

República Bolivariana de Venezuela
Universidad Rafael Urdaneta
Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales
Escuela de Derecho



Universidad Rafael Urdaneta

**LA HOMOGENEIDAD COMO PRESUPUESTO PARA EL DECRETO DE LAS
MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL ORDENAMIENTO
JURIDICO VENEZOLANO**

AUTORES:

Delgado Olivieri, Rafael

C.I V- 24.403.022

Galban Aleman, Elias

C.I V- 23.456.448

Tutor Académico:

José Alexy Farías Juárez

Tutora Metodológica:

Stephany Liscano

Maracaibo, Marzo de 2017

RESUMEN

LA HOMOGENEIDAD COMO PRESUPUESTO PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO

Autores:
Delgado, Rafael
Calban, Elías

Tutor Académico: Jose Alexy Farías

Marzo 2017

El objetivo general de la investigación consiste en analizar la homogeneidad como un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano, para lo cual se utilizaron entre otros autores a Ortiz-Ortiz (1997), Calamandrei (1996) y La Roche (2000). Por otro lado, dicho estudio es una investigación documental, con un diseño no experimental, y usando como técnica de análisis de datos la hermenéutica jurídica.

Se obtuvo como resultado que la homogeneidad es fundamental al momento de decretar la medida cautelar solicitada, debido a que si la medida cautelar es idéntica a la pretensión sustancial debatida en el proceso principal entonces la medida dejaría de ser cautelar para convertirse en una medida ejecutiva, adelantando, por vía de consecuencia, los efectos de la sentencia definitiva. De igual modo, si la medida cautelar no tiene relación con la pretensión sustancial debatida en el proceso, entonces, también deja de ser cautelar para constituirse en una pretensión principal que no puede ser dilucidada por vía cautelar. Corolario, la homogeneidad en el caso de las medidas cautelares innominadas, debe ser aplicado por los Jueces como un parámetro que utilicen al momento de valorar si es procedente la medida cautelar solicitada.

Palabras claves: Medidas Cautelares, homogeneidad, presupuesto, decreto.

Dedicatoria

A Dios y la virgen por permitirnos concluir esta meta para lograr alcanzar otras; por darnos vida, salud y madurez a lo largo de nuestra carrera.

A nuestros Padres por ser modelos a seguir; su perseverancia, esfuerzo, dedicación y trabajo nos han servido de guía para dar lo mejor de nosotros en cada etapa de la carrera.

A nuestra Universidad Rafael Urdaneta por ser un faro de luz en tiempos de oscuridad; por ser un pilar solido en la vida de los ciudadanos; por ser fuente de nutrición y crecimiento tanto profesional como humano y, sobre todo, por enseñarnos que el derecho no se encierra en las universidades, sino que es un acto universal que es palpable en cada acto de la vida del hombre en sociedad. A nuestra querida Universidad la recordaremos hoy y mañana como la casa de estudios que luchó contra las sombras. Orgullosos de pertenecer y ser parte de la vanguardia en conocimiento y justicia por una mejor Venezuela.

A nuestros profesores por sus innumerables consejos y por su incansable paciencia al momento de darnos esas clases magistrales a las que estamos acostumbrados.

En honor a la memoria del ilustre maestro Dr. Kurt Nagel Von Jess, quien será recordado por todas y cada una de las generaciones que moldeó en su magnifica labor docente.

A quienes aportaron un grano de arena y apostaron por esta investigación.

Piero Calamandrei no erró en sus proféticas palabras al establecer en su obra maestra Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares lo siguiente: “este libro habrá alcanzado su finalidad plenamente si consigue suscitar en algún lector el deseo de estudiar de nuevo los temas enunciados aquí sumariamente en forma de relación o programa y de profundizar en ellos”.

Anhelamos de manera vehemente que este trabajo de investigación, aunque pequeña contribución al derecho procesal, sea de utilidad y constituya un peldaño para las venideras generaciones en la ardua tarea a la que estarán llamados a desarrollar.

Los Autores

AGRADECIMIENTO

A Dios y la Virgen por darme vida, salud y prosperidad en este viaje de conocimiento.

A mi Mamá, Amanda Olivieri, por ser la mujer que ha luchado incesantemente todos estos años para darme todo lo que no ha podido tener ella. Por enseñarme que los estudios son la única herencia que los padres le dejan a sus hijos y que nunca nadie se los va a poder quitar; por darme a entender que nada es tan grande como para no intentarlo y que si lo sueño, tengo que hacer que suceda.

A mi Papá, Rafael Delgado Castellano, por ser un apoyo incondicional y la mejor figura paterna que he podido tener. Tus consejos de vida han moldeado el hombre que soy y seré.

A mi hermana, Egda Delgado Olivieri, por estar siempre presente tanto en las buenas como en las malas. Por esas peleas y abrazos que te hacen ver el mundo desde otra perspectiva.

A mi compañero de tesis, Elías Galban, por su reciproco esfuerzo en el discurrir de estos meses en la realización del presente trabajo de investigación. Por ser además, mas que un amigo, un hermano con el cual he podido compartir desde inicios de la carrera. Orgulloso de iniciar la carrera con él y de culminarla de la misma manera.

A mi estimado Profesor y Tutor académico José Alexy Farías Juárez por su apoyo incondicional a lo largo de esta investigación y por tender su mano para ser nuestro tutor. Eternamente agradecido con usted. De igual forma, a mi apreciada Tutora metodológica, Stephany Liscano, por su paciencia a la hora de hacer las correcciones metodológicas y por sus pertinentes recomendaciones.

A mi querido Profesor Javier Sosa, debido a que, en unas de sus clases magistrales surgió la idea del presente trabajo de investigación. Por enseñarnos que el derecho puede ser la más noble de las profesiones y que nuestra generación tiene la ardua tarea de remediar los vicios del pasado. Además, que un abogado sin libros es como un medico sin bisturí en una operación.

A mi apreciada Dra. Viviani Zamudio, por tenderme la mano en el campo profesional y por transmitir esos bastos conocimientos de la práctica del Derecho.

Rafael Delgado

AGRADECIMIENTO

Inicialmente agradecer a Dios, mi padre, por todos esos momentos en los cuales su ayuda he necesitado y de forma inmediata su ayuda he recibido para la realización efectiva de esta investigación.

A mis padres SORAYA ALEMAN RAMONES Y VICTOR MANUEL GALBAN CEDENO, por su constante apoyo y preocupación dedicada a mi formación y culminación del presente proyecto.

A mi abuelo, RAFAEL SEGUNDO GALBAN, por estar conmigo siempre apoyándome en todos y cada uno de mis pasos y por colaborar en diferentes oportunidades.

A mis hermanos por su apoyo y preocupación incondicional, y por hacerme saber que si podía.

A mi tutor académico, Profesor JOSE ALEXYS por su constante paciencia y ayuda a la hora de corregirnos en el desarrollo de éste proceso de tesis.

Y por supuesto a mi compañero de tesis, amigo y hermano que me dio la vida RAFAEL ANGEL DELGADO OLIVIERI, con el que he culminado esta fase tan importante de mi vida, gracias a su ayuda y colaboración.

Elías Galban

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	II
DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
ÍNDICE.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	1
DESCRIPCION DEL PROBLEMA.....	3
Planteamiento y formulación del problema.....	3
Objetivos de la investigación.....	6
Objetivo general.....	6
Objetivos específicos.....	6
Justificación de la investigación.....	6
Delimitación de la investigación.....	8
ANALISIS DE RESULTADOS.....	9
1. Determinar la homogeneidad como un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas.....	9
2. Comparar las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil (1987) con las medidas provisoriamente satisfactivas de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010) a la luz de la homogeneidad.....	14
3. Analizar las Medidas Cautelares Innominadas en el Contencioso Administrativo a la luz de la homogeneidad.....	42
CONCLUSIONES.....	54
RECOMENDACIONES.....	56
BIBLIOGRAFÍA.....	57

INTRODUCCIÓN

A partir de la asunción del monopolio de la jurisdicción, el Estado asume el trascendental papel de asegurar a todos los justiciables hacer efectivos sus derechos a través de un proceso judicial. Como manifestación del poder estatal, la jurisdicción es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de proceso, la cual corresponde exclusivamente a los Tribunales determinados en las leyes, conforme a las reglas de competencia que las mismas establezcan.

En efecto, conforme a la evolución histórica de las instituciones jurídicas y políticas, todos los ordenamientos jurídicos reconocen la necesidad de una tutela cautelar de los derechos subjetivos de los particulares, la cual se manifiesta por vía de las medidas cautelares.

Esta forma de tutela que han adoptado la mayoría de los ordenamientos procesales del mundo, se traduce en una respuesta contundente a la dilación temporal que requiere cualquier decisión y los riesgos que pueden sobrevenir conforme el discurrir del proceso; debido a que, una justicia expés, que en aras de ser expedita, sin dilaciones indebidas, formalismos o reposiciones inútiles, pero que ha pasado por alto las formas cómo deben desarrollarse los actos procesales en detrimento de principios procesales e inclusive constitucionales, no puede llamarse justicia.

De igual manera, tampoco puede llamarse justicia a aquella que luego de un arduo y extenso proceso, no sea posible la satisfacción concreta y material del interés particular por consecuencia de dilaciones dentro del proceso, ergo, se vería gravemente afectado el derecho que pretenden hacer los justiciables. Esto precisamente, es lo que viene a garantizar las medidas cautelares, es decir, que las tardanzas en los procesos no se traduzca en que la satisfacción concreta y material no se vea diluida en el iter procesal.

Por otro lado, las medidas cautelares concebido como sistema, es un tema dentro del campo del Derecho Procesal que en la actualidad a pesar de que se ha podido observar como se han acogidos criterios jurisprudenciales emanados de las diversas salas del máximo tribunal orientados a ratificar o modificar criterios existentes sobre el tema in commento; no es menos cierto que la doctrina patria ha sido tímida a la hora de desarrollar criterios o juicios de valor

relacionado a las medidas cautelares, erróneamente pensando, a lo mejor, que sobre este tema ya todo está dicho, y que maestros de la talla de Piero Calamandrei, Aristides Rengel-Romberg, Rafael Ortiz-Ortiz y Humberto La Roche han aportado todo lo que se podía aportar.

Este paralogismo en el que suelen incurrir más de uno, parece obviar que las investigaciones acerca del tema, están dominadas por el sentido práctico que tienen tales medidas en el régimen positivo del proceso; no obstante a ello, aún no se ha llegado a una concepción universal de las medidas cautelares, ni mucho menos de las medidas cautelares innominadas, por lo que no está demás establecer, que aún existen temas de índole cautelar sobre los cuales es posible no sólo investigar, sino debatir, argumentar y determinar su sentido y alcance conforme a la norma reguladora.

En aditamento a lo anterior, ello es el interés de los autores del trabajo de investigación, abordar temas que si bien han sido tocados por doctrina, pero que aún no se han abordado a plenitud; por tanto, el propósito de analizar la homogeneidad como presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano resulta gratificante, en el sentido de que se va seguir abonando el campo cautelar y, a su vez, fortaleciendo el campo procesal civil.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Planteamiento y formulación del problema

El campo del derecho se ha visto impactado de manera desmesurada en la evolución del tradicional proceso civil de corte dispositivo, el cual ha alcanzado en la actualidad un desarrollo relevante en materia de las medidas cautelares. Dentro de la trilogía del derecho procesal constituido por la acción, la jurisdicción y el proceso, la providencia cautelar sobresale en la satisfacción jurídica que las partes anhelan alcanzar al momento de poner en movimiento el órgano jurisdiccional y, es que ese órgano jurisdiccional, denominado también poder judicial, tiene como misión y función ejercer el monopolio de la solución de conflictos y de ésta manera evitar la justicia particular, pero su norte también debe estar fehacientemente orientado a la satisfacción concreta y material de los intereses tutelados.

En este orden de ideas, la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela (1999) consagra en su artículo 26 el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el acceso garantizado a los órganos de administración de justicia, para que mediante un proceso se diriman las controversias entre los particulares y en este sentido, el proceso se revela como el mecanismo idóneo a través del cual se hace plena la función jurisdiccional.

La función jurisdiccional está vinculada con las medidas cautelares, debido a que si la función jurisdiccional no es expedita, es decir, si la satisfacción concreta y material del interés particular se ve diluida por dilaciones dentro del proceso, entonces se vería gravemente afectado el derecho que pretende hacer valer el particular. Por ello, las medidas cautelares tienen un papel fundamental dentro del proceso, porque logran garantizar que la tardanza en los procesos judiciales no signifique la negación del derecho, y como consecuencia de ello, quede ilusoria la ejecución del fallo.

Por otro lado, el tratamiento que el foro, la doctrina y la jurisprudencia patria han dado, a la figura de las medidas cautelares nominadas, una evolución pertinente, permitiendo el resguardo de la mayoría de los derechos reales, pero en especial mención aquellos que componen una relación del sujeto con bienes materiales, ya sean éstos muebles o inmuebles; evidentemente, dejando a salvedad las limitaciones y las especificaciones que hace expresamente la ley

con respecto al tipo de medida cautelar nominada solicitada y el bien mueble o inmueble sobre el cual recae la medida. Y es que no es posible, por ejemplo, concebir una medida cautelar nominada de prohibición de enajenar y gravar bienes muebles.

En este orden de ideas, la existencia de otra clase de derecho de difícil cuantificación, donde el legislador en virtud de la imposibilidad de prevenir todos los acontecimientos de las relaciones interhumanas en la sociedad, se vio en la imperiosa o ineludible necesidad de desarrollar otra clase de medidas cautelares, las cuales tienen una estrecha relación ya no con los bienes muebles o inmuebles, sino más bien, dirigido a conductas de hacer o no hacer. Estas son las que el foro, la doctrina y la jurisprudencia han llamado medidas cautelares innominadas y, dicho sea de paso, han logrado elevarse en el plano procesal como una oportunidad, donde las medidas cautelares tradicionales o nominadas no logran garantizar en consecuencia de su consagración taxativa.

Ahora bien, es menester acotar que las medidas innominadas comportan una relevancia exacerbada dentro del campo del derecho procesal y más específicamente en el derecho procesal civil, debido a que éste tipo de medidas dejan al juez la escogencia al momento de solicitarlas; escogencia porque es facultativo para él en cuanto a la apreciación de los supuestos de hecho y en lo tocante a la pertinencia y adecuación de la medida y, en contraposición a ello, esa facultad se convierte en obligación cuando tales circunstancias están debidamente acreditadas conforme a los presupuestos requeridos por el Código de Procedimiento Civil (1987). Ello es lo que la doctrina patria ha denominado el poder cautelar general.

Adminiculado con lo anterior, es menester resaltar que, como Ortiz-Ortiz (1997) establece, no todos los órganos del Estado tienen un poder cautelar general, entendida esta facultad como la posibilidad de garantizar preventivamente el cumplimiento de un debate controversial de intereses en el seno de la administración de justicia. En dicho sentido, si sólo los órganos de la función jurisdiccional tienen la capacidad de componer litigios de manera definitiva, entonces sólo los órganos de la función jurisdiccional pueden dictar medidas cautelares, es decir, son sujetos de un poder cautelar.

Aunado a lo anterior, según Ortiz-Ortiz (1997) las medidas innominadas es el único y exclusivo supuesto del poder cautelar general, y establece que es

cautelar por que está destinado a que no quede ilusoria la ejecución del fallo, por ello remite a los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987) y, a su vez, también está destinado a evitar un daño inminente de una de las partes contra la otra conforme al artículo 588 eiusdem. Ahora bien, es general, por cuanto no hay una regulación expresa del contenido de la medida, de modo que aquí entra a funcionar la discrecionalidad del juez para apreciar su pertinencia, y la determinación de su finalidad.

En este orden de ideas, al operador de justicia le resulta muy cuesta arriba establecer en qué casos podría no decretar una medida cautelar innominada cuyo contenido presente una incontrovertible identidad y no homogeneidad con la pretensión sustancial debatida en el proceso, en virtud de la ausencia de un mandato expreso del legislador con respecto a la homogeneidad. Que con serena decisión e irreprochable dignidad logre aislar el vano intento de seguir perpetuando los moldes tradicionales que, en mayor o menor medida, están siendo socavados por moldes de erudición propuestos por la doctrina y criterios jurídicos aplicados por vía jurisprudencial manteniendo incólume los principios procesales a los cuales se encuentra sometido.

Conforme a lo establecido anteriormente, si la finalidad de las medidas cautelares innominadas es proteger la esfera del derecho de la parte solicitante, en virtud de una lesión inminente o la continuidad de una lesión y, a su vez, garantizar la efectividad de la ejecución del fallo así como la función jurisdiccional misma, entonces: ¿Cuál sería el análisis de la homogeneidad como un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano?

Objetivos de la Investigación

Objetivo General

Analizar la homogeneidad como un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano.

Objetivos Específicos

Determinar la homogeneidad como un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas.

Comparar las medidas cautelares del Código de Procedimiento Civil (1987) con las medidas provisoriamente satisfactivas de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010) a la luz de la homogeneidad.

Analizar las Medidas Cautelares Innominadas en el Contencioso Administrativo a la luz de la homogeneidad.

Justificación de la Investigación

Esta investigación tiene una inmensa relevancia social y jurídica por lo complejo que resulta, en casos puntuales, al juez civil venezolano al momento de tener en sus manos una solicitud de una medida cautelar innominada. Los autores del presente trabajo especial de grado, consideran que tiene una relevancia social por que el decreto de la medida cautelar innominada determina la protección de la esfera de derecho de los particulares, es decir, se ven involucrados los particulares, y, dicho sea de paso, se convierte en una forma de poder coadyuvar a la sociedad venezolana.

Por otro lado, la relevancia jurídica recae en torno en que sirve de antecedentes para que la Asamblea Nacional tome en cuenta el presente trabajo especial de grado, a modo de lege ferenda, en la reforma que se está ventilando del Código de Procedimiento Civil (1987). De igual manera, para que

los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia dicten sentencias que creen criterios jurisprudenciales en armonía con los criterios aquí esbozados.

En concordancia con lo anterior, de igual manera también se justifica esta investigación porque está direccionado a ampliar el conocimiento de quienes tengan interés sobre la materia objeto de investigación y, además, de hacer un aporte a la comunidad jurídica venezolana en torno al problema planteado. Por ello, se propone dar una solución teórico-práctica estableciendo consecuentemente en la investigación cómo se podría aplicar la homogeneidad como un criterio técnico del juez civil venezolano para el decreto de las medidas cautelares innominadas.

De igual manera, contiene los criterios jurisprudenciales más relevantes en torno al tema planteado y los análisis respectivos realizados por los autores del presente trabajo especial de grado, con lo cual se convierte en un instrumento de consulta para investigaciones a posteriori en éste mismo ámbito de investigación.

Por otro lado, la presente investigación pretende hacer un aporte teórico que permita aclarar las dudas que se presentan en torno al momento en que los jueces van a decretar medidas cautelares innominadas, mas específicamente, cuando existen dudas alrededor de que si están cubiertos todos los requisitos de los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), es decir, *pendente lite*, *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y *periculum in damni*.

Con respecto a éste punto, en muchas oportunidades no hay parámetros, variables u uniformidad para el decreto de las medidas innominadas; y, ciertamente, se hace imperioso conocer variables o criterios que faciliten la labor del juez civil venezolano al momento de ejercer el poder cautelar general. Por todo lo anteriormente acotado, se hace impostergable realizar una investigación que permita dar una solución teórico práctico al problema planteado.

Otro elemento de importancia recae sobre los aspectos metodológicos considerados para llevar a cabo la investigación. Por lo tanto, se procederá a revisar y analizar fuentes de información actualizadas conforme a las normas y criterios metodológicos que rigen este tipo de investigación.

Delimitación de la Investigación

La presente investigación jurídica se realizará en un periodo comprendido entre Septiembre 2016 hasta Marzo 2017. Se presenta en la República Bolivariana de Venezuela, Estado Zulia, Municipio Maracaibo, referente a la homogeneidad como criterio técnico para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano. Es menester hacer énfasis, que la presente investigación tomará como referencia el Código de Procedimiento Civil (1987), criterios jurisprudenciales emanados del Tribunal Supremo de Justicia concernientes al tema planteado y doctrinariamente se tomará como pieza fundamental de la investigación la obra de Ortiz-Ortiz (1997).

DERECHOS RESERVADOS

ANÁLISIS DE RESULTADOS

El presente trabajo de investigación está orientado en el análisis de la homogeneidad como un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano. Para tales efectos, resultó imperioso realizar un exhaustivo estudio con la finalidad de ir desglosando paulatinamente los objetivos específicos que a continuación se desarrollan.

Definir la homogeneidad como un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas.

Las medidas cautelares han ocupado lugar en algunos de los escalafones de la literatura jurídica y no es la intención de los autores detenerse ahora en una reseña detallando los rasgos evolutivos de la misma dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, tampoco es posible pasar por alto temas de gran transcendencia, tanto en lo jurídico como en lo procesal, como es el tema de la homogeneidad de las medidas cautelares.

En este sentido, Ortiz-Ortiz (1997:472) citando a Eduardo Gutiérrez de Cabiedes al respecto establece:

Todo elemento básico de toda medida cautelar es la homogeneidad pero no la identidad entre la medida que se pide y el derecho sustantivo deducido en el proceso. Ciertamente si no se diera esta homogeneidad – dice el maestro español– la medida cautelar sería ineficaz, pues no se aseguraría la futura ejecución de la sentencia, que es lo que se pretende con ella. Ahora bien, si esta homogeneidad fuera tan absoluta que la medida cautelar llegara a identificarse con el derecho sustantivo cuya tutela se pide, se concluiría en el extremo opuesto, es decir, en la ejecución adelantada de la sentencia de mérito.

Concomitante con lo anterior, la medida cautelar es una manifestación de la tutela judicial efectiva y, a su vez, sirve al proceso principal; en consecuencia, decretar una medida cautelar que revista identidad con la pretensión sustancial, comportaría ir en detrimento de la tutela judicial efectiva e incluso del debido proceso, debido a que se procuraría en todos los procesos jurisdiccionales, solicitar medidas cautelares que tengan identidad con la pretensión sustancial en aras de obtener satisfacción adelantada de su pretensión sustancial,

menoscabando el debido proceso, la tutela judicial efectiva y, hasta ocasionando daños y perjuicios a la parte contra quien recae la medida cautelar innominada.

La existencia de la homogeneidad es determinante para valorar si la medida cautelar innominada que se está solicitando guarda la imperiosa relación que debe tener con la pretensión sustancial debatida en el proceso; debido a que de no existir la homogeneidad, ello se traduciría ya no en una medida cautelar, sino en una pretensión autónoma que no puede ser tramitada por vía cautelar.

En antítesis de lo anterior, si la medida cautelar guarda relación con la pretensión sustancial debatida en el proceso, pero ostensiblemente el Juez no se percata que el contenido de la medida cautelar innominada solicitada se encuentra posicionada en un plano de identidad con respecto a la pretensión sustancial y la decreta, ello se traduciría en una sentencia anticipada que comporta carácter definitivo, en razón de que vaciaría de contenido la sentencia de fondo, siendo que una vez decretada la medida cautelar mediante la sentencia interlocutoria que emana para tales efectos, ya no cabría pronunciamiento con respecto al fondo de la controversia debido a que ya fue resuelta de manera anticipada mediante una sentencia interlocutoria.

Corolario, mediante el decreto de una medida cautelar que tiene identidad con la pretensión sustancial, el juez con ese modo proceder prejuzgaría sobre el fondo de la controversia, lo que significa una eminente desnaturalización de la medida cautelar convirtiéndola en una medida ejecutiva que resuelve el fondo; ergo, siendo la medida cautelar accesoria al proceso al que está llamado a servir, no podría lo accesorio resolver cosas atinentes de lo principal. De ahí se denota el aforismo latín que establece *Accesorium Sequitur Principale* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal).

Frente a este aserto, deben quedar marginadas las posibilidades de una medida cautelar cuyo contenido se encuentre revestido de plena identidad a la pretensión sustancial, en razón de que ese resbaladizo terreno en el que han incurrido algunos operadores de justicia en su ardua labor, se ha debido en mayor o menor medida, en realización de conjeturas más o menos fundadas en excesiva ligereza que conlleva insoslayablemente a un análisis intelectual desprovisto de matices en lo atinente a las circunstancias fácticas y procesales que acaecen y se ven reflejadas en las actas del expediente.

En otro orden de ideas, la homogeneidad ha sido tratada por la jurisprudencia y doctrina nacional como una característica de las medidas cautelares; empero, a criterio de los autores, la homogeneidad más que una característica, debe ser concebida como un presupuesto esencial para el decreto favorable de la medida cautelar innominada solicitada.

La medida cautelar necesariamente debe tener vinculación con la litis, sin que exista plena identidad con la pretensión sustancial. La homogeneidad permite determinar esa idoneidad y pertinencia de la medida cautelar, ya que es útil al proceso, dado que crea una vinculación fáctica entre el proceso principal y la medida cautelar.

En consecuencia, la medida cautelar comporta una manifestación de la tutela judicial efectiva y, en virtud de la instrumentalidad, no puede haber autonomía plena, sino una autonomía en cuanto al trámite procedimental; sin embargo, en cuanto a su finalidad y existencia, siempre estarán predisuestas a un proceso al cual sirven. De ahí que las medidas cautelares son “un instrumento del instrumento” como establecía el maestro Calamandrei, debido a que las medidas cautelares son un instrumento que sirven a un proceso y son accesorias a él; y el proceso, a su vez, es un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Es como establece Devis Echandía (1985:145)

El proceso cautelar no tiene como fin declarar un hecho o una responsabilidad, ni la de constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o puedan derivarse de una situación anormal.

Corolario, si la medida cautelar tiene una función eminentemente preventiva, en aras de garantizar la ejecución del fallo, es decir, prevenir la majestuosidad de la sentencia definitiva, de igual forma prevenir la lesión o daño que una de las partes pueda ocasionar a la otra y que el transcurso del tiempo no sea óbice para el cumplimiento efectivo de la misma; en consecuencia, se puede argüir, que la medida cautelar al tener una identidad con la pretensión sustancial, va a satisfacer ésta sin ser discutida, es decir, sin haber garantizado una cognición completa del proceso, mermando no sólo principios

constitucionales y procesales, sino hasta la propia naturaleza preventiva de la medida cautelar.

En conexión con lo expuesto, se ha establecido que el contenido de la medida cautelar no puede ser el mismo que el de la pretensión sustancial, por cuanto la decisión sobre éste último se dicta una vez concluido el debate sobre los hechos controvertidos, mientras que la decisión sobre aquél se dicta a priori.

Es bueno tener en cuenta, que el contenido de una medida cautelar debe estar integrado por una serie de imposiciones que en su conjunto deben vincularse con lo que pudiera ser el mandamiento de la sentencia que se profiera en la causa, pero sin que tal vinculación llegue a constituir una relación de estricta identidad. Si lo que el Juez acuerda a título de medida cautelar es exactamente igual a lo que pudiera ser el contenido del fallo que se pretende proteger y en vez de hablarse de homogeneidad se configura una relación de perfecta identidad entre el contenido cautelar y la eventual decisión definitiva, se va a verificar, indubitablemente, una situación de ejecución anticipada de la sentencia.

De allí que la homogeneidad implica similitud o realización inmediata de algunos de los posibles efectos de la sentencia, más no igualdad o identidad con el contenido de la misma. Si bien, las medidas cautelares innominadas no pueden limitarse en su contenido, dado que su atipicidad es justamente lo que les atribuye tal carácter, de modo que es la propia parte interesada la que está en condiciones de saber en qué forma puede evitarse el daño temido o hacer cesar la continuidad de la lesión.

En consecuencia, la labor a la que está llamada a desempeñar el operador de justicia es ostensible e incontrovertiblemente delicada en lo que respecta al decreto de una medida cautelar, estribándose en comparar el contenido de la medida cautelar innominada con el contenido de la pretensión sustancial y verificar si existe relación o identidad entre ambas.

Se puede inferir, que en virtud de la sagacidad y erudición que deben estar dotados los operadores de justicia, la homogeneidad debe ser valorada por los jueces luego de un análisis detenido de la norma que contiene los requisitos para su procedencia, y es criterio de los autores, que la homogeneidad debe ser tomada en cuenta por los operadores de justicia más allá de una mera

característica y, a tales efectos, aplicada (por el principio *iura novit curia*) como un requisito *sine qua non*, sin que sea óbice su falta de disposición expresa.

Es como establece el jurista Brasileño Greco Filho (1984:89) “No es posible anticipar la ejecución para ganar tiempo en la satisfacción del posible vencedor de la controversia, ni debe el juez pretender sustituir por la medida cautelar la posibilidad de un proceso de conocimiento o ejecutivo”.

La medida cautelar que se solicite en cada caso concreto, debe guardar relación de homogeneidad y pertinencia con la pretensión deducida en juicio, pero no podría jamás concederse a través de un decreto cautelar, lo que es objeto de la pretensión sustancial. Corolario, las medidas cautelares no pueden convertirse en la satisfacción plena del asunto debatido, sino que deben ser un instrumento para garantizar la efectividad y eficacia del proceso.

Verbigracia, en un proceso de partición de comunidad hereditaria no se podría solicitar una medida cautelar innominada de acceso y retiro de bienes muebles que el solicitante alega como propios, en virtud de que con la pretensión sustancial se persigue la partición y liquidación de los bienes pertenecientes a la comunidad, siendo desconocida la cuota o proporción total correspondiente a cada comunero de los haberes hereditarios existentes hasta tanto no se profiera sentencia definitiva que determine tal circunstancia.

En consecuencia, los derechos de cada uno de los comuneros sobre las cosas comprendidas en la comunidad dependen del resultado de la partición, debido que hasta tanto no ocurra aquello, no se sabrá concretamente si el comunero-solicitante de la medida cautelar innominada, tiene derechos sobre alguno de los bienes que alega como propios. En virtud de que el efecto declarativo de la partición conforme al artículo 1.116 del Código Civil (1982), establece que se reputa que cada coheredero ha heredado solo e inmediatamente todos los efectos comprendidos en su lote y que no ha tenido jamás la propiedad de los otros bienes de la herencia. Empero, dicho efecto declarativo nace *ipso iure* una vez partida la comunidad y siendo adjudicadas la cuota parte que le corresponde a cada comunero.

Contrario sensu, un decreto favorable de una medida cautelar innominada con ese contenido, se traduciría en una plena identidad con la pretensión sustancial; ergo, no se puede acordar cautelarmente, medidas que produzcan consecuencias que podrían derivarse de la sentencia definitiva, por lo que

resulta imprescindible la actividad del Juez a la hora de la valoración Ab Initio en cognición de la solicitud de la medida cautelar, a la luz de elementos de convicción suficientes que hagan deducir bajo criterios razonables que aquello que se solicita cautelarmente es idéntico a la pretensión sustancial.

Valga este ejemplo como exhibición somera y parcial para explicar la disparidad entre identidad y relación de la medida cautelar con la pretensión sustancial, aunque sólo sea en forma rápida y fragmentaria, sin que sea óbice el aporte considerable de precisión y luz mental que en cierto modo y hasta cierto punto, puedan proporcionar estas líneas.

Comparar las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil (1967) con las medidas provisoriamente satisfactivas de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010) a la luz de la homogeneidad.

Medidas Cautelares Innominadas.

La existencia del estado de derecho que tiende a realizar todo ordenamiento jurídico, no se agota con la cognición por parte del Estado de los planteamientos de cada uno de los particulares, sino que requiere dotar a los ciudadanos de la posibilidad de asegurar su derecho, aún antes de que sea declarado. El ilustre Calamandrei (1996:41) lo denominó tutela jurisdiccional preventiva, “en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico”.

Corolario, Calamandrei (1996:40) estableció lo siguiente:

“(…) el sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada”.

Por otro lado, las medidas cautelares como especie perteneciente al género de medidas preventivas, pueden ser entendidas como un instrumento en función de un proceso; conforme a esta afirmación, Duque Corredor (1999:142) ha expresado que las medidas cautelares “son las decisiones de carácter

preventivo que dictan los jueces para asegurar al demandante el resultado definitivo del proceso o para evitar daños irreparables a las partes, en razón del peligro que entraña la necesaria demora de los trámites judiciales”.

Por otro lado, Ortiz-Ortiz (1997:364) afirma que las medidas cautelares innominadas son un conjunto de medidas preventivas de naturaleza cautelar no expresamente determinadas en cuanto a su contenido en la Ley, producto del poder cautelar general del juez, que a solicitud de parte, puede decretar y ejecutar siempre que las considere necesarias (pertinencia) –a su prudente arbitrio- para evitar una lesión actual y concreta o para evitar su continuación cuando la misma se presente de manera continua (...).”

Como se ha afirmado en el desarrollo de este trabajo de investigación, las medidas cautelares inician con la solicitud en cualquier estado y grado de la causa, el decreto del Tribunal acordándola o en su defecto mandándola a ampliar en los puntos de su insuficiencia, la ejecución de la medida, la posibilidad del contradictorio, es decir, que la parte afectada pueda oponerse a ella, aperturandose a tal efecto un lapso probatorio único para promover y evacuar pruebas, entre otros aspectos bien puntuales.

Desde éste punto de vista, se puede observar a las medidas cautelares con un carácter procedimental, e inclusive fue así considerado por el legislador al momento de la redacción del Código de Procedimiento Civil (1987) que encabeza la redacción del Libro Tercero bajo la denominación del “Procedimiento Cautelar y de Otras Incidencias”. Ergo, no se puede incurrir en el paralogismo de establecer que las medidas cautelares son un proceso en sí; y esto es debido a que, dicha afirmación mermaría la instrumentalidad de las medidas, en el sentido de que la finalidad y existencia de la medida cautelar está preordenada a un proceso principal al cual sirve de soporte; o en palabras del maestro Calamandrei (1996:45)

“Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuerto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, un instrumento del instrumento”.

Como consecuencia de esa instrumentalidad, el trámite a seguir del juicio principal y la medida cautelar es de manera independiente o autónoma, uno en el cuaderno principal y el otro en el cuaderno de medidas. Por lo que mal podría la sentencia del fondo de la causa, arropar la resolución de lo discutido en el cuaderno de medida; siendo la única excepción en que se logre ver afectado el cuaderno de medidas en cuanto a lo resuelto en el juicio principal, es si él termina, bien sea mediante un modo normal de terminación del proceso o un modo de autocomposición procesal.

En consecuencia, a modo ad exemplum, el análisis de las pruebas del cuaderno de medidas, no constituye una obligación del juez al dictar la sentencia de fondo en el cuaderno principal, dada la independencia de trámite de dichos cuadernos, ergo, el juez no tiene obligación de tomar en cuenta las pruebas del cuaderno de medida para dictar su sentencia sobre el fondo del asunto, siendo su excepción, cuando la parte que se quiera hacer valer de estas pruebas en el juicio principal, lo manifiesta expresamente y en consecuencia, sólo bajo ese supuesto, las pruebas promovidas e invocadas en las incidencias cautelares podrían ser utilizadas en el juicio principal. (Vid. Sentencia N° RC.000474 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 11-640 de fecha 02/07/2012)

Corolario, el decreto que acuerda las medidas cautelares y la oposición que eventualmente se formula contra ellas, deben sustanciarse y decidirse en un cuaderno separado al del juicio principal; no suspendiendo el curso de la causa principal. La articulación probatoria que se apertura bien como consecuencia de la oposición ejercida por la parte contra quien recae la medida o en su defecto, por la apertura ope legis de la articulación, haya habido o no oposición sobre esas medidas, se sustanciaran no sólo en el cuaderno de medidas que es un cuaderno distinto al de la causa principal, sino independientemente de ella, cuyo curso no suspende. Sin embargo, es menester afirmar que el cuaderno de las medidas donde están, forma parte del expediente de la causa, siendo una de sus piezas, por tanto, deberá agregarse a él, cuando aquellas se hayan terminado.

Aunado a lo anterior, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Es posible que un tercero que resulta afectado por una medida cautelar se pueda oponer a la medida decretada?

Para responder a tal interrogante, es necesario analizar qué mecanismo procesal cuenta el tercero que no es parte en el proceso para impugnar dicho decreto de medida cautelar. Cabe acotar, que en el texto adjetivo civil está contemplada en el artículo 546 la posibilidad de que un tercero se oponga al embargo ejecutivo, siendo menester que tenga la tenencia legítima del bien y que presente prueba fehaciente de propiedad del bien por un acto jurídico válido, esto último hace referencia a un documento que cumpla con las formalidades del registro, con lo cual pueda ser opuesto a terceros y tener efectos erga omnes. Empero, tal y como se ha establecido, es una oposición de un tercero a un embargo ejecutivo.

Ahora bien, distinto sería si fuese una medida cautelar ya sea nominada o innominada, distinta a un embargo ejecutivo con la cual el tercero resulta afectado. Prima facie pareciera que el artículo 546 eiusdem no es aplicable por razones evidentes, por lo que la otra posibilidad que tendría el tercero para impugnar la medida nominada o innominada, sería una demanda de tercería contemplada en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Sin embargo, ello se traduce en acudir a un medio que no es el idóneo por no ser este proceso de tercería expedito, célere, sumario y eficaz para la protección de los derechos y garantías fundamentales de dichos terceros. Por tanto no se justifica que se pueda hacer nugatorio el derecho de un tercero que evidentemente no forma parte de la relación procesal, para que a través de los medios ordinarios establecidos por el legislador obtenga la tutela jurisdiccional del derecho sustancial reclamado.

Así las cosas, es menester entonces traer a colación la Sentencia No 180 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 8 de Marzo de 2005 en donde se estableció lo siguiente:

Bajo la perspectiva constitucional de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, es criterio jurisprudencial de esta Sala que la oposición que preceptúa el artículo 546 no sólo es aplicable para el supuesto de afectación de la situación jurídica subjetiva de un tercero por una medida de embargo, sino también para el caso de que lo sea por causa de cualquier otro tipo de medidas preventivas (secuestro, prohibición de enajenar y gravar o alguna medida innominada), pues aún cuando no se aparte en sentido estricto (demandante o demandada) en el juicio respectivo, debe reconocerse a quien resulta disminuido en su esfera de derechos la misma libertad de alegar y probar que es

reconocida a quienes están desde el inicio en el proceso del que surgió la providencia cautelar causante de la supuesta afectación jurídica.

Por tanto, conforme al criterio jurisprudencial es aplicable *mutatis mutandi* el caso de la oposición del tercero al embargo ejecutivo establecido en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil (1987) al caso de que un tercero se encuentre afectado por el decreto de una medida cautelar nominada de embargo preventivo, prohibición de enajenar y gravar, secuestro o medida innominada. Ello en aras de acatar el mandato constitucional de los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999); artículos que hacen posible la oposición a cualquier medida cautelar mediante el medio contemplado en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Ahora bien, como se ha establecido *ut supra*, cuando se decreta la medida cautelar la parte contra quien recae la medida puede oponerse a ella conforme a lo establecido en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil (1987) y de esa oposición se apertura una articulación probatoria para promover y evacuar pruebas, donde una vez los justiciables hayan ejercido esa carga probatoria, el operador de justicia tendrá que decidir si declara con lugar o sin lugar esa oposición mediante una sentencia interlocutoria, y de ésta decisión se puede ejercer recurso de apelación el cual se oirá sólo en el efecto devolutivo tal y como está consagrado en el artículo 603 *eiusdem*.

Aunado a lo anterior, de los articulados de la ley adjetiva civil no se visualiza cuál es el mecanismo de impugnación idóneo que debe ejercerse en la hipótesis en la que el juez niegue, *ipso facto* y sin mandar ampliar la prueba, la medida cautelar solicitada. En este caso *in commento*, consideran los autores que la parte solicitante puede ejercer el recurso ordinario de apelación contra la negativa del juez; ello es así, debido a lo consagrado en el artículo 289 *eiusdem*, el cual establece que las sentencias interlocutorias tienen apelación cuando produzcan gravamen irreparable, lo cual indubitablemente ocurriría en la hipótesis planteada, ya que la negativa en decretar las medidas le causaría un gravamen irreparable a la parte solicitante, además que esa decisión hace imposible la continuación del procedimiento cautelar, siendo que el gravamen que se causaría no podría ser reparado por la sentencia de fondo.

En aditamento de lo anterior, una vez ejercido el recurso ordinario de apelación contra la decisión del juez a quo, por efecto del principio de la doble instancia, el juez ad quem debe revisar nuevamente el decreto de la medida cautelar y examinar el cumplimiento de los requisitos de procedencia exigidos por la ley adjetiva civil, esgrimiendo sus propios argumentos de hecho y de derecho, esto es, la motivación que justifiquen su decisión.

Por otro lado, el pronunciamiento del juez sobre alguna medida cautelar debe estar circunscrito a los aspectos directamente vinculados con los requisitos de procedencia, es decir, *pendente lite*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y para las innominadas se agrega otro presupuesto que debe concurrir con los anteriores, estamos hablando del *periculum in damni*. Pero, además de los requisitos de procedencia, el pronunciamiento del juez sobre el decreto de una medida cautelar debe estar sujeto a parámetros u otros aspectos que el operador de justicia debe tener en consideración, es decir, la homogeneidad.

Sin embargo, el juez al momento de decretar procedente la medida cautelar innominada solicitada, se ve impedido de extender su pronunciamiento sobre el tema de fondo que debe ventilarse en el juicio principal. Aunado a esto, resulta conveniente traer a colación una sentencia donde confirma lo ut supra afirmado e incluso, se vislumbra la homogeneidad como eje central en dicha sentencia de fecha 23 de marzo de 2006, caso: Agnet Josefina Chirinos Ochsner c/ C.A. Central Banco Universal, A.F.C. Allied Fund Corporation A.V.V., y otros, emanada de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia:

(...) En la esfera de las medidas cautelares, para decretar o no su procedencia, corresponde al juez verificar los extremos que la ley exige (...). Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez debe tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que se requiere para resolver sobre el juicio principal, y en consecuencia, deba ser tratado del mismo modo como se exige para el procedimiento principal. De ser así, no sólo se le estaría obligando al sentenciador a juzgar sobre el fondo de la controversia -aspecto que no es atinente a las medidas cautelares, sino que también se desnaturalizaría la función que tiene encomendada la cautelar, estos es, superar la demora que implica el proceso principal y el riesgo de que el demandado adopte conductas que dificulten la efectividad de la sentencia.

Por tanto, el pronunciamiento del juez que resuelve una medida cautelar, debe circunscribirse o apegarse a los aspectos directamente vinculados con los

requisitos de procedencia y demás aspectos relacionados con estos, verbigracia, la homogeneidad; y de ningún modo puede valerse el operador de justicia de alegatos relacionados con el fondo para definir su procedencia o no. Debido a que se traduciría en desnaturalizar la esencia cautelar y la homogeneidad pero no identidad de la medida cautelar innominada solicitada con la pretensión del fondo. Por tanto, el juez tiene que abstenerse de adelantar opinión o criterio respecto a las pretensiones de fondo al momento de pronunciarse sobre el decreto de una medida cautelar.

De igual modo, el juez al momento de pronunciarse sobre la procedencia o no de una medida cautelar solicitada, debe motivar con claridad cuál fue el fundamento y la operación intelectual que en definitiva utilizó para llegar a la conclusión de que están acreditados en ese caso in concreto los presupuestos legales para el decreto de la medida cautelar solicitada.

En otro orden de ideas, en virtud de las apremiantes necesidades y sed de justicia que comportan las sociedades modernas, los ordenamientos procesales han coincidido en conferir a los jueces, cada vez con más rigor y mayor amplitud, poderes adecuados para la conducción de procesos. El procedimiento cautelar no ha resultado inmune a estas consecuenciales reformas en lo procesal.

En consecuencia, en cuanto al sistema cautelar, resulta evidente que Venezuela ha acogido el sistema cautelar mixto, en el sentido que cohabita en el ordenamiento procesal, un poder cautelar específico y un poder cautelar general. El primero se materializa en la posibilidad de que el juez pueda decretar, a instancia de parte, medidas cautelares nominadas, cuando concurren los requisitos procesales para su decreto favorable; el segundo se materializa en la posibilidad que tiene el juez para decretar, a solicitud de parte y con estricta sujeción a los requisitos procesales, medidas innominadas para evitar una situación de daño o de peligro que una de las partes pueda infligir sobre la otra en un proceso.

Así las cosas, cabe acotar en este sentido como lo afirma Ortiz-Ortiz (1997:260) que “lo general no es el poder, sino el objeto de la cautela”. Ello es así, como afirma el jurista Brasileño Greco Filho (1984:87) que “no podría el legislador prever todas las hipótesis en que los bienes jurídicos tutelados que

se encuentren envueltos en un proceso estén en peligro de daño y mucho menos prever todas las medidas posibles para evitar que ese daño ocurra”.

De modo tal, que este poder cautelar general otorgado por mandato legal a los jueces, se justifica en virtud de que se trata de colmar las lagunas que forzosamente se abren en toda regulación de los procesos y medidas cautelares, dada la imposibilidad de prever toda la casuística que la vida del hombre en sociedad ofrece, siendo que las conductas humanas son innumerables; por tanto, el legislador ha diseñado un mecanismo para no atar al juez a las medidas nominadas y poder hacer plena la función jurisdiccional.

Sin embargo, tal poder cautelar general no debe ser entendido como una norma en blanco, constituyendo una discrecionalidad pura, porque si bien el legislador regula en los textos adjetivos la actividad del juez y de las partes dejando un amplio margen de posibilidad al juez en la apreciación de las circunstancias de hecho acaecidas en el momento histórico en que se encuentre, ello no es justificación para considerar tal manera de proceder como una discrecionalidad pura; ello lo podemos afirmar sólo observando los diversos articulados del texto adjetivo civil de manera armonizada.

Es como establece Satta (1971:181) a saber:

“(...) cuando la ley, sustancial o procesal, atribuye al juez un poder o facultad, que ciertamente son discrecionales en su ejercicio, es siempre la voluntad de la norma lo que él concreta (...)”

En este sentido, cabe concatenar el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987) con el artículo 23 eiusdem. Es decir, que el juez en el caso de las medidas cautelares innominadas, se encuentra autorizado para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, empero, siempre la voluntad del juez se va a encontrar sometida a la voluntad de la Ley y no viceversa; o como afirma Coing (1976:193) citado por Urdaneta (2004:173) “todo poder de un hombre sobre otros debe ser limitado. El poder ilimitado está en contradicción con el Derecho”.

Precisamente este ha sido el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1.662 del 16 de Junio de 2003, en el cual se sostuvo lo siguiente:

Ese poder cautelar general no puede ser ilimitado ni absoluto, antes por el contrario, las medidas cautelares no pueden infringir derechos constitucionales en grado de inhabilitar civilmente al ciudadano sobre el

cual ellas pesen, ya que las mismas fueron concebidas por el legislador para garantizar la tutela judicial efectiva y, por ende, la seguridad jurídica del justiciable.

En consecuencia, como el párrafo primero del artículo 588 eiusdem indica la conjugación verbal “podrá” el juez está facultado a actuar según su prudente arbitrio, mas sin embargo, la misma norma establece una condicionante a esa facultad, es decir, el “cuando”. Ergo, para proceder a decretar la medida cautelar innominada, a pesar de la discrecionalidad limitada que tiene el juez en este caso, el juez debe verificar que se cumpla las condiciones; esto es, el *pendente lite*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, *periculum in damni* y además, a criterio de los autores, debe tomar en consideración la homogeneidad pero no identidad de la medida cautelar con la pretensión del fondo, como criterio o parámetro que pueda utilizar para proceder a decretar la medida cautelar.

El solicitante en este sentido tendrá la carga alegatoria y probatoria que debe ser acompañada con la solicitud de la medida, que lleven al convencimiento del operador de justicia que existe presunción de buen derecho y del temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo; lo que se traduce en el ineludible apremio de llevar a conocimiento del juez que el derecho reclamado existe, de que de no ser acordada la medida solicitada, se esté en peligro de que la decisión de fondo se convierta en inejecutable y de que se demuestre que existe fundado temor que la contraparte pueda causarle un daño de difícil reparación.

En consonancia con lo anterior, dicha solicitud debe hacerse dentro de un proceso ya instaurado, en cualquier estado y grado del mismo (*pendente lite*). Sobre el *pendente lite* es menester hacer una serie de consideraciones, y para ello resulta imperioso traer a colación la Sentencia de la Sala Constitucional No. 83 de fecha 9 de Marzo del 2000, Magistrado ponente José Manuel Delgado Ocando. Dicha sentencia estableció lo siguiente:

La posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas, supone el ejercicio del poder cautelar general que asiste a todos los jueces de la República, y que se dirige al eficaz aseguramiento y prevención de los presuntos derechos deducidos en juicio por las partes, tanto si se solicitan en la fase de cognición como en la de ejecución.

Ahora bien, data venia del criterio del ilustre Magistrado Delgado Ocando, los autores del presente trabajo especial de grado (en lo sucesivo, los autores) consideran que es erróneo afirmar que las medidas cautelares en general, sean estas nominadas o innominadas, puedan ser decretadas en la fase de ejecución de la sentencia. En conexión con lo expuesto, Chiovenda (1934:30) afirma que “la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución”. En esta división tripartita propuesta por el maestro italiano, con toda exactitud se pone en claro la existencia de una función cautelar (conservación) que se encuentra latente a la espera de solicitud de parte interesada en hacerla valer; existencia que se manifiesta oportunamente desde el escrito libelar admitido hasta el acaecimiento de la sentencia definitiva.

Esta afirmación se deduce de lo estipulado en el encabezado del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), el cual establece que “el tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas...”.

Si bien conforme a ello es imperioso precisar qué debe entenderse por estado y grado de la causa. El estado de la causa deviene del iter procesal que se desarrolla en una de las instancias referido al momento procesal en el cual se encuentra, desde el libelo de demanda admitido hasta la ejecución de la sentencia; en cambio, el grado, es determinado por la posibilidad de revisión ante el tribunal de alzada con respecto a las decisiones adoptadas por el juez de la cognición, por efecto del principio de la doble instancia.

Corolario, una vez admitida la demanda se pueden solicitar medidas cautelares (fase de cognición) hasta que se dicte sentencia que ponga fin a la controversia (fase de decisión). Sin embargo, se puede caer en el sofisma de establecer que dentro de la fase de ejecución de la sentencia puedan solicitarse y decretarse medidas cautelares. Este razonamiento lógico, subyace en la realidad procesal de que en tal estado del proceso ya no hay ningún peligro de que quede ilusoria la ejecución del fallo, más por el contrario, existe un fallo y lo subsiguiente es su ejecución. Lo que daría lugar ya no a medidas cautelares, sino a medida ejecutiva de embargo.

Adminiculado con lo anterior, no se podría concebir que se solicite una medida cautelar en fase de ejecución de la sentencia como lo afirma el

Magistrado Delgado Ocando en la sentencia ut supra transcrita; ello seria tentar a desnaturalizar las medidas cautelares y atribuirle funciones ejecutivas que son ajenas a su propia esencia y naturaleza, atentando inclusive la instrumentalidad que revisten a las medidas cautelares y la característica de provisoriedad. Ya que su función se agota con el pronunciamiento de mérito que decide el asunto que dio origen a la medida.

Realizando salvedades es menester dejar claro que no se trata de criticar a las personas en el ejercicio de su magistratura sino a las decisiones, en virtud de que ofrecer criterios distintos a los sostenidos por los operadores de justicia, pero no por el mero capricho de posicionarse en una oposición en actitud retaliativa sino argumentando y esbozando los razonamientos lógicos-jurídicos, se contribuye al perpetuo desarrollo de la ciencia jurídica.

En este sentido, las palabras del maestro Luis Loreto (1987) citado por Ortiz-Ortiz (1999) aún siguen vigentes, en tanto y en cuanto establecía lo siguiente:

“Si las actuaciones de los jueces y las partes deben ser públicas para que el pueblo ejerza sobre ellas la elevada misión de controlar la vida y la salud moral del proceso, también es necesario que la crítica de esas actuaciones sea igualmente pública a fin de que su autor asuma toda la responsabilidad de su opinión y escape así su juicio de la categoría de aquellos que se lanzan en el ambiente oscuro y bajo de la murmuración. Murmurar de los jueces, es un crimen; criticar sus decisiones en público con justas e ilustradas razones es elevada función ciudadana”.

Esa disparidad debe reinar entre las medidas cautelares y las medidas ejecutivas. Debido a que, si la finalidad de las medidas cautelares es ese carácter preventivo, es decir, evitar que el retardo procesal y el futuro advenimiento de la sentencia definitiva constituya un peligro de que el fallo quede inejecutable al llegar a la ejecución de la sentencia, en consonancia con que haya fundado temor de que una de las partes pueda ocasionar un daño de difícil reparación al derecho de la otra, en virtud de ese arco de tiempo de espera entre la admisión de la demanda y la sentencia de fondo; mal se podría establecer que se pueda solicitar una medida cautelar si ya se dictó la sentencia de fondo, en razón de que ya no habría nada que prevenir.

Sobre este aspecto, es menester traer a colación las palabras del maestro italiano Calamandrei (1996:40-91) que estableció:

“(…) la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse, ya que en su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia.

(…) Surgida para dar tiempo a nacer a la providencia principal a través de la larga gestación del proceso ordinario, y para desempeñar provisoriamente sus veces dentro del limitado campo en el que el retardo habría sido peligroso, la providencia cautelar ve, con el nacimiento de la providencia principal, agotada su función, cumplido su ciclo vital”.

Ergo, las medidas cautelares tanto las nominadas como las innominadas, sólo pueden ser dictadas en la etapa de cognición del juicio, a diferencia de las medidas ejecutivas que son las únicas que pueden ser decretadas en la etapa de ejecución de la sentencia y, excepcionalmente, pueden ser decretadas en fase de cognición en el procedimiento especial de la vía ejecutiva; se puede apreciar en éste aspecto un límite al poder cautelar del Juez. Es decir, una vez dictada sentencia definitiva se agota ese poder cautelar, tanto el poder cautelar específico como el poder cautelar general, a tenor de la provisoriedad que reviste a las medidas cautelares.

Siguiendo el orden de ideas, sobre este requisito sine qua non del pendente lite, resulta imperioso realizar la siguiente pregunta: si el actor con el libelo de la demanda solicita medida cautelar innominada, se admite la demanda y el juez decreta la medida cautelar innominada, y se produce una reforma del libelo de la demanda antes que el demandado dé contestación a la demanda, ¿ello podrá ser motivo de nulidad de la medida cautelar innominada decretada?

Conforme a la pregunta anterior, cabe hacer las siguientes consideraciones:

El derecho a la defensa constituye garantías inherentes a las personas humanas y en consecuencia aplicables a cualquier clase de procedimiento; y en consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos o se le prohíbe realizar actividades probatorias.

Empero, siendo también que el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia, sino que también comporta el derecho a obtener medidas cautelares

para evitar daños no reparables por el fallo definitivo (vid. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 05 del 24 de enero de 2001).

Corolario, tal reforma del libelo antes de la contestación de la demanda, no implicaría un motivo de nulidad de la medida cautelar innominada ya decretada. Debido a que, primero no vulnera el derecho a la defensa de la parte contra quien recae la medida, en virtud del principio *inaudita altera pars*. Es decir, sin que la otra parte tenga ningún conocimiento de las medidas cautelares sino hasta que el operador de justicia las ejecute; debido a que como afirma La Roche (1988:162) “poner en conocimiento del procedimiento cautelar a la parte que contra ella se pretenda, estaría dejando totalmente burlada la naturaleza esencial de este tipo de medidas, que requieren celeridad y sorpresa para cumplir su cabal cometido”.

De igual forma, el derecho a la defensa del demandado contra la medida cautelar decretada se encuentra garantizado. Ello es así, porque una vez citado, surge la carga procesal del demandado a dar contestación a la demanda dentro del lapso de emplazamiento, y además, como establece el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil (1987) “dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella”.

Por tanto, se arguye que el demandado una vez realizada la citación con éxito y conste en el expediente de la causa, van a transcurrir primero los tres días para oponerse a la medida computados a partir del día siguiente a la citación; y bien puede acompañar la oposición de la medida con la contestación al fondo de la demanda u oponerse y contestar al fondo posteriormente dentro del amplio lapso de emplazamiento. Ello conforme al párrafo segundo del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987) en consonancia con el artículo 602 y siguientes *eiusdem*.

Sin embargo, es menester destacar que si en el mismo supuesto de hipótesis planteado, es decir, el actor interpone la demanda y solicita la medida cautelar innominada, el Juez admite la demanda y decreta la medida por haberse verificado los requisitos de procedencia, se cita al demandado y antes de que éste dé contestación a la demanda, el demandante procede a reformar la demanda; si en ese supuesto, la reforma de la demanda realizada comporta una identidad y no relación con la medida decretada, es decir, deja de ser

homogénea con la medida decretada, los autores consideran que el Juez estaría vedado para revocarla de oficio en virtud del principio dispositivo y por contrario imperio en concordancia con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Por tanto, sería una carga para el demandado contra quien recae la medida cautelar que una vez esté citado dentro de los tres días siguientes debe oponerse a la medida innominada decretada alegando la falta de homogeneidad entre el contenido de la medida cautelar innominada decretada y la pretensión sustancial producto de la reforma, revistiendo dicha medida una ejecución adelantada de la sentencia de mérito, inclusive desnaturalizándose la medida innominada decretada pasando de ser una medida cautelar a una autentica medida ejecutiva, donde la parte demandante está consiguiendo satisfacer plenamente su derecho subjetivo sustancial.

Ya abordado el primer requisito (pendente lite), entonces consecuentemente toca tratar el periculum in mora, que la doctrina lo denomina también como periculum in mora genérico. En este sentido, él tiene como causa constante y notoria, la tardanza del juicio de cognición, el extenso tiempo que necesariamente transcurre desde la interposición de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada; por tanto el periculum in mora comporta un riesgo manifiesto e inminente, de manera tal que el solicitante tiene la carga probatoria de demostrarle al juez que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en sus efectos patrimoniales o extrapatrimoniales, o de que una parte pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales.

No parece conveniente dejar de indicar, aunque sea brevemente, que resulta frecuentemente inducida pretensiones impávidas orientadas en obtener una medida cautelar, sin ni siquiera trasladar al proceso prueba pertinente e idónea que logren formar en la convicción del Juez que efectivamente aquello que está alegando es lo que ha sucedido en el terreno de la realidad en razón de las circunstancias fácticas que acontecen la vida del hombre en sociedad. Situaciones de ésta índole que en estos tiempos no se observan con estupor alguno, debido a que en virtud de éste tipo de pretensiones desmesuradas no procede entonces admitir la solicitud de medida cautelar, en virtud del principio lo que no está en las actas del expediente, no existe en el mundo del derecho.

Por otro lado, el tercer requisito de procedencia es el denominado *fumus boni iuris* conocido también como apariencia de buen derecho o humo del buen derecho. Este requisito supone la apariencia de certeza o credibilidad del derecho invocado por parte del sujeto que solicita la medida, siempre que acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esa circunstancia, es decir, comprende un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante.

Por tanto, es un juicio provisional de verosimilitud, según las circunstancias de cada caso concreto, es decir, la apariencia de certeza o de credibilidad del derecho invocado por parte del sujeto que solicita la medida. Como establece Ortiz-Ortiz (1997:135) “el tema de la verosimilitud del derecho reclamado está imbuido de una alta carga apreciativa del juez quien debe analizar los medios de prueba aportados, e incluso utilizando máximas de experiencia”.

Así las cosas, se llega al cuarto requisito de procedencia denominado por Ortiz-Ortiz (1997) el *periculum in damni*. Cierta doctrina lo ha denominado también como un *periculum in mora* específico, el cual tiene a criterio de los autores una finalidad inmediata consistente en evitar una lesión grave o de difícil reparación al derecho de una parte o hacer cesar su continuidad. Es menester entonces establecer que en las medidas cautelares innominadas existe un *periculum in mora* genérico que tiene por objeto evitar el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo por el arco de tiempo que transcurre entre la admisión de la demanda hasta la sentencia definitiva, ésta última debe ser considerada como su finalidad mediata; y también existe un *periculum in mora* específico o como ya es reconocido en la práctica del foro “*periculum in damni*”, que tiene por objeto evitar la lesión grave o de difícil reparación al derecho de una parte o hacer cesar su continuidad.

El *periculum in mora* genérico y el *periculum in mora* específico (*periculum in damni*) deben concurrir entre sí y con los demás requisitos, ello se deduce por lo consagrado en el párrafo primero del artículo 588 del texto adjetivo civil. El cual establece: “Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585...”. Por lo tanto, hay una remisión de un artículo a otro, y ambos con los demás requisitos se deben verificar para que el Juez pueda decretar con lugar la medida solicitada.

Es como afirma Ortiz-Ortiz (1997) que la adopción de una medida cautelar innominada debe estar revestida con el carácter de la inminencia del daño, ya que no es suficiente el temor genérico de daño (*periculum in mora* genérico), porque en el caso de las medidas cautelares innominadas el daño que se quiere prevenir o hacer cesar debe ser individualizable, actual, inminente e irreparable, continuo o no, pero que por la urgencia se requiera la intervención del órgano jurisdiccional, para evitar su materialización o hacerlo cesar.

Aunado a lo anterior, el daño debe ser actual e inminente como se ha dicho, porque de ser una lesión o daño consumado no puede hablarse de una medida cautelar innominada, sino lo idóneo sería una demanda de daños y perjuicios. Es como afirma Ortiz-Ortiz (1997) que es menester que la lesión sea continua en el tiempo, en cuyo caso, la ley procesal faculta al juez para evitar esa continuidad.

Sin embargo, la gravedad del daño inminente debe estar sujeta a premisas que pueda valorar el juez. Partiendo de una respuesta lógico-jurídica se puede razonar que podrían ser las siguientes: a) que el daño o lesión sea producto de un hecho humano, entiéndase esto en sentido amplio, tanto acciones u omisiones; b) que afecte un interés jurídico tutelado; c) que el hecho humano sea antijurídico, es decir, en contravención a las normas legales. Esto último debido a que una actitud lícita de la parte contra quien recaerá la medida no puede ser motivo para su procedencia, ello en armonía con el aforismo jurídico “*Permittitur quod non prohibetur*” (se presume que está permitido, lo que no está prohibido).

Medidas Provisoriamente Satisfactivas.

Una vez abordado a plenitud las medidas cautelares, resulta imperioso abordar el tema de las medidas especiales agrarias que puede decretar el Juez dentro del procedimiento ordinario agrario, las cuales son denominadas por la doctrina Argentina y la jurisprudencia nacional como medidas autosatisfactivas. En este sentido, es menester traer a colación la definición aportada por Peyrano (1997), citado por Aguirre y Hernández (2015) en su trabajo especial de grado para optar por el título de abogado denominado: Análisis de las medidas autosatisfactivas en el derecho agrario venezolano con base a los principios de seguridad y soberanía agroalimentaria.

Se trata de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por mas que en la praxis muchas veces se le haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma.

De esta definición se puede argüir, que estas medidas autosatisfactivas procuran dar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Se puede establecer fehacientemente que la medida autosatisfactiva no es de naturaleza cautelar, sino que se encuentra revestida prácticamente de una estructura monitoria, en el sentido de que puede ser semejante a una sentencia definitiva.

Sin embargo, en procura de no menimar y mantener incólume la esencia y naturaleza de estas medidas agrarias por argumentaciones semánticas que podrían confundir incontrovertiblemente al lector, cuyas argumentaciones darían cabida a un resbaladizo terreno de sofismas que en vez de sumar a la literatura jurídica, padecería de un efecto contrario. Las medidas autosatisfactivas se tratan, sustancialmente, de medidas sumarias dotadas por el legislador al que tenga interés jurídico actual, en aras de conseguir los efectos de un pronunciamiento jurisdiccional mediante una sentencia que no adquiere fuerza de cosa juzgada en virtud de la mutabilidad que impera sobre ésta medida aun cuando no tiene esencia cautelar.

Se tratan entonces de medidas sumarias que el legislador consagró con la finalidad de que el interesado en vez de recorrer el dilatorio procedimiento ordinario, transite por éste atajo sumario para obtener el mismo resultado pero con mayor celeridad, simplicidad, sin que ello signifique limitar o suprimir el derecho al contradictorio de la parte contra quien recae la medida.

Estas medidas crean una fuerza obligatoria de carácter provisorio que llega a ser susceptible de ejecución forzada –ope iudicis- sólo cuando la parte, a cargo de la cual se impone la obligación, no la cumple voluntariamente, y siempre a solicitud de parte interesada. No es aventurado afirmar, que en virtud de la materia cuya tutela el Estado garantiza su protección, está vedada la posibilidad de solicitar una caución o garantía suficiente para lograr la suspensión de la medida.

En definitiva, en este tipo de medidas, el juez debe ir al fondo o contenido de la medida para despacharla favorablemente; pero en sí, son medidas provisorias sobre sus efectos, que aspiran a convertirse en definitivas y que no requieren de una sentencia posterior que las confirmen, ya que no están al servicio de una sentencia definitiva cuyo resultado práctico deban asegurar preventivamente; sino que su carácter preventivo subyace en la tutela de materias especiales (producción agraria) donde se encuentra inmiscuido el interés social, producto del rol paternalista que ha venido desarrollando el Estado.

Estas medidas especiales agrarias nacen como un mecanismo procesal sumario y autónomo (rectius: *summaria cognitio*) de tutela por parte del Estado que se encuentra al alcance de los particulares que ostenten interés jurídico actual. Tutela que se encuentra garantizada a través de vías procesales sumarias que en aras del principio de seguridad agroalimentaria y el afán de amortizar el impacto social que generaría una perturbación a la producción agroalimentaria, se van suprimiendo toda una serie de lapsos y actos procesales, con la finalidad de garantizar el interés social sin menoscabo de que se esté yendo, posiblemente, en detrimento de un interés individual. Resulta curioso, por lo menos a modo de reflexión, lo que establecía el maestro italiano Calamandrei (1996:43) “la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien”.

Corolario, data venia que tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina extranjera denominan a estas medidas sumarias como medidas autosatisfactivas o medidas de protección agraria, entre otras denominaciones similares; los autores consideran que lo correcto sería denominarlas medidas provisoriamente satisfactivas; y es que ciertamente son medidas preventivas por cuanto anticipa los efectos de la eventual decisión de mérito que se hubiera obtenido mediante un procedimiento ordinario y garantiza protección de manera anticipada, pero no es cautelar porque su finalidad no es proteger un inexistente proceso principal previniendo de que quede ilusoria la ejecución del fallo por el transcurso del tiempo entre la admisión de la demanda y la sentencia de mérito.

Ello es en virtud de que cuando el artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010) consagra “exista o no juicio” se refiere a que no es

necesario que se verifique el pendiente lite, es decir, no necesita de un juicio en curso para solicitarlas, por lo que se arguye que no están predispuestas a una sentencia definitiva, ergo, no hay instrumentalidad.

Conforme a este orden de ideas, la vida de la medida provisoriamente satisfactiva está en todos los casos fatalmente ligada a tres aspectos de la provisoriedad, y por ello, los autores han decidido denominarlas como medidas provisoriamente satisfactivas:

1. Provisoriedad ligada a los aspectos técnicos y en especial del ciclo

biológico: si bien, tienden a evitar la interrupción, ruina o desmejoramiento de la producción agraria, así como del ambiente, ello no puede traducirse en que la protección sea por un tiempo donde impere la incertidumbre y la indeterminación, sino que es menester que una vez se decreta la medida, el Juez Agrario debe indicar el tiempo de su vigencia. Al igual como lo estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la Sentencia N° 368 de fecha 29 de Marzo del 2012:

No obstante lo anterior y dado su eminente carácter excepcional, resulta fundamental dejar sentado, que la medida autosatisfactiva agraria tendente a evitar la interrupción, ruina, desmejoramiento o destrucción de la producción agraria en su sentido amplio, así como del ambiente, no puede ser entendida como un medio sustitutivo de aquellas vías ordinarias previstas en la legislación especial (Ley de Tierras y Desarrollo Agrario), por lo que necesariamente se debe indicar el tiempo de su vigencia partiendo de aquellos aspectos técnicos en especial del ciclo biológico, y su necesaria conexión con la producción primaria de alimentos y la biodiversidad.

De manera tal, que los efectos de la medida serán por un rango de tiempo prudente, donde si bien se adelanta los efectos de una eventual sentencia de mérito en aras de garantizar el principio de seguridad agroalimentaria, pero a pesar de que, en principio, no dependen de la interposición ulterior de una pretensión principal, ello no es óbice para que se configure el eventual proceso jurisdiccional donde de manera definitiva se dirima la controversia planteada.

2. Provisoriedad ligada al acaecimiento de una sentencia a posteriori:

Se ha establecido que no es necesaria una ulterior sentencia que la confirmen; empero, ello no es óbice para que una ulterior sentencia

levante y haga cesar los efectos de la medida provisoriamente satisfactiva, como consecuencia de la posibilidad del contradictorio efectuado por la parte contra quien recae la medida dentro del lapso procesal oportuno para realizar la oposición a la medida de conformidad con los recientes criterios jurisprudenciales que, paulatinamente, se irán detallando.

Esto se explicaría, de manera más pedagógica, de la siguiente forma: los efectos de la sentencia subsiguiente al decreto de la medida provisoriamente satisfactiva (sentencia que en virtud del contradictorio, el Juez levantó la medida y el cese de sus efectos) es el inicio de la cesación de los efectos de la sentencia antecedente (decreto de la medida provisoriamente satisfactiva).

- 3. Provisoriedad ligada a la mutabilidad de la medida:** Las circunstancias fácticas que han originado el decreto de la medida pueden variar conforme el discurrir del tiempo. Sobre este aspecto, el Juez debería a solicitud de parte o de oficio, ya no cambiar el contenido de la medida, sino ampliarlo, en aras de que la esfera de derecho que se pretende tutelar no se vea menoscabada en un corto plazo por actos de perturbación idénticos o distintos a los primigenios.

Lo contrario sería jugar a mermar la protección de la producción agraria, en virtud de que si las circunstancias fácticas que dieron origen a la medida cambian, y el Juez cambia el contenido de la medida suprimiendo la anterior protección para colocar otra cónsona con la circunstancia fáctica actual o latente para ese tiempo, se podría incurrir en un corto o mediano plazo en la misma perturbación a la producción agraria acaecida a priori, es decir, la primigenia.

Corolario, se puede inferir que las medidas provisoriamente satisfactivas nacen con la esperanza de ser y terminar siendo definitivas, es decir, nacen con la esperanza de que no se produzca el advenimiento de una ulterior sentencia que le impida seguir surtiendo plenos efectos jurídicos. Como lo sería la sentencia que declara con lugar la oposición a la medida, que se produce como consecuencia de esa oportunidad procesal cuyo accionar depende a instancia de parte; mecanismo procesal que realza el derecho a la defensa de la parte contra quien recae la medida.

En otro orden de ideas, no cabe duda que la función de los jueces agrarios es propiamente jurisdiccional y por ello mismo están investidos del poder cautelar que tienen todos los jueces en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, se puede denotar que el Juez Agrario en el caso de las medidas provisoriamente satisfactivas consagradas en el artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010), tiene un mandato expreso del legislador y dada la naturaleza de la medida y los derechos que está encaminada a proteger, el Juez Agrario está haciendo uso de un Poder Genérico de Prevención y no de un Poder Cautelar General, debido a que no está dirigida directamente al cumplimiento de un fallo principal, sino que están ordenadas a un interés superior y de orden público.

Resulta impostergable traer a colación el criterio de Satta (1971:181) quien acertadamente establece:

“El poder discrecional presupone, a nuestro criterio, el confiar al juez (a su juicio de oportunidad) la tutela de un interés primario, que se individualiza en un sujeto determinado, pero que está en función de intereses más generales, que precisamente justifican la intervención del órgano jurisdiccional”.

Se deduce que mediante la medida provisoriamente satisfactiva el órgano jurisdiccional actúa en orden a proteger intereses superiores para la colectividad, esto es, donde está involucrado el interés social. Además, el artículo 196 eiusdem no limita el poder genérico de prevención que le corresponde al Estado ante la presencia de intereses privados con trascendencia social, y en ejercicio de ese poder tutelar debe decretar la medida provisoriamente satisfactiva. Por lo tanto estas medidas comportan una especie de poder tutelar general o como lo denomina Ortiz-Ortiz (1997) Poder Genérico de Prevención, las cuales están en aras de la defensa y protección de la producción agroalimentaria, la biodiversidad y el medio ambiente.

En sintonía con lo anterior, al igual que el poder cautelar general del juez civil, el poder genérico de prevención del juez agrario, no conlleva una norma en blanco traduciéndose en posibles actuaciones arbitrarias por parte de los operadores de justicia; sino que el juez agrario tiene delimitadas en el artículo 196 de la ley in commento las circunstancias que se deben verificar para poder decretar la medida; y es que cuando el legislador atribuye

mediante una disposición legal un menor grado de discrecionalidad, constituye una actividad absolutamente reglada, es decir, una obligación.

Esa discrecionalidad comporta si bien una obligación del juez de decretar la medida una vez hayan sido verificados los requisitos de procedencia, pero el legislador le dejó un margen para seleccionar la medida más pertinente para asegurar la tutela adecuada e indispensable para garantizar la continuidad y no interrupción de la producción agraria, al igual que garantizar la preservación de los recursos naturales. Se deduce de la interpretación semántica del artículo 196 eiusdem que el juez agrario podrá decretar una medida distinta de la que se le ha propuesto o limitarla para evitar gravámenes innecesarios contra quien recae.

Estas medidas provisoriamente satisfactivas si bien tienen como finalidad proteger el interés colectivo, en el entendido del principio de seguridad agroalimentaria, el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental; donde la medida comporta una vasta celeridad e inmediatez en su decreto (urgencia) por lo que su contenido y vigencia deben ser congruentes con la situación fáctica a tutelar. Por ello se afirma fehacientemente que el Juez Agrario para poder decretar la medida provisoriamente satisfactiva no está sujeto a los requisitos de procedencia establecidos en el Código de Procedimiento Civil (1987) para las medidas cautelares; sino, que en virtud del aforismo latino *lex specialis derogat generali*, debe ceñirse con estricta sujeción a lo estipulado en el propio artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010).

Aunado a lo anterior, los autores consideran que conforme al Poder Genérico de Prevención del Juez Agrario que contempla el artículo 196 eiusdem, éste debe verificar los siguientes requisitos al momento de decretar la medida provisoriamente satisfactiva:

- a)** El riesgo de que se interrumpa la producción agraria, al cual los autores denominarán “*Periculum in Agro*”.
- b)** El riesgo del desmejoramiento o destrucción de los recursos naturales renovables, al cual los autores denominarán “*Periculum in Natura*”.

Corolario, debe entenderse por *Periculum in Agro*, el riesgo manifiesto que se genere un daño irreversible a la producción agraria y, por vía de

consecuencia, su interrupción en detrimento del mandato del artículo 305 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Por otro lado, en cuanto al *Periculum in Natura*, se puede definir como el riesgo manifiesto que se produzca un daño irreversible al medio ambiente; daño que si no se previene, será productor de ruina, desmejoramiento o destrucción de los recursos naturales. Aunado a esto, se deduce su fuente directamente de los artículos 127 y 129 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999); de igual forma, se deriva del principio *in dubio pro natura* establecido en el artículo 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Resulta imperioso acotar que dichos requisitos de procedencia no son concurrentes, en el sentido de que el *Periculum in agro* sólo debe verificarse cuando haya un riesgo de que se interrumpa la producción agroalimentaria, lo que es totalmente excluyente del *Periculum in natura*, en virtud de que éste último debe verificarse sólo cuando haya un riesgo de que se produzca un daño irreversible al medio ambiente. Concomitante con esto, sólo debe verificarse uno de los requisitos para que se proceda a la protección anhelada (dependiendo de cuál protección se busca, esto es, si se anhela prevenir la paralización de la producción agraria o un daño irreversible al medio ambiente).

En otro orden de ideas, es menester acotar que no se pueden incluir estas medidas dentro del sistema cautelar antes estudiado, debido a que, es una especie del genero medidas preventivas, la cual no puede ser incorporada dentro de la especie medida cautelar. En razón de que no se puede obviar la regulación especial planteada por el legislador, además de ser medidas especialísimas que el juez agrario tiene el deber-poder de aplicar en un caso concreto, a solicitud de parte u oficio. Ello de conformidad con el artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010) que establece:

El Juez o Jueza Agraria debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria de la Nación y el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental. En tal sentido, el juez o jueza agrario, exista o no juicio, deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción. Dichas medidas serán

vinculantes para todas las autoridades públicas, en acatamiento del principio constitucional de seguridad y soberanía nacional.

Corolario, cuando el artículo 196 eiusdem establece “el juez o jueza agrario, exista o no juicio, deberá” no lo está autorizando para obrar según su prudente arbitrio, sino que es un mandato expreso que se traduce en una obligación para el juez agrario al momento de tener cognición de las circunstancias fácticas que comportan los aspectos de procedibilidad de la medida provisoriamente satisfactiva. Es como establece Canelutti (1944) citado por Ortiz-Ortiz (1997) “cuando se trata de facultad o potestad el hombre actúa como quiere, cuando se trata de obligación, lo hace como debe”.

Los autores consideran que de la interpretación semántica del artículo 196 eiusdem, se deduce que cuando el legislador utiliza la palabra “deberá” le atribuye a esa disposición legal un menor grado de discrecionalidad, constituyendo una actividad absolutamente reglada (obligación).

Aunado a lo anterior, estas medidas a pesar de no tener naturaleza cautelar, son verdaderas medidas preventivas, porque están en función de proteger la producción agraria, la biodiversidad, medio ambiente, los cuales son fines superiores de interés social. Corolario, los autores afirman que no son cautelares porque las cautelares no pueden otorgar lo mismo que constituiría el objeto de la sentencia de fondo; y ello es en razón de que en las medidas cautelares se tiene una relación pero no identidad con la pretensión del fondo, es decir, la homogeneidad.

En cambio, la medida provisoriamente satisfactiva es un adelanto provisorio de una eventual sentencia de mérito. En consecuencia, hay una clara identidad entre la medida solicitada y la eventual sentencia de fondo; ergo, se arguye que en las medidas provisoriamente satisfactivas no hay homogeneidad propiamente dicha, sino una plena identidad con una eventual pretensión sustancial.

Quizá lo que deba verdaderamente plantearse, si lo que se ha afirmado es válido, es que en virtud de lo dilatorio que comportaría para el productor agroalimentario acudir y tramitar por un proceso ordinario, donde las fases procesales no pueden ser relajadas y, dicho sea de paso, cuya espera por la protección que anhela y necesita de manera más sumaria se torna paulatinamente más infecunda. Se llega a vislumbrar una **identidad entre el**

contenido de la medida provisoriamente satisfactiva (que podría ser ordenes de hacer o no hacer en aras del cesamiento de una perturbación a la posesión agraria) **y la eventual pretensión sustancial** de acción contra la perturbación de la posesión agraria.

Sin embargo, la *summaria cognitio* que proporciona la medida provisoriamente satisfactiva no debe comportar una supresión ipso facto del catálogo de pretensiones agrarias que puede accionar el productor agroalimentario; es más, debe ser tomado en cuenta que en virtud del alcance que comporta esta medida, su decreto favorable debe ceñirse bajo pruebas indubitables que crean en la convicción del Juez que se está en un riesgo manifiesto de que se interrumpa la producción agroalimentaria (*Periculum in agro*). Verbigracia, una inspección judicial que le permita al Juez, mediante sus sentidos, percibir cual es el riesgo manifiesto y si ese riesgo manifiesto aún persiste.

Por otro lado, el contenido de la medida provisoriamente satisfactiva debe gozar de plena congruencia con las circunstancias fácticas expresivas en las perturbaciones a la producción agroalimentaria (pertinencia). Si el contenido de la medida provisoriamente satisfactiva no tiene relación con las circunstancias fácticas que se pretenden hacer cesar, la medida carecería de la imperiosa pertinencia que debe revestirla.

Empero, ello no es óbice para que el Juez al constatar que se ha demostrado el *Periculum in agro*, y a pesar de que el contenido de la medida solicitada carece de pertinencia, el Juez está facultado *ex-lege* para moldear el contenido de la medida y proceder a decretar la medida más pertinente. Ello a tenor de lo establecido en el propio artículo 196 *eiusdem*, que establece:

“(...) En tal sentido, el juez o jueza agrario, exista o no juicio, **deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes** a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción (...)”

En cierto modo y hasta cierto punto, esta norma jurídica debe estar acompañada de, por qué no, normas morales imbuidas de eticidad donde en su horizonte se encuentre la justificación de que tal decreto de una medida provisoriamente satisfactiva, tenga el deber de ser provisto a través

de una elección juiciosa subyacente en un conocimiento pleno producto de la carga probatoria del solicitante; pero ese deber de una elección juiciosa se encuentra frecuentemente enfrentada a la vanidad reificante de la corrupción y del dependismo ideológico-partidista, cuya esencia y reclutamiento debe ser depurado del sistema de justicia, para así poder otorgar a la ciudadanía un verdadero Estado social de derecho.

Además, el Juez Agrario al momento de determinar los requisitos sine qua non que se deben verificar para su procedencia, es decir, *periculum in agro* o *periculum in natura*, no debe hacer un juicio de verosimilitud del derecho reclamado, sino una fuerte o alta probabilidad del derecho reclamado, sin recaer en una certeza del derecho reclamado, en virtud de la naturaleza y el alcance de este tipo de medidas.

Empero, a pesar de que en principio no dependen de la interposición ulterior de una pretensión principal, ello no es óbice para que se configure el eventual proceso jurisdiccional donde de manera definitiva se dirima la controversia planteada. Si bien con esta medida se va a satisfacer provisoriamente los efectos de una eventual sentencia de mérito, ello no puede ser óbice para que se interponga la pretensión principal durante el tiempo de la vigencia de la medida provisoriamente satisfactiva, y ello debe ser entendido en aras de que éstas medidas no se traduzcan en un medio sustitutivo de las pretensiones procesales contempladas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010).

Por otro lado, la medida provisoriamente satisfactiva no requiere, *prima facie*, la iniciación de un proceso para evitar el decaimiento de la medida; sin embargo, debe ser exigible la inmediata sustanciación de la causa abriendo el respectivo contradictorio en aras de garantizar el derecho a la defensa de la parte en la que recae la medida, y ello es en razón de que a pesar que estas medidas no tienen contempladas en su propia *lex specialis* una oportunidad para ejercer el contradictorio, empero, ello no es un fundamento jurídico válido para cercenar, enervar y poner en una situación de indefensión absoluta contra quien recae la medida.

Este razonamiento lógico parte de la base de que el derecho a la defensa tiene unas dimensiones bastante amplias, donde a pesar de que éstas medidas provisoriamente satisfactivas buscan proteger la continuidad y no interrupción

de la producción agraria, así como preservar los recursos naturales renovables, de acuerdo al carácter eminentemente social del desarrollo que dicha actividad comporta, los cuales son fines superiores de carácter de interés público y de rango Constitucional; sin embargo, ese paralogismo evidentemente no es suficiente para mermar un derecho también de rango constitucional como lo es el derecho a la defensa.

Además, el derecho que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) debe ser aplicado a todo tipo de proceso independientemente de la especialidad o materia que se trate, por tanto, todas las leyes adjetivas deben garantizar la existencia de un proceso que si bien cumpla con los mandatos constitucionales y principios recogidos en el artículo 26 y 257 eiusdem, pero que a su vez garantice el derecho de defensa de la parte para que los mismos no se vean limitados o restringidos de manera tal, que impida el pleno y efectivo ejercicio de otros derechos procesales, imponiendo gravámenes innecesarios a quien deba soportarla.

En este sentido, a pesar de que ésta medida provisoriamente satisfactiva, por ser una medida preventiva y que por su propia naturaleza, proceda inaudita altera pars, esto último no es óbice para que exista un procedimiento en el cual se pueda ejercer el derecho al contradictorio. Ya que de allí también radica la provisoriedad de estas, a tenor de que si bien es cierto, no es necesaria una ulterior sentencia que la confirmen, ello no es óbice para que una ulterior sentencia revoque, levante y haga cesar los efectos de la medida provisoriamente satisfactiva, como consecuencia de la posibilidad del contradictorio efectuado por la parte contra quien recae la medida.

Aunado a lo anterior, Calamandrei (1996:38) con respecto a la provisoriedad de las denominadas por Chiovenda “declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva” establece:

“(…) la providencia creada a través de este procedimiento abreviado nacen como provisorios, en cuanto, aun siendo cualitativamente semejantes a los que el actor habría podido conseguir a través del juicio ordinario, están sujetos a cesar de conformidad con el resultado de una ulterior fase procesal, en la cual, de ordinario a iniciativa del demandado, el juez puede ser llamado a examinar en juicio contradictorio”.

Sin embargo, no se observa la posibilidad dentro de las disposiciones del Capítulo VI concerniente al procedimiento ordinario de la Ley de Tierras y

Desarrollo Agrario (2010) de una apertura del contradictorio para oponerse a la medida provisoriamente satisfactiva decretada. Por lo que, a prima facie, esa situación de indefensión de la parte contra quien recae la medida se encuentra más latente en virtud de la ausencia del iter procesal a través del cual se debe sustanciar.

Empero, y sin detrimento de lo anteriormente establecido, resulta imperioso traer a colación la sentencia N° 368 de la Sala Constitucional de fecha 29 de Marzo del 2012, ratificada posteriormente por la Sentencia N° 1029 de la Sala Constitucional de fecha 29 de Julio del 2013, que estableció lo siguiente:

Por lo que concluye esta Sala, que dichas medidas especiales agrarias fueron instituidas por el legislador como soluciones jurisdiccionales de carácter urgente y por ende “*autosatisfactivas*”, ya que están llamadas a resolver de manera suficiente los requerimientos de los postulantes o de la acción oficiosa del juez, motivo por el cual resultan verdaderamente medidas autónomas que en principio no penden de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal, como si requieren las medidas cautelares clásicas para que no quede ilusoria la ejecución de la sentencia de mérito.

En el presente caso, estamos en presencia de una medida de protección agraria que no pende de un juicio principal, que pretendió salvaguardar la continuidad de la producción agraria de manera oficiosa a criterio de la juez, con lo cual encuentra esta Sala, que dicha medida en principio procedía inaudita parte como efectivamente resultó, correspondiéndoles a los hoy quejosos la posibilidad de ejercer la correspondiente oposición una vez practicada y notificada la misma, de conformidad con el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (Vid. Sentencia del 9 de mayo de 2006, Caso Cervecería Polar Los Cortijos y otros).

Ahora bien, se puede observar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en vista de que la propia Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010) no prevé la posibilidad de la apertura de un contradictorio, estableció el criterio de que efectivamente el derecho a la defensa no puede ser enervado de manera tal que producto de una omisión legislativa, se cree un estado de indefensión a la parte contra quien recae la medida; por lo que en lo concerniente a la oposición a la medida provisoriamente satisfactiva, se va a seguir y aplicar el trámite establecido para la oposición de las medidas cautelares establecidas en el Código de Procedimiento Civil (1987).

Por tanto, una vez decretada la medida provisoriamente satisfactiva y ejercida la oposición de la medida, se debe proceder a la apertura inmediata del correspondiente contradictorio, donde se le garantizará a aquel contra quien obre la medida y a los eventuales interesados, el derecho a la defensa y al debido proceso, a través de la notificación de la decisión, el acceso al expediente y la posibilidad de alegar y probar en dicha articulación probatoria, siendo potestativo del juez revocar o confirmar la medida de acuerdo al acervo probatorio promovido y evacuado.

Este razonamiento es consecuencia del estudio exhaustivo que se ha realizado de esta medida en el desarrollo de éste objetivo de la investigación. Los autores afirman que no hay homogeneidad prima facie, en virtud de que no están sujetas a un pendiente lite, sino que en razón de la función social que comporta dicha actividad agraria, la cual el Estado se encuentra en camino a proteger, el legislador optó por proporcionarle a los particulares un proceso sumario (rectius: summaria cognitio) y confiriéndole al Juez Agrario un Poder Genérico de Prevención amplio y discrecional de decidir y atender exclusivamente la tutela de situaciones en las que reluce un interés colectivo cierto y manifiesto, y que dicho sea de paso, conforme a la propia naturaleza de esas situaciones fácticas se encuentra en la necesidad de protección urgente e impostergable en aras de garantizar la seguridad agroalimentaria.

Analizar las Medidas Cautelares Innominadas en el Contencioso Administrativo a la luz de la homogeneidad

El Contencioso Administrativo se ha concebido como un control judicial del sometimiento de la Administración Pública al principio de la legalidad; debido a que la administración en el ejercicio de las prerrogativas legales que le ha otorgado el legislador, puede llegar a menoscabar derechos subjetivos de los particulares; por ello ha resultado imperioso el surgimiento de un órgano

contralor que se despliegue judicialmente y que funcione como un filtro de las diversas actuaciones de la administración pública. Entendidas éstas como cualquier situación que pueda afectar los derechos e intereses públicos o privados.

Conforme a lo anterior, resulta imperioso traer a colación la sentencia N° 290 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 23 de Abril del 2010, la cual estableció:

Con la disposición del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para acoger una visión de corte utilitarista y subjetiva, que no se limita a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de los actos administrativos formales, sino que se extiende a todos los aspectos de la actuación administrativa, como una manifestación del sometimiento a la juridicidad de la actuación del Estado y de la salvaguarda de las situaciones jurídicas de los particulares frente a dicha actuación.

Ese control tiene como finalidad la limitación del poder y garantizar la adecuación, racionalidad y legalidad de las actuaciones que despliegue la administración pública. Como afirma Scheuner (1970) citado por Moya Millán (2015:22) “la responsabilidad y el control constituyen dos elementos esenciales en todo ordenamiento constitucional democrático”.

Corolario, para evitar que esa actuación privilegiada se salga del cauce legal por la cual debe ineludiblemente transitar y, por vía de consecuencia, deje de ser un instrumento al servicio de los particulares, es menester que esas actuaciones se encuentren sometidas al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Es como establece Brewer-Carias (2010:5) “la jurisdicción contencioso administrativa se configura, constitucional y legalmente, como un instrumento procesal para la protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares”.

Por otro lado, la tutela cautelar constituye una de las manifestaciones más importantes del derecho a la tutela judicial efectiva. Aquella va encaminada a garantizar que se pueda ejecutar lo juzgado, en la medida que no quede ilusoria la ejecución del fallo por el transcurso del tiempo producto de procesos que, si bien, mediante el desarrollo constitucional y legal de principios como los de celeridad, brevedad, oralidad, inmediación y concentración le imprimen al

proceso una naturaleza más expedita; sin embargo, ello no es óbice para que el arco de tiempo entre la admisión de la demanda o recurso y la sentencia definitiva, logre transcurrir una considerable cantidad de tiempo.

En este orden de ideas, las medidas cautelares tienen especial importancia en el contexto del Contencioso Administrativo; y ello es producto de que dentro de él se instauran procesos de carácter contenciosos donde una de las partes siempre será la Administración Pública, la cual goza de una serie de prerrogativas que la ponen en una situación más favorable con respecto a los derechos de los particulares.

Aunado a lo anterior, es como Kiriakidis (2014:26) acertadamente establece:

La articulación de un sistema de tutela cautelar eficiente se torna -en el contencioso administrativo- en una necesidad urgente de cara a la Tutela Judicial Efectiva, pues sin medidas que eviten que una de las partes ejecute sus exorbitantes poderes sobre la otra y le aniquile, el juicio contencioso administrativo termina siendo un ejercicio inútil de pura retórica.

Por otro lado, el Capítulo V de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), prevé el iter procedimental que debe ser abordado en los casos de solicitud de medidas cautelares y amparo cautelar en el Contencioso Administrativo; y ello se deduce del artículo 103 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) que contempla el ámbito de aplicación del procedimiento cautelar. Algo peculiar es lo que establece en su parte in fine el artículo 103 en concordancia con el artículo 69 eiusdem, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 103. Este procedimiento regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar, salvo lo previsto en el artículo 69 relativo al procedimiento breve.

Artículo 69. Admitida la demanda, el tribunal podrá de oficio o a instancia de parte, realizar las actuaciones que estime procedentes para constatar la situación denunciada y dictar medidas cautelares. La oposición a la medida cautelar será resuelta a la mayor brevedad.

De lo anterior se puede argüir, que el fundamento de tal atribución en el procedimiento breve no dimana directamente del poder cautelar general del juez contencioso administrativo que contempla el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), sino del artículo 4 eiusdem, en razón que el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción

Contencioso Administrativa (2010) prohíbe fehacientemente la aplicación de dicho procedimiento cautelar al procedimiento breve; por tanto, el poder cautelar general en el procedimiento breve dimana del artículo 4 eiusdem, el cual establece lo siguiente:

El Juez o Jueza es el rector del proceso y debe impulsarlo de oficio o a petición de parte, hasta su conclusión.

El Juez Contencioso Administrativo está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa.

Corolario, es insoslayable afirmar que en lo concerniente al procedimiento breve no se tomará en cuenta los requisitos de procedencia del artículo 104 eiusdem, estos son: a) Periculum in mora; b) fumus boni iuris; c) ponderación de los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego. Sino, que se debe aplicar el encabezado del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) y, dicho sea de paso, aplicar supletoriamente el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987). Ergo, los requisitos de procedencia para el decreto de la medida cautelar innominada en el procedimiento breve son: a) Periculum in mora; b) fumus boni iuris; c) periculum in damni.

Aunado a lo anterior, partiendo de una interpretación semántica del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) se deduce que, cuando el legislador estableció que “el juez contencioso administrativo está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta”; está facultándolo para decretar no sólo medidas cautelares nominadas, sino que también está facultado para decretar medidas cautelares innominadas, amparos cautelares y demás especies pertenecientes al género de medidas preventivas. Lo interesante del contenido del artículo 4 eiusdem, es que el legislador estableció que el Juez las puede decretar de oficio y ello tiene su razonamiento en que el Juez Contencioso Administrativo, a diferencia del Juez Civil, se caracteriza por no estar atado a un principio dispositivo, sino que su labor está orientada

fundamentalmente por un principio inquisitivo, el cual le faculta para corregir irregularidades que no hayan sido alegadas por las partes.

Empero y sin detrimento de lo anterior, esa potestad oficiosa por parte del Juez Contencioso Administrativo no se traduce en una discrecionalidad pura, sino que el legislador lo está autorizando para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional; y ello se desprende de lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) en consonancia con el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil (1987), aplicable supletoriamente a tenor de lo consagrado en el encabezado del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010).

Por otro lado, en cuanto a la oposición de la medida cautelar en el procedimiento breve, se debe aplicar el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), en razón de la imposibilidad de aplicar el artículo 106 eiusdem, debido a la prohibición expresa del artículo 103 eiusdem.

Por ello, es menester traer a colación el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), que establece lo siguiente:

Admitida la demanda, el tribunal podrá de oficio o a instancia de parte, realizar las actuaciones que estime procedentes para constatar la situación denunciada y dictar medidas cautelares. La oposición a la medida cautelar será resuelta a la mayor brevedad.

Ahora bien, de la interpretación semántica del artículo 69 eiusdem, se puede inferir que la oposición a la medida cautelar solicitada en el procedimiento breve, se realizará sin la necesidad de instrucción de un procedimiento previo; empero, si no se realiza la apertura de una articulación probatoria para que las partes puedan promover y evacuar las pruebas que convengan a sus derechos, ¿ello no sería menoscabar el derecho a la defensa de las partes?

Admniculado con esto, los autores consideran que es menester aplicar el único aparte del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) ante una eventual oposición de una medida cautelar en el procedimiento breve, en razón de la defectuosa técnica legislativa en la que incurrió el legislador al momento de la redacción de dicha disposición legal. Esto se estriba en que el Juez debe tener en consideración la naturaleza propia

del procedimiento breve y crear un acto de procedimiento en el que establezca que la oposición debe realizarse en la misma audiencia oral con lapsos acordes a lo expedito y célere del procedimiento breve, pudiendo a tal efecto, aplicar el artículo 72 eiusdem con la finalidad de prolongar la audiencia oral.

Debido a que una interpretación antagónica de lo anteriormente establecido, se traduciría en mermar no sólo derechos de rango constitucional, sino también la voluntad del legislador. Es como establece Ortiz-Ortiz (1997:355) “una justicia tardía es poco menos que la injusticia”. Sin embargo, una justicia que sea expedita y célere, pero que en virtud de lo raudo del proceso se traduzca en mermar derechos procesales de las partes, también comporta una forma de injusticia.

Además, sería un contrasentido aplicar el encabezado del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) para aplicar supletoriamente el artículo 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (1987). En virtud de que, sería lo mismo que aplicarlo ya no de manera supletoria, sino por remisión directa del artículo 106 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), el cual no se puede aplicar por prohibición expresa del artículo 103 eiusdem.

En otro orden de ideas y dejando atrás la peculiaridad de las medidas cautelares en el procedimiento breve, es menester desarrollar el trámite procedimental que se debe abordar en los casos de solicitud de medidas cautelares en los demás procedimientos del Contencioso Administrativo.

Ahora bien, en los casos de solicitud de medida cautelar en el procedimiento para las demandas de contenido patrimonial y en el procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, se va aplicar el procedimiento cautelar establecido en el Capítulo V de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), el cual es el procedimiento cautelar común, con excepción del procedimiento breve; y ello se deduce del ámbito de aplicación del procedimiento cautelar común establecido en el artículo 103 eiusdem.

En este orden de ideas, cuando en el marco de los procedimientos contemplados en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), con la salvedad del procedimiento breve, la parte contra quien recae la medida cautelar puede efectuar su oposición y, para tales efectos, se seguirá el

trámite procedimental consagrado en el artículo 106 eiusdem. El cual es menester acotar, establece que se debe aplicar lo establecido en el Código de Procedimiento Civil (1987) en lo concerniente a la oposición de la medida cautelar, es decir, mediante la sustanciación de la articulación probatoria prevista en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (1987); empero, se va aplicar ese trámite procedimental ya no por aplicación supletoria, sino por remisión directa del artículo 106 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010).

Por otro lado, los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el procedimiento cautelar común se encuentran consagrados en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) el cual establece lo siguiente:

A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar los resultados del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante

Corolario, se puede afirmar que los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el contencioso administrativo, salvo lo establecido en el procedimiento breve, son: a) Periculum in mora; b) fumus boni iuris; c) ponderación de los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego.

En este orden de ideas, Canova (1998) citado por Kirikiadis (2014:37) afirma lo siguiente:

El fumus boni iuris surge de un juicio breve y sumario –no incompleto– hecho por el juez y que hace a éste presumir, por una parte, sobre las posibilidades de triunfo de quien solicita la providencia cautelar, acerca de la verosimilitud de los derechos que ha invocado como propios, y, en fin, sobre el cumplimiento de los requisitos que fueren necesarios para que su pretensión de fondo sea declarada con lugar.

Se puede argüir que, el Fumus Boni Iuris, constituye un juicio preliminar que no toca el fondo; debido a que, en lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos, como establecía Calamandrei (1996:75) “a un juicio de verosimilitud, de carácter sumario” y que, dicho sea de paso, quien se presenta como titular del derecho tiene rasgos de que efectivamente lo es.

Así mismo, cabe traer a colación al maestro Calamandrei (1996:77) quien ha sostenido lo siguiente:

Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.

Ahora bien, otro requisito procedimental en cuanto a las medidas cautelares es el llamado Periculum In Mora. Éste es definido por Ortiz-Ortiz (1997) como la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuida en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o de que de una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con la lamentable consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico.

Sin embargo, en virtud de que el decreto de una medida cautelar afecta la esfera jurídica del particular contra quien se solicita, ésta debe contar con un medio probatorio que demuestre fehacientemente el peligro en la demora; debido a que, el periculum in mora no se presume, pero ello no es óbice para que el solicitante se apoye en cualquier medio probatorio que tenga, sea éste legal o libre.

En consonancia con lo anterior, según Ortiz-Álvarez (1999) citado por Kiriakidis (2014:44) con respecto al Periculum in mora establece:

No basta con un señalamiento genérico de supuestos perjuicios, sino que se requiere su demostración, sin embargo, no es necesario una prueba

plena como si se tratara de una demanda de daños y perjuicios, sino que, incluso, sin que ello signifique inactividad probatoria del interesado, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión, muchas veces es suficiente atender al contenido del acto y a las consecuencias que pueden derivarse de su cumplimiento, para que el tribunal clarifique la naturaleza del daño que puede causar su ejecución.

Ergo, el Periculum in mora en sí es la finalidad de la medida cautelar, debido a que el solicitante debe acreditar y demostrar un fundado temor de que si no se decreta la medida en ese estado procesal, existe el riesgo manifiesto de que no podrá ser ejecutada la sentencia de mérito, en virtud de que el daño causado por la acción u omisión de la administración pública que se recurre, resulta irreparable o de difícil reparación.

Consecuencialmente, el último requisito de procedencia de las medidas cautelares establecidas en el procedimiento cautelar común, con excepción del procedimiento breve, es la ponderación de intereses en juego. Se trata que el juez deba ponderar los intereses privados del solicitante de la medida y los efectos que pueda desencadenar la medida, repercutiendo por vía de consecuencia sobre los intereses generales. Es decir, se debe ponderar el impacto que pueda generar tal otorgamiento en la esfera de los terceros ajenos a la controversia.

Aunado a lo anterior, es menester traer a colación lo establecido por Torrealba Sánchez (2014:224-225)

El interés general es pues, el resultado de ponderar la trascendencia y utilidad de cada variable presente en esa colisión entre la comunidad política y el particular... El interés general proyecta así los valores superiores del ordenamiento jurídico y los postulados constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, en atención a las necesidades colectivas de los ciudadanos.

Pretender sostener que en toda situación en la cual interviene la Administración, prevalece el interés general sobre el particular, no es del todo acertado. En primer lugar, porque esa postura parte de la existencia de una frontal oposición entre ambos intereses así como de una superioridad intrínseca del primero en todos los supuestos, lo cual implica asumir una previa posición conceptual, y lo cierto es que la Administración también está llamada a proteger los intereses particulares en los casos en que éstos requieran tutela y promoción. Y en segundo termino, lo que es quizá más relevante, porque en la mayoría de las hipótesis lo que procede es una ponderación entre cada interés en juego.

Conforme a lo anterior, el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece que “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas”, ergo, toda la actividad administrativa se encuentra llamada a servir al interés general y, a su vez, ajustada al principio de legalidad. Empero, para que sea acordada la medida cautelar solicitada se requiere un interés individual evidenciado producto de un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas que revisten las diversas situaciones casuísticas que puedan presentarse.

Es como establece el ilustre Hernández-Mendible (2017:19)

En este sentido, parte de la doctrina científica ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de la medida cautelar y en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los intereses en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés individual, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino valorando cada caso en concreto.

Partiendo del criterio traído a colación, es lógico realizar hipótesis sobre la aplicación del interés general como herramienta judicial, cuya finalidad se traduciría en la inadmisibilidad de una medida cautelar, valiéndose el operador de justicia e incluso la contraparte producto de la oposición, de la premisa que el interés general debe prevalecer siempre sobre el interés particular.

Ese modus operandi hipotético, implicaría una aberración jurídica. Si partimos de la idea que las medidas cautelares son una de las manifestaciones de la tutela judicial efectiva, ergo, declarar inadmisibles una medida cautelar basándose en el argumento de que el interés general prevalece sobre el interés particular, sin demostrar in concreto qué parámetros se utilizó para llegar a esa conclusión; es decir, en la motivación de la sentencia interlocutoria producto de la solicitud de la medida cautelar, el juez debe determinar de manera pormenorizada en qué repercutiría la medida cautelar al interés general.

Frente a este aserto, es preciso cuidar de no confundir, como puede fácilmente ocurrir, dos fenómenos que se encuentran yuxtapuestos: sociedad e individuo. ¿Qué es más importante, la sociedad o el individuo? Para responder a tan compleja interrogante, resulta impostergable traer a colación las

enseñanzas del maestro Nagel Von Jess (1996:32) quien haciéndose la misma interrogante estableció lo siguiente:

“Qué es lo más importante, el individuo o la sociedad? Ninguno de los dos. La sociedad es una parte inherente al individuo mismo. El hombre sin el grupo no puede existir; pero resulta que el grupo sin el hombre, sin el individuo, tampoco. La sociedad no es otra cosa que el hombre mismo, en cuanto que éste se relaciona con sus semejantes; y en estas relaciones debe tener siempre presente que debe trabajar por el grupo y para el grupo, buscando en ello un equilibrio y con esto su propio bienestar, consciente de que en ello le va la vida; pero sin olvidar de manera alguna que cuando el grupo tenga que sacrificar al individuo, puede llegar a cometer excesos que lo puede conducir a su propia destrucción”.

Pero hasta qué grado se vería afectado el interés general por el decreto de una medida cautelar solicitada por un particular, porque si se parte de la idea de que el individuo es parte fundamental dentro de la sociedad, en razón de que no hay sociedad sin individuos; al inadmitir una medida cautelar por tales motivos, ¿acaso no se estaría yendo en detrimento de la sociedad misma e incluso de la justicia social? Hay que determinar primero dónde radica la esencia misma de la sociedad; si es en el individuo mismo, entonces la sociedad debe ser sacrificada en aras del bien individual. Contrario sensu, si es la sociedad, el individuo debe ser sacrificado en aras de la sociedad.

Desde un criterio deontológico, no se trata de una lucha de pesos y contrapesos donde incontrovertiblemente la sociedad sería la vencedora. Se trata de poner las bases e incorporar los parámetros que funcionen como un bisturí en cuanto a su exactitud, porque la materia donde nos encontramos imbuidos se vislumbra con un cúmulo de interés de por medio.

La sociedad no debe ser entendida como un todo que abarca y absorbe a los individuos, de lo contrario, como establece el maestro Nagel Von Jess (1996:31) se verá incesantemente “sacrificado el individuo cada vez que él interfiera con aquella, hasta tal punto que el individuo pierda su esencia y sea aniquilado totalmente por ese gran monstruo en que muchas veces se convierte la sociedad y el Estado”.

Concomitante con lo anterior, los autores se adhieren a la propuesta realizada por el maestro Nagel Von Jess (1996) quien acuñó el concepto de “El Vitalismo”, entendida ésta como una corriente ecléctica cuyos representantes son José Ortega y Gasset y Luis Recasens Siches. Para él, los vitalistas orientan su perspectiva de la sociedad como un conjunto de procesos, de

cambios, de evoluciones, de interactividades, de interrelaciones, armónicas a veces, desarticuladas otras, pero que tienen como base fundamental al ser humano. El vitalismo se convierte así en un punto intermedio entre dos tesis completamente extremas, es decir, la que establece que la sociedad debe prevalecer sobre el individuo y la que establece que el individuo debe prevalecer sobre la sociedad.

Por ello los autores afirman impávidamente que la ponderación contiene una finalidad eminentemente preventiva y el Juez Contencioso Administrativo debe ceñirse al parámetro de la corriente vitalista al momento de evaluar los intereses públicos y generales en juego con el interés individual del solicitante, en aras de que no se traduzca en una lucha irracional de pesos y contrapesos, que en cierto modo y hasta cierto punto se convertiría en igual medida en una lucha interminable de vencedores y perdedores.

Sino que partiendo de que la base fundamental de la sociedad es el ser humano, está: el ser humano concretizado (interés individual) y el ser humano difuso (interés general). Por lo que el Juez tiene el deber de determinar de manera pormenorizada en qué repercutiría la medida cautelar al interés general, realzando los principios de motivación y el de autosuficiencia del fallo.

Para finalizar, en cuanto a la homogeneidad de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo, es menester establecer que el artículo 104 eiusdem, contempla en la parte in fine de su encabezado que “siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”. Corolario, se puede argüir que las medidas cautelares solicitadas en el Contencioso Administrativo, no pueden comportar una identidad con la pretensión de fondo, porque ello se traduciría en desnaturalizar la medida cautelar y convertirla en una fehaciente medida ejecutiva, llegando a otorgarle a la medida cautelar, efectos anticipados de sentencia definitiva, lo que “prejuzgaría sobre la decisión definitiva” como contempla el artículo 104 eiusdem.

En consecuencia, a criterio de los autores, el contenido de la medida cautelar debe estar a una distancia intermedia entre la pretensión sustancial y la sentencia definitiva; donde la medida cautelar tenga una necesaria relación con la pretensión sustancial, pero sin llegar a satisfacerla. Es decir, sin que la medida cautelar solicitada tenga identidad con la pretensión sustancial, con lo cual se trataría de una sentencia definitiva anticipada.

CONCLUSIONES

En el marco de la investigación realizada se tuvo como finalidad determinar la homogeneidad como presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano; en este sentido, se desarrollaron los resultados de la investigación, donde se da la respuesta a los objetivos planteados al inicio de la investigación. De este modo, se pudo establecer de manera fehaciente que la homogeneidad debe ser utilizada por los operadores de justicia como un presupuesto esencial para el decreto de las medidas cautelares innominadas en aplicación del principio *iura novit curia* como consecuencia de la ausencia de una disposición legal expresa.

En referencia a los objetivos planteados en la investigación, se llegó a la conclusión que, tratándose de la homogeneidad ya no como una mera característica sino como un presupuesto esencial para el decreto favorable de una medida cautelar innominada, es fundamental que se verifique aquella, en razón de que es menester la existencia de esa imperiosa relación que debe tener la medida cautelar solicitada con la pretensión sustancial, porque de lo contrario, se traduciría ya no en una medida cautelar, sino en una pretensión autónoma que no puede ser tramitada por vía cautelar.

De igual forma, se determinó que esa relación no debe comportar una identidad con la pretensión sustancial en virtud de que sería desnaturalizar la medida cautelar y convertirla en una sentencia definitiva anticipada; debido a que, se le está dando satisfacción plena a la pretensión sustancial por vía cautelar. Contrario sensu, lo que sucede con las medidas provisoriamente satisfactivas, ya que dispensan a través de un proceso urgente una efectividad inmediata y definitiva, la cual agota y consume la Litis, mediante un pronunciamiento en el mérito de la pretensión, siendo no esencial la interposición ulterior de un proceso para evitar su decaimiento.

Debido a que, comporta un adelanto provisorio de la sentencia de mérito, ergo, hay una clara identidad entre la medida solicitada y la eventual sentencia de fondo; por lo que se pudo argüir que en las medidas provisoriamente satisfactivas no hay homogeneidad.

No parece conveniente dejar de indicar, aunque sólo brevemente, que habrá más de un partidario reticente y hermético con argumentos inconexos, que en

la mayoría de los casos resultan frecuentemente inducidos, cuyo sustentáculo es eminentemente vituperable. El estupor de los autores, encontraría como paliativo que estas nuevas fundamentaciones se irán ampliando y profundizando, para que estén en una gran parte cumplida satisfactoriamente y rindan importantes beneficios en aras de enriquecer aún más la literatura jurídica venezolana.

Se advierte certeramente, las eventuales antitéticas e impávidas argumentaciones orientadas a satanizar estas nuevas fundamentaciones que surgen como recopilación e interpretación de grandes clásicos del derecho cuyos exponentes aún hacen eco en la literatura jurídica, e incluso, juristas contemporáneos que han asumido -de manera magnífica- el relevo de sucesores dignos de llamar maestros.

DERECHOS RESERVADOS

RECOMENDACIONES

Una vez concluida la investigación del análisis de la homogeneidad como un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano, resulta imperioso explicar las siguientes recomendaciones:

1. Incorporar, de lege ferenda, la homogeneidad de manera expresa en el Código de Procedimiento Civil (1987) y en las demás leyes adjetivas especiales.
2. Establecer de manera expresa, que de no verificarse la homogeneidad, esto es, la relación que tiene que tener el contenido de la medida cautelar innominada solicitada con la pretensión sustancial, no será decretada la medida cautelar innominada.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS

- Arias, F. (2006). *El proyecto de Investigación*. 5ta edición.
- Bavaresco, A. (1997). *Proceso metodológico en la investigación*. Tercera edición.
- Brewer-Carias, A. (2010) *La justicia administrativa y la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.
- Cabanellas, G. (1993) *Diccionario Jurídico Elemental*.
- Calamandrei, P. (1996). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Librería EL FORO S.A, Buenos Aires, Argentina.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del Proceso Civil*. Vol. II. Editorial EJEA. Buenos Aires.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del Proceso Civil*. Vol. III. Editorial EJEA. Buenos Aires.
- Coing, H. (1976). *Fundamentos de filosofía del derecho*. Traducción por Juan Manuel Mauri. Barcelona. Editorial Ariel. Citado por Urdaneta Sandoval, C. (2004) *Revista Facultad de Derecho* N 59 de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Echandia, D. (1985). *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*. Tomo I.
- Duque Corredor, R. (1999) *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Caracas. Ediciones Fundación Projusticia. Tomo II.
- Greco Filho, V. "Notas sobre medidas cautelares e provimento definitivo". En: *Justitia*. Sao Paulo. 46 (125). Abril – Junio 1984. Citado por Urdaneta Sandoval, C. (2004) *Revista Facultad de Derecho* N 59 de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Henríquez La Roche, R. (1988) *Las Medidas Cautelares*, Centros de Estudios Jurídicos del Zulia, Maracaibo.
- Henríquez la Roche, R (2009). *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo IV. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas.
- Henríquez La Roche, R. (1988). *Las Medidas Cautelares*, Centros de Estudios Jurídicos del Zulia.
- Kiriakidis, J. (2014). *La tutela cautelar del contencioso administrativo a la luz de la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa*. FUNEDA. (Ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa: un balance a los tres años de vigencia).

- Nagel Von Jess, K. (1996). *Lecciones de Sociología Jurídica*. Ediciones Astro Data S.A. Maracaibo, Venezuela.
- Ortiz-Ortiz, R. (1997). *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas*, Caracas: Paredes Editores.
- Ortiz-Ortiz, R. (1999). *Las medidas cautelares innominadas, estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional*. Paredes Editores. Caracas.
- Peyrano, J. W. (1997) “*Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*”, J.A.
- Rengel Romberg, A. (1989). *Medidas Cautelares Innominadas*, Caracas.
- Satta, S. (1971). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Editorial EJE. Buenos Aires.
- Scheuner, U. (1970) *Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen verfassungsordnung*. Citado por Moya Millán, E. (2015). *Derecho Contencioso Administrativo*. Ediciones Dabosan, C.A. Octava Edición.

LEYES

- Asamblea Nacional. *Código de Procedimiento Civil*. Gaceta Oficial N° 3.694 Extraordinario. Año 1986.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela* (Gaceta Oficial Extraordinaria N°5908 de fecha 19 de Febrero de 1999).
- Asamblea Nacional. *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*. Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario. Año 2010
- Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Gaceta Oficial N° 39.451. Año 2010

SENTENCIAS

- Sentencia N° 180 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 08 de Marzo de 2005. Magistrado: Pedro Rafael Rondón Haaz. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/180-080305-04-3150.HTM>
- Sentencia N° 83 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 09 de Marzo del año 2000. Magistrado: José Manuel Delgado Ocando. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/090300-00-0072-83.HTM>

Sentencia N° 1620 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de Agosto 2004. Magistrado: José Manuel Delgado Ocando. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Agosto/1620-180804-03-2807%20.htm>

Sentencia N° 290 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 23 de Abril de 2010. Magistrado: Francisco Antonio Carrasquero López. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/290-23410-2010-10-0008.HTML>

Sentencia N° RC.000474 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 02 de Julio de 2012. Magistrado: Luis Antonio Ortiz Hernández. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC.000474-2712-2012-11-640.HTML>

Sentencia N° 1.662 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 16 de Junio de 2003. Magistrado: Carmen Zuleta de Merchán. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1662-160603-03-0757.HTM>

Sentencia N° 368 de la Sala Constitucional de fecha 29 de Marzo del 2012. Magistrado: Luisa Estella Morales Lamuño.

Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/368-29312-2012-11-0513.HTML>

Sentencia N° 1029 de la Sala Constitucional de fecha 29 de Julio del 2013. Magistrado: Luisa Estella Morales Lamuño.

Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1029-29713-2013-13-0485.HTML>

INTERNET

Castillo Betancourt, M. (2004). La aplicación de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo. Disponible: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ4984.pdf> [Consultada, 20 de Enero de 2017]

Torrealba Sánchez, M. (2014). *Interés General y tutela cautelar en el contencioso-administrativo: reseña de una peligrosa tendencia jurisprudencia de la sala político-administrativa del tribunal supremo de justicia*. Disponible: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Derecho%20P%C3%BAblico/INTERES%20GENERAL%20Y%20TUTELA%20CAUTELAR%20EN%20EL%20CONTENCIOSO.pdf> [Consultada, 02 de Febrero de 2017]

Hernandez-Mendible, V. (2011). *El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela*. Disponible: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/VICTOR_HERNANDEZ.pdf [Consultado: 15 de Marzo de 2017]

Brewer-Carias, A. (2010) *La Justicia Administrativa y la Nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Disponible: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/2_boletin/BREWER%20CARIAS%20.pdf [Consultado: 15 de Marzo 2017).

DERECHOS RESERVADOS