bien jurídico en cuestión como irreparable. Así sucede en el caso de los pueblos y nacionalidades indígenas, cuyo derecho al territorio ancestral se halla cubierto por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (referente al derecho a la propiedad), en donde la particular conexión entre el grupo y su territorio hace que este no pueda ser tratado como un bien que pueda ser intercambiado por otro, así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

El hecho de que los pueblos y nacionalidades indígenas tengan esta conexión especial con su territorio se deriva de que en dicho espacio vital se desarrolla su cultura, sus prácticas ancestrales e incluso su supervivencia física, por lo que una actividad realizada por el Estado o un particular que pueda afectar definitivamente el territorio de un pueblo o nacionalidad indígena, definitivamente causaría un daño irreparable desde la cosmovisión de las personas afectadas.

El desplazamiento o la afectación de la integralidad (por ejemplo, contaminación de fuentes de agua o deforestación) del territorio traen consigo la afectación del derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a su autodeterminación, en especial a la posibilidad de escoger su propio modelo de desarrollo, derecho recogido en instrumentos internacionales de amplio reconocimiento internacional como el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración sobre

Derechos de los Pueblos Indígenas: Convenio OIT Nro. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (2007).

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2007).

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

Tanto el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como la Declaración de Naciones Unidas, y las Constituciones de cada vez más Estados, reconocen el derecho a la Consulta Previa como el espacio de diálogo intercultural mediante el cual se deben alcanzar acuerdos

entre caso de las actividades que puedan afectar a los pueblos y nacionalidades indígenas. En caso de afectaciones a gran escala, los proyectos estatales sólo pueden llevarse a cabo con el consentimiento del pueblo o nacionalidad indígena, como debe ser en una ambiente real de respeto como la diversidad de un país y de la posibilidad efectiva de su supervivencia física y cultural. La necesidad del consentimiento es un derecho ya reconocido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por lo anterior, las medidas cautelares y provisionales dictadas por la Comisión y por la Corte han sido herramientas indispensables para la protección de los pueblos y nacionalidades indígenas y tribales de las Américas. Su restricción acarrearía un grave riesgo para la supervivencia de estos grupos y empobrecería notablemente el desarrollo de un Sistema que se ha mostrado, hasta hoy, como sensible a la rica diversidad de nuestro continente.

Por último, se debe referir a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Alrededor de estas medidas se ha levantado una gran polémica alrededor de dos temas: (i) la legitimidad de su origen; y, (ii) la obligatoriedad de sus “recomendaciones”.

Respecto al primer punto, la Organización de Estados Americanos reformó la carta mediante el Protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967 para incluir, entre otras enmiendas, la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Artículo 106

Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

La función de promoción y defensa de los derechos humanos la ejerce sobre todos los estados partes de la Organización de Estados Americanos (OEA), para lo cual debe adoptar las medidas adecuadas para asistir a los Estados en la materia. Al no constituir un juzgamiento sobre violaciones de derechos humanos, las medidas cautelares son mecanismos que permiten a los estados corregir una actitud que podría generar daños a las personas. Negarle o limitar esta facultad resultará en la disminución de la posibilidad de proteger derechos desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como la posibilidad que deben tener los Estados de corregir su accionar antes de incurrir en responsabilidad internacional.

Sobre el segundo punto, es decir, la obligatoriedad de las recomendaciones que emite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco de las medidas cautelares, los Estados partes de la Organización de los Estados Americanos han suscrito distintos instrumentos internacionales cuyo cumplimiento está regido por el principio del pacta sum servanda o principio de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Este principio obligaría a los Estados a respetar las decisiones de los organismos que ha designados para supervisar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales materia del tratado en cuestión. En materia de derechos humanos, los Estados partes de la Organización de Estados Americanos (OEA) suscribieron la Declaración

Americana de Derechos y Deberes del Hombre y ratificaron la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), en definitiva aceptaron un catálogo de derechos humanos y el órgano encargado de su supervisión. Los Estados no podrían entonces desconocer las resoluciones de este organismo.

Por otra parte, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado que las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) nacen de la necesidad de darle un efecto útil a los tratados internacionales, por lo que rechazarlas constituiría una forma de incumplimiento del tratado por parte del estado en cuestión:

Que el fin último de la Convención Americana es la protección eficaz de los derechos humanos y, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la misma, los Estados deben dotar a sus disposiciones de un efecto útil (*effet utile*), lo cual implica la implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión, sea la Comisión y la Corte. En consecuencia, la presentación ante la Corte de una solicitud de medidas provisionales por parte de la Comisión no es motivo para que el Estado no adopte las providencias necesarias con el fin de atender la solicitud de medidas cautelares de protección, en caso de haber sido solicitadas por la Comisión, mientras la Corte o su Presidente deciden respecto de la solicitud de medidas provisionales.

Finalmente, cabe indicar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos viene emitiendo medidas cautelares desde su inclusión en el Reglamento de la CIDH aprobado en 1980. Desde entonces los Estados lejos de desconocer esta potestad, han litigado contra los peticionarios para desvirtuarlas o han implementado mecanismos internos para su cumplimiento. Tal es el caso del Estado de Ecuador, que estableció la acción constitucional de incumplimiento para ejecutar las decisiones de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, entre ellas las medidas cautelares. En el marco administrativo, estableció mediante decreto presidencial la competencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para su ejecución. Estas prácticas se repiten en varios países del Continente en lo que podría llegar a considerarse costumbre internacional en el marco de la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y su Estatuto.

El Sistema Interamericano es uno de los mecanismos con mayor legitimidad de la Organización de Estados Americanos, gracias a su imperturbable y valiosa labor de dar voz a quienes han sido excluidos, y marginados por los poderes políticos y fácticos, los cuales han intentado en más de una ocasión debilitar o eliminar el Sistema Interamericano con el fin de poder realizar sus acciones lejos del escrutinio internacional, garantizando así la impunidad de las violaciones que cometan y negándole toda posibilidad de protección a las víctimas. Afortunadamente, y gracias a la superación de los regímenes dictatoriales, los largos procesos que implicarían la salida del sistema superan los períodos de muchos gobernantes de la región, permitiendo que nuevas administraciones con actitud más democrática desistan de estas intenciones.

Se observa con preocupación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueda retroceder o auto censurarse en cuanto a la emisión de medidas cautelares dado el rechazo que han recibido estas por parte de algunos gobiernos de la región. Se Apoya a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus actividades de protección y promoción de los derechos humanos. Se cree que la mayor fuente de legitimidad de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es mantenerse firme en sus prácticas, un retroceso en ellas lejos de alejar las críticas de los Estados, las incentivarían.

Por tanto, se deben incorporar a sus buenos oficios a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que mantenga su línea en cuanto a la protección de los derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas mediante las medidas cautelares, en especial cuando los grandes proyectos extractivos ponen en peligro su supervivencia física, cultural y espiritual.

4.5 Sistema de Anticipación de la Tutela

El término «anticipación penal» se refiere a un modo de actuación penal ilegítima porque no respeta los límites impuestos por el principio ofensividad: se prevé una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado. No obstante, esta forma de comprensión del principio de ofensividad no es universalmente compartida: no todos consideran que el fin del Derecho penal sea la protección de los bienes jurídicos ni, consecuentemente, que el referente material de la actividad penal legítima sea la afectación material de un bien jurídico. El debate sobre la anticipación no desaparece, empero, sino que cambia de perspectiva: se limitará a determinar, por ejemplo, si la creación de una norma (con independencia del grado de afectación de un bien jurídico que represente) es funcional para el mantenimiento del equilibrio del sistema y, en un momento posterior, a verificar si hay una infracción de una norma vigente que no esté amparada por otra expectativa normativa.

Es así que no se puede ignorar que las leyes y los códigos se corresponden a una época, son la obra de su tiempo; sin embargo las circunstancias y las necesidades de la sociedad cambian pero las normas

permanecen. Cuanto más pasa el tiempo, la distancia entre ellos se va ahondando, llegando el momento en que las leyes pierden su efectividad y resultan insuficientes dado que no cubren las necesidades prácticas que se requieren en un marco de celeridad y efectividad en pos de la protección de los derechos sustanciales.

En este contexto nace la necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia para asegurar la tutela efectiva en la oportunidad adecuada. Ello condujo a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta estructural y funcionalmente inadecuado. Aparecen así, tanto en el ámbito nacional como en el Derecho comparado, las tutelas de urgencia o, como se las denomina en nuestro medio, los “procesos urgentes”. La nota característica de tales procesos es la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz (De Los Santos, 2000).

Tal como se señalara anteriormente la tutela anticipatoria es una de las tutelas diferenciada “de urgencia” que, con base en una cognición sumaria y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material (Pérez, 1998). Anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva.

Es verdad que la tutela anticipada posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas: 1) Ambas son importantes instrumentos para la efectividad del proceso (asegura la idoneidad del proceso –la tutela cautelar- y adelanta la provisión de lo solicitado por el actor –anticipación de tutela-); 2) no producen efecto de cosa juzgada material ya que son dictadas

mediante una cognición necesariamente sumaria; 3) no causan instancia ya que “exige-se reversibilida de jurídica a quaisquer provimentos a lide, sejam antecipatórios, sejam cautelares”; 4) son de ejecutabilidad inmediata. (Bomfim, 1997).

Ahora bien, respecto de otros caracteres propios de las cautelares: la mutabilidad o flexibilidad, su dictado “inaudita parte” y el grado de conocimiento judicial para decretarlas, es menester efectuar algunas distinciones.

La tutela susceptible de ser anticipada es aquella constitutiva del pedido formulado en inicio, que puede ser anticipada en todo o en parte y aquí hay una absoluta identidad entre la tutela pasible de anticipación y el pedido efectuado por el actor, y no puede el juez pronunciarse ni ultra ni extra petita. Como consecuencia de ello y por aplicación del principio de congruencia que vincula necesariamente el contenido del pedido y la sentencia - de observancia imprescindible para la anticipación de tutela - , hace que no proceda su reemplazo por una tutela diferente a la pedida, lo cual implica que no rige a su respecto la condición de medidas mutables o flexibles.

Cabe también señalar que esta medida no se decreta “inaudita parte”, sino, por el contrario, luego de trabada la litis.

Por último debe destacarse que para decretarlas se requiere que haya apariencia de daño irreparable o de difícil reparación y habrá también probabilidad de ineficacia de la sentencia final. Es decir que, a diferencia de las cautelares típicas, no requiere sólo un grado de apariencia, ni tampoco el grado de certeza como sucede en la sentencia definitiva, sino que es menester un estado de conocimiento intermedio que se ha dado en llamar “certeza provisional”.

En este sentido Berizonce (1996), señala que esta medida otorga preponderancia a la actividad del juez quien ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa originaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le llevan a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

En síntesis, medida anticipatoria es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Son cuatro los presupuestos de procedencia y pueden resumirse de la siguiente manera: 1) prestación de contracautela; 2) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre “el peligro en la demora” corriente en las medidas cautelares. En efecto: aquí se exige, además, la existencia de una situación conexa que aqueje al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte ser víctima de un abuso de derecho de defensa por parte de la contraria) (Peyrano, 1996).

Por último ya en Calamandrei (1973), puede encontrarse antecedentes respecto a la potestad genérica del juez para dictar medidas cautelares innominadas y de urgencia. El citado autor señala que las providencias

cautelares pueden asumir diversas formas que - estima - cabe reducir a cuatro tipos: “Las providencias instructorias anticipadas”, conservatorias de pruebas), “Las providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada”, “Las decisiones anticipadas y provisorias de mérito”, tutela anticipada, y “Providencias que imponen cauciones judiciales”. A su entender,

“... el tercer grupo está compuesto por providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables..., la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisorio del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisorio de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario ...” (Calamandrei, 1996).

CAPÍTULO V

IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTOS GARANTES DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN VENEZUELA

5.1 Medidas Cautelares y Tutela judicial Efectiva

La Tutela Judicial Efectiva no es un sinónimo del derecho al debido proceso, ni mucho menos del derecho de defensa, si bien la negación de estos últimos implica una vulneración de aquel. En Venezuela y en muy pocos ordenamientos positivos del mundo se ha hecho una clara distinción de estas situaciones procesales, si bien doctrinariamente es posible perfilar algunas manifestaciones diferenciales y otras analógicas. Todos los derechos procesales constitucionales conforman el derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando esta última tenga una sustantividad propia y no diferida o derivada de aquellos.

En otras palabras, toda violación de algunos de los derechos procesales constituye una vulneración de la efectividad de la tutela jurisdiccional, pero la violación del principio de la tutela judicial jurisdiccional no tiene que comportar necesariamente una violación de alguno de aquellos derechos procesales constitucionales. La relación tampoco es de continente a contenido por cuanto este último agota el campo de acción del continente, es una muestra de ver una relación de conjunto por implicación, es decir, toda violación de derechos procesales constitucionales implica una violación de la tutela judicial efectiva pero no a la inversa, esto es, la tutela judicial efectiva puede ser transgredida aun cuando la violación no se concrete en la violación de otros derechos procesales constitucionales.

El expreso reconocimiento de la Tutela Efectiva en el ámbito de las constituciones más avanzadas no ha escapado a la preocupación de positivizar este principio, a niveles internacionales; así, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, se refiere en el artículo 10 al derecho de toda persona a ser oída públicamente en condiciones de igualdad 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 formulada en material penal.

En igual sentido se han establecido normas protectoras relativas a la Tutela Judicial Efectiva en todos los instrumentos sobre Derechos Humanos a nivel Internacional, lo cual denota y resalta la idea de una noción que trasciende el campo del derecho positivo para insertarse en el campo de los derechos humanos, o derechos fundamentales de los hombres reunidos en sociedad. Y en tal sentido en opinión de Freddy Zambrano (2006, p. 164), el objeto de la actividad jurisdiccional es la declaración de certeza de un derecho o su realización efectiva o coactiva cuando se hace necesaria la intervención del órgano jurisdiccional, por cuanto sus particulares no ha logrado ponerse de acuerdo y la jurisdicción actúa a pedido de alguno de ellos aplicando la norma jurídica de la resolución del conflicto surgido. Así pues, el objeto de la jurisdicción es solucionar un conflicto de intereses mediante un proceso y a través de una sentencia que haga tránsito a cosa juzgada.

Lepervanche (2003, p. 178), al respecto opina que el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, de amplísimo contenido, comprende según criterio de nuestro Máximo Tribunal, el derecho a ser oído por los órganos de administración de Justicia establecidos por el Estado, es decir, o sólo el derecho de acceso 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 de derecho, determinen el

contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificara la Justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. En un Estado Social de Derecho y de justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer un derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaure. Siendo por tanto amplísimo el contenido del principio de la Tutela Judicial Efectiva.

5.2 Importancia de las medidas cautelares

Como puede desglosarse del desarrollo general del presente contenido, así como de lo expresado en los títulos anteriores, la Tutela Judicial Efectiva no significa, darle la razón a quien carece de la misma, darle respuesta favorable a todas las peticiones que se realicen ante un órgano jurisdiccional, no es un derecho incondicional y absoluto antes bien, su aplicación está delimitada por el ordenamiento jurídico sustantivo y procesal. No hay duda que la tutela judicial efectiva es mucho más que una declaración y un principio, contiene un mandato de contenido positivo, en orden a la tutela efectiva que debe ser tenido en cuenta a la hora de aplicar el principio de interpretación de la legalidad ordinaria.

Como se ha hecho mención, y contrario a lo que pudiera pensarse, la Tutela Judicial Efectiva no es un sinónimo del derecho al debido proceso, ni mucho menos del derecho de defensa, si bien la negación de estos últimos

implica una vulneración de aquel. En Venezuela y en muy pocos ordenamientos positivos del mundo se ha hecho una clara distinción de estas situaciones procesales, si bien doctrinariamente es posible perfilar algunas manifestaciones diferenciales y otras analógicas. Todos los derechos procesales constitucionales conforman el derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando esta última tenga una sustantividad propia y no diferenciada o derivada de aquellos.

5.3 Las Medidas Cautelares como elemento que garantiza una Tutela Judicial Efectiva

En la valoración de los presupuestos procesales para la concesión de la tutela judicial cautelar, el primer obstáculo al cual se enfrenta el órgano jurisdiccional, cuando es sometido a su control la ejecutoriedad del acto administrativo, es la presunción de legalidad que históricamente ha revestido a los actos jurídicos unilaterales de la Administración Pública.

Ahora bien, esta presunción de legalidad, en realidad supone una presunción de conformidad a Derecho, de carácter *iuris tantum*, que admite prueba en contrario y en consecuencia, el recurrente tiene la carga de argumentar y probar que esta presunción puede ser destruida dentro del proceso, razón por la cual, solicita se le otorgue la protección cautelar.

No obstante, el control de la legalidad, no se limita con exclusividad a determinar, la conformidad a Derecho de la actividad administrativa unilateral de los órganos del Poder Público, sino que también comprende la actividad bilateral, la inactividad tanto formal como material, así como las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho, en razón de lo cual, independientemente de la existencia o no de una actuación formal de los

órganos del Poder Público, al encontrarse ambas - actividad e inactividad - sometidas al control jurisdiccional, en consecuencia, pueden ser sometidas al control cautelar previo.

Tal situación lleva a valorar, la apariencia o no de contravención del ordenamiento jurídico, que puede justificar la concesión de la tutela cautelar o su negativa, teniendo presente la mayor o menor apariencia de legalidad de la actividad o inactividad controvertida.

Esta apariencia supone que el derecho cuya tutela se pretende, tenga fundadas probabilidades de ser reconocido en la sentencia definitiva, posea probabilidades de éxito, que su protección aparenta tener cobertura constitucional o legal, no siendo en consecuencia manifiestamente contrario a Derecho, lo que conduce al órgano jurisdiccional a presumir que la pretensión procesal puede prosperar.

Ello le plantea al órgano jurisdiccional la necesidad de efectuar una doble valoración, en primer lugar, respecto al titular del derecho cuya protección invoca la tutela cautelar, en el sentido de evidenciar que efectivamente existen elementos que demuestran que él es el titular del derecho; y en segundo término, para determinar si la actividad o inactividad administrativa que presuntamente desconoce la existencia del derecho controvertido, es contraria al ordenamiento jurídico, razón por la cual, debe adoptar la tutela cautelar, para evitar la producción de un daño grave e irreparable o de difícil reparación por la sentencia que finalmente reconozca el derecho.

Esta apreciación del órgano jurisdiccional si bien es anticipada, debe ser superficial respecto al derecho controvertido, pues éste actuará en base a una presunción, una apariencia, realizando una valoración de probabilidad o verosimilitud que estima favorable al derecho que se reclama y que le produce la impresión, incluso podría decirse que la expectativa, de que el derecho controvertido será reconocido por el pronunciamiento sobre el fondo del litigio.

Tal apreciación no prejuzga sobre el objeto del proceso, pues durante el mismo se otorgan las debidas garantías jurídicas para desvirtuar la presunción, el humo de buen derecho, es decir, se garantiza que se pueda llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que la actividad o inactividad sometida a control jurisdiccional es conforme a Derecho.

Las medidas cautelares constituyen un instrumento de la justicia dispuesto para que el fallo jurisdiccional sea ejecutable y eficaz, además que constituyen una expresión de la tutela judicial efectiva que pregona nuestro dispositivo Constitucional.

El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

“Todo persona tiene derecho a acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles...”.

De esta norma, se destaca no sólo el derecho de acceder a la justicia para la protección de sus derechos e intereses, incluso de carácter colectivo y difuso, sino el derecho a la tutela efectiva de los mismos, y el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

En virtud de que estamos en presencia de una legislación adjetiva novedosa, ello hace conveniente recordar una máxima jurisprudencial que explana lo siguiente:

“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 y 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 garantía que el artículo 26 constitucional instaura”.

También ha sostenido nuestra jurisprudencia patria:

“...Como se observa, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el derecho a la tutela judicial efectiva que "(...) no garantiza solo el libre acceso a los juzgados y tribunales, sino también que éstos resuelvan sobre el fondo de las pretensiones que ante ellos se formulan. En términos gráficos escribe Díez-Picazo Jiménez que el derecho a la tutela judicial efectiva no es solo el derecho a traspasar el umbral de la puerta de un tribunal, sino el derecho a que, una vez dentro, éste cumpla la función para la está instituido". (Cfr. Garrido, 2001, pág. 538).

No tendría sentido acceder a la jurisdicción sin que se produzca una resolución sobre el fondo del asunto debatido mediante decisiones motivadas y ajustadas a las pretensiones ejercitadas en el proceso, incluyendo también el derecho a la tutela judicial efectiva la posibilidad del control jurisdiccional a través de los recursos procesales permitidos y el sello de la tutela se consolida cuando el justiciable satisface sus pretensiones al consolidarse la ejecución de la sentencia y precisamente allí entra en juego la justicia cautelar porque de nada serviría acceder a la jurisdicción y obtener una sentencia, sino se garantiza el resultado del proceso.

La Tutela Judicial Efectiva es desarrollada como una garantía constitucional tendiente a ampliar y extender el concepto de Acción, el cual está encaminado a la obtención de la justicia por la vía del proceso. En consecuencia, trata de definir la justa intervención de los órganos jurisdiccionales para la obtención de la justicia cumpliendo con los requerimientos de Ley que a bien hubiere lugar.

CONCLUSIONES

El concepto de anticipación de la tutela penal se reduce a esas figuras cuando partimos de un núcleo del injusto vinculado a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Si se defiende que el Derecho penal tiene otra finalidad diferente a la protección de bienes jurídicos, u otra concepción del injusto el ámbito de la anticipación penal sería distinto.

Se plantea el tema de las medidas cautelares respecto a la administración irregular de las sociedades civiles o mercantiles, el fin conservativo de la medida de prohibición de enajenar y gravar, el secuestro de la cosa arrendada, los efectos en sede cautelar de la perención de la instancia, la problemática sobre el cumplimiento inmediato de la sentencia cautelar de segunda instancia, la prelación entre las medidas preventivas y las hipotecas y prendas; la afinidad de las medidas cautelares inominadas con la nueva acción de amparo constitucional.

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

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

Se logró determinar el alcance de la tutela judicial efectiva y la función de las medidas cautelares en la eficacia y eficiencia de la sentencia, por lo que se concluye, en que el mecanismo fundamental que permite al proceso

cumplir el rol de instrumento para la realización de la justicia que no es otra cosa que la tutela judicial efectiva.

De la misma forma la máxima instancia del Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela ha dejado asentado, que la gratuidad de la justicia y el beneficio de justicia gratuita, son derechos derivados del reconocimiento del derecho a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y el de petición, procurando asegurar el acceso a los tribunales de todos los ciudadanos que requieran que el Estado desarrolle las actuaciones necesarias para que el ejercicio de sus derechos sea real y efectivo. Sin embargo, la gratuidad de la justicia está establecida para todos los ciudadanos por el simple hecho de que la administración de justicia es un servicio público y una manifestación del Poder Público del Estado, siendo entonces éste el que deba sufragar los gastos de un sistema que justifica su propia existencia, a diferencia del beneficio de justicia gratuita que, como se ha establecido, tiene un ámbito de aplicación mayor pero un supuesto de procedencia restringido, pues implica sufragar los gastos de patrocinio y honorarios auxiliares de justicia de quienes carezcan de recursos económicos.

Todos los derechos procesales constitucionales conforman el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque esta última tenga una sustantividad propia y no diferida o derivada de aquellos, la inobservancia de algunos de los derechos procesales constituye una vulneración de la efectividad de la tutela jurisdiccional, la violación de derechos procesales constitucionales implica una quebrantamiento de la tutela judicial efectiva pero no a la inversa, la tutela judicial efectiva puede ser transgredida aun cuando la transgresión no se concrete en la falta de otros derechos procesales constitucionales.

El propósito de las medidas cautelares es: garantizar que la voluntad de la ley emitida por la jurisdicción efectivamente se materialice, evitar la insolventación del obligado, que es una consecuencia de la anteriormente

mencionada y garantizar el crédito insoluto o el cumplimiento obligacional, que no sea burlado en los derechos que obtiene con una decisión judicial.

El *fumus boni iuris*, es el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación, que emane de los argumentos de inconstitucionalidad que se formulen en la petición 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 constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido de 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 lesión.

La importancia del acceso a la justicia es trascendental, es un derecho consagrado constitucionalmente, forma parte inherente al ser humano, por ello su importancia en el plano de la realización efectiva de la justicia. No obstante la igualdad ante la ley y ante la justicia, de la defensa judicial de los derechos, asume una importancia para el efectivo acceso a la justicia pues su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. De ahí que las garantías de igualdad procesal, y el goce de la jerarquía constitucional frente a la cuestión de igualdad ante la ley se traduce ahora en un aspecto de gran importancia para el tema de la igualdad ante la justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arbonés, M. (2005). *“Providencias cautelares, medidas autosatisfactivas o medidas innovativas”*. inédito
- Arias, F. (2004). *“El proyecto de investigación. Guía para su elaboración”*. (4ta ed.). Caracas: Episteme.
- Balestrini, M. (2006). *“Cómo se elabora el proyecto de investigación”*. (6ta ed.) Caracas: Consultores Asociados.
- Bello, H.; Jiménez R. (2009). *“Tutela Judicial Efectiva Y Otras Garantías Constitucionales Procesales”*. Caracas. Paredes.
- Berizonce, R. (1996). *“Tutela anticipada y definitiva”* publicado en J.A.
- Bomfim, V. (1997). *“Aspectos Polémicos da Antecipacao de Tutela”*, XXIII, Antecipacao da Tutela e Tutela Cautelar.
- Brewer, A. (2000). *“El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999”*. Caracas. Jurídica Venezolana.
- Calamandrei, P. (1949). *“La Defensa Jurídica de la Libertad”*. (Vol. 3). Buenos Aires. Bibliográfica.
- Calamandrei, (1973). *“Derecho Procesal Civil, Instituciones de Derecho Procesal Civil”*. (Vol. I). Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires. E.J.E.A.
- Calamandrei, P. (1996). *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*, Buenos Aires. El Foro.
- Calcaño, J. (1991). *“Aspectos Generales del Régimen Legal de la Corte Suprema de Justicia. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”*. (2ª ed.) Caracas. Jurídica Venezolana.
- Calvo, E. (1990). *“Código de Procedimiento Civil Venezolano Vigente/Comentado”*. Venezuela. Libra.
- Carnelutti, F. (1971). *“Derecho y Proceso”*. Buenos Aires. Jurídicas Europa-América,

- Cassagne J. y Perrino P. (2006). *“El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- Chiovenda, J. (1998). *“Principios del Derecho Procesal Civil”*. (Vol. I). Madrid. Rens
- Código de Procedimiento Civil de Venezuela. (1990). *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 4.209 (Extraordinario), Septiembre 18 de 1990.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2010). *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 6009 (Extraordinario), Diciembre, 17 de 2010.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (2001). Buenos Aires.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). (1969). Costa Rica.
- Couture, E. (1945). *“Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo”*. (Vol. I).
- Crisosto, H. (2006). *“La Moción de Valencia y el Proyecto de Reforma Procesal Civil”*. Corte de Apelaciones Puerto Montt. Valencia, España.
- Cueli, H. (1997). *“Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994), Comentarios”*. Buenos Aires. Bibliográfica.
- Cuenca, H. (1988). *“Derecho Procesal Civil”*, (Vol. II). (6^{ta}. ed.). Caracas Biblioteca UCV,
- David, R. (1969). *“Los Grandes Sistemas Jurídicos”*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- “Declaración Universal de Derechos Humanos”*. (1948). Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), Diciembre 10 de 1948.

- “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”*. (2007).
- De la Sierra, S. (2004). *“Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo”*. Navarra. Aranzadi.
- De Los Santos, M. (2000). *“Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”*. FUNDESI, Escuela Judicial.
- Di Iorio, A. (1978). *“Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares”*. Revista del Colegio de Abogados de la Plata, N° 22.
- Ferrajoli, L. (1999). *“El derecho como sistema de garantías”*. Madrid. Trotta.
- Gallegos, P. (2004). *“Control Judicial de la Administración Judicial”*. Buenos Aires. Hammurabi.
- García, A. (2001). *“Las Medidas Cautelares como Manifestación y Garantía del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Contencioso Administrativo General Venezolano”*. Trabajo Especial de Grado no publicado, Universidad Católica Andrés Bello. Valencia – Carabobo.
- García de E., E. (1992). *“Hacia una Nueva Justicia Administrativa”*. (2ª ed.). Madrid. Civitas.
- García De E., E. y Fernández (1998). *“Curso de Derecho Administrativo, T° II”*. Civitas. Madrid.
- Garrido, F. (2001). *“Comentarios a la Constitución”*, (3ª ed.) Madrid, Civitas, Edil.
- González, J. (2005). *“La Justicia Administrativa”*. Buenos Aires, Lexis Nexis.
- Hernández, V. (2000). *“La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Revista de Derecho”*. N° 2. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
- Hernández, V. (2004). *“La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el Derecho Procesal Administrativo”*. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. N° 4. San José.
- Hernández, R. Fernández, C. y Baptista, P. (2006). *“Metodología de la investigación”* (4ª ed.). México: McGraw-Hill.

- Hernández, M. (2012). *“Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales”*. (4^{ta}. ed.) FEDUPEL.
- La Roche, R. *“Medidas Cautelares”*. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo.
- Lepervanche, C. (2003). *“El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Principio de la Informalidad del Proceso”*, Caracas. Vadell Hermanos Editores.
- Ley de Enjuiciamiento Civil (2000). Corrección de errores BOE N° 07. Enero 07 de 2000.
- Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. (2004). *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 37.930, Mayo 04 de 2004.
- Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. (1988) *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 34.060, Septiembre 27 de 1988.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. (2001). *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 37.347, Diciembre 17 de 2001.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010). *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 39.483. (Extraordinario), Agosto 10 de 2010.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000). *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 36.970, Junio 12 de 2000.
- Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. (1992). *“Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, N° 34.880, Enero 13 de 1992.
- Liebman, E. (1980). *“Manual de Derecho Procesal Civil”*. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires. Ejea.
- Maier, J. (1992). *“La Ordenanza Procesal Penal Alemana”*. (Vol. II) De Palma.
- Martínez, R. (1999). *“Medidas cautelares”*. Lima. San Marcos.

- Molina, R. (2002). *“Reflexiones sobre una Visión Constitucional del Proceso y sus Tendencias Jurisprudenciales: ¿Hacia un Gobierno Judicial?”*. Caracas. Paredes.
- Ortiz (1999). *“Las Medidas Cautelares Innominadas”*. Caracas. Paredes.
- Ossorio, M. (2006). *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*. Buenos Aires, Argentina. Heliasta.
- Padrós, S. (2005). *“La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”*. Buenos Aires. Lexis Nexis,
- Palacio, E. (1998). *“La Venerable Antigüedad de la Medida Cautelar Innovativa, en Medidas Cautelares”*. (Vol. I). Rubinzal - Culzoni.
- Peyrano, M. (1996). *“La Sentencia Anticipatoria y su Aplicación Inmediata para Satisfacer las Demandas de los Damnificados por Cortes De Luz”*, diario La Ley.
- Pérez, A. (1998). *“Introducción al Estudio de la Tutela Anticipatoria”*, Jurisprudencia Santafesina.
- Pico y Junoy, J. (1997). *“Las Garantías Constitucionales del Proceso”*. Barcelona. J.M. Bosch.
- Podetti, Guerrero y Leconte. (1956) *“Tratado de las Medidas Cautelares”*. Buenos Aires. Ediar.
- Reimundín, R. (1970) *“Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia”*, en Revista del Colegio de Abogados de la Plata, N° 22. Buenos Aires.
- Rivera; R. (2002). *“Aspectos Constitucionales del Proceso”*. Editorial Tribunal Supremo de Justicia. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. (Vol. II). Caracas.
- Rondón, H. (2006). *“Análisis de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”*. Madrid. Badell
- Torrealba, M. (2009). *“Manual de Contencioso Administrativo”*. Caracas. Venezuela. Texto.

“Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa”, sentencia 5970, de 19 de octubre de 2005

“Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa”, sentencia 492, de 22 de marzo de 2007.

Zambrano, F. (2006). *“Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1.999 comentada”*. (Vol. I).