

Breves notas sobre la tutela anticipatoria

Mariolga Quintero Tirado

*¿Hay, en verdad, planteado un desafío
más intranquilizador y decisivo?*

A. Morello

SUMARIO

- I. Introducción**
- II. La tutela anticipatoria**
- III. Del procedimiento**
- IV. La regulación legislativa**
- V. Sistematización del régimen venezolano**
- VI. Del contenido**
- VII. Del contradictorio**
- VIII. Conclusiones**

I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del proceso imprime un prisma de búsqueda de eficiencia jurisdiccional, y así el principio del debido proceso sería hueco, si a la par de la garantía de acceso a la justicia, no se proyectasen nuevas técnicas que otorguen la razón a quien la tiene, en un tiempo razonable, y mediante una sentencia que pueda ejecutarse, haciéndose realidad lo pretendido por el justiciable jurídicamente acertado.

La verdad es, que ante la morosidad judicial, la versión garantista del proceso formula nuevas respuestas de tratamiento procesal breve, a quien postula el reconocimiento de un derecho y lo demuestra con certeza suficiente o lo evidencia y comprueba el peligro de su irrealización, a los fines de que se le anticipe o satisfaga de inmediato la pretensión que deduce.

Sería jactancioso de nuestra parte, suponer que con la integración en el sistema procesal venezolano de esas nuevas técnicas, diseñadas fundamentalmente para solucionar, en situaciones de urgencia, en forma anticipada o de inmediato las pretensiones deducidas, tendríamos resultados favorecedores a la aspiración de eficiencia.

Ello es iluso.

Puesto que, en lo que atañe a nuestra geografía jurisdiccional, el primer conspirador contra un sistema eficaz de administración de justicia mora entre nosotros, al haber constatado la existencia de una suerte de empeño continuado en destronar la orgánica judicial, sostén imprescindible de una tutela rápida. Por ello, ante el sobrecargamiento e insuficiencia de tribunales, ausencia de gerencia judicial y deficiencias en los mecanismos de selección y formación de jueces, el desenvolvimiento del proceso y cualquier otro elemento que se diseñe para lograr su celeridad no son sino pliegues formales sin ninguna utilidad. Ello, sin mencionar, además, el desmoronamiento científico y ético de los operadores jurídicos, que juegan al proceso inelegantemente y sin prudencia, ni rubor.

Sin embargo, esa parálisis de que somos objeto, de retardos y frustraciones, que nos ultrajan y agobian en nuestro diario acontecer de abogados de litigios, que nos callan frente a los reclamos de nuestros mandantes,

negados en su derecho humano a una jurisdicción oportuna, no nos impide, sin ignorarlo y sin alardes, ni cantos de glorificación, hacer eco de referencias que buscan el resguardo de la eficiencia.

Así, repetimos, al lado de la tutela cautelar, se ha dado cariz científico y legal, a las medidas anticipatorias y a las autosatisfactivas, procurando las primeras adelantar total o parcialmente la sentencia definitiva y las segundas agotar lo pretendido.

II. LA TUTELA ANTICIPATORIA

Partiendo de la tesis que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar la efectividad del fallo (las resultas del proceso), habría que diferenciarlas de las tutelas que se dirigen a anticipar total o parcialmente el objeto pretendido o dan satisfacción absoluta al objeto mediato de la pretensión.

Así, es evidente que las medidas que ostentan el carácter de anticipatorias inciden en lo que es materia del mérito, adelantándolo en su contenido y las autosatisfactivas consumen el litigio.

Por ende, no sólo difieren en su objeto, sino que son diferentes los presupuestos de otorgamiento de una medida cautelar y las de las demás especies señaladas.

Sobre este aspecto, dice el gran procesalista Roberto Berizonce¹:

«Las arduas cuestiones que suscita la tutela anticipatoria, comprensiva de la protección interinal y las providencias satisfactivas —o autosatisfactivas—, ponen en jaque ciertos principios viscerales en que asienta el propio sistema jurisdiccional. Por un lado, no cabe cuestionar que el factor tiempo, por la desmesurada e irrazonable duración del proceso común, constituye un presupuesto sustantivo de la efectiva prestación de

¹ *La tutela anticipatoria en Argentina*, XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp. 4 y 5.

justicia y, con ello de la garantía de la defensa. También viene recibido que el «espesor» o densidad del conocimiento admite gradaciones y aún dispensas, cuando la especial naturaleza del derecho materia de la relación sustancial y su liquidez—«fuerte probabilidad»— exige respuestas jurisdiccionales prontas, urgentes, por la inminencia de un peligro grave e irreparable que amenace la frustración misma de la tutela perseguida, por la sola prolongación del estado de insatisfacción originaria. Junto a la técnica de cognición, que no siempre es exhaustiva sino que permite la fragmentación o la superficialidad periférica, cabe perfilar técnicas no menos ortodoxas de anticipación, tendientes a brindar tutelas urgentes susceptibles de diferenciarse según que el pronunciamiento respectivo (a) provea una protección puramente **interinal** aunque suficiente para componer de momento, tempranamente y de modo provisional, la litis, anticipando total o parcialmente el objeto mediato pretendido; o (b) dispense una tutela de virtualidad **definitoria**, en tanto recayendo sobre el objeto mismo de la pretensión agota y consume la litis, tornando inútil la sentencia final sobre el fondo, por la irreversibilidad de hecho de sus efectos, análogos al propio pronunciamiento de mérito, inclusive en cuanto a su ejecutoriedad.

Así concebida esa tutela anticipatoria, en cualquiera de sus variantes resulta, sin duda, diversa de la cautelar, por manera que no parece ajustado a la disciplina procesal el intento de subsunción que le reste autonomía, desdibujando sus caracteres típicos. Claro que, a falta de regulación legal expresa y más allá de la admisión, de hecho, bajo el marco y como desenvolvimiento de la protección cautelar —como verdades medidas innominadas, funcionalmente reconvertidas— se genera no poca incertidumbre en los derechos».

Debe observarse, por ende, que es característico de las medidas de tutela anticipatoria el peligro de que se frustre el derecho reclamado y de allí la razón para que se adelante parcial o totalmente el objeto de la pretensión; y que, como presupuestos de procedencia no sólo hay que demostrar ese peligro, sino también que existe certeza suficiente del derecho cuya titularidad de invoca. Por ende, cabe hablar, de diferenciación, como se

dijo, a nivel de condicionamientos de la medida cautelar, que atiende a un juicio de verosimilitud y al *periculum in mora*.

III. DEL PROCEDIMIENTO

De la lectura de los doctrinantes extranjeros, extraemos varias posibilidades de regulación.

Así, se admite, por una parte que las medidas anticipatorias pueden ser solicitadas y decretadas antes de que se intente el proceso, imponiéndole a la parte beneficiada la carga de impetrar la demanda en un lapso determinado; o estableciendo esa carga en la parte demandada, como inversión de la tutela; o que puedan requerirse durante el transcurso de un proceso inaudita parte, o con audiencia de la contraria.

A su vez, se propone, como elemento condicionador de la medida, que se otorgue o no caución.

IV. LA REGULACIÓN LEGISLATIVA

El Código Procesal Civil para Iberoamérica recoge en su artículo 280 la siguiente norma:

«Art. 280. (Medidas provisionales y anticipativas). Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo».

Otras legislaciones han seguido ese cauce, como son el Código Procesal Uruguayo, el de Costa Rica, el de Brasil y existen, en Argentina, Proyectos de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1993-1997) y de la Provincia de Buenos Aires (1977), de autoría de los

Dres Augusto M. Morello, Isidoro Eisner, Roland Arzi y Mario E. Kaminker,² que contemplan expresamente la tutela anticipada y las medidas de efectividad inmediata de la siguiente forma:

«Art. 65 (Tutela anticipada).- El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) Existe convicción suficiente acerca del derecho invocado; 2) Se advierte en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría daño irreparable al peticionario; 3) Se efectivice contracautela suficiente, salvo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 200, el peticionario se encontrase exento de darla; 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva».

«Art. 66.- (Ulterioridades). Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter de urgente, a la que serán citadas las partes interesadas; concluída la misma y sin otra sustanciación, se resolverá. El proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización; si al momento de dictarse la sentencia o durante la secuela del mismo cambiasen las condiciones, la tutela anticipada podrá quedar sin efecto. El régimen de los recursos y las eventuales modificaciones de sustancia y contracautela, será el establecido para las medidas cautelares».

«Art. 67.- (Medidas de efectividad inmediata). En aquellos supuestos excepcionales en que concurren de modo evidente los siguientes requisitos: 1) se acredite la existencia de un interés tutelar de cierto y manifiesto; 2) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; 3) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsa-

² “Algunas Reflexiones Sobre la Anticipación de La Tutela y Las Medidas de Satisfacción Inmediata (Autosatisfactivas)”, *XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp 14.

bilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela».

Sobre Costa Rica, dice el Prof. Servio Artavia Barrantes³:

«El Código Procesal Civil costarricense fue promulgado a finales de 1989 y entró en vigencia en mayo de 1990, derogando el histórico Código de Procedimientos Civiles de 1888.

El artículo 242 del Código vigente, introduce por vez primera la tutela cautelar atípica, adoptando un texto similar en su contenido y redacción al propuesto en otras legislaciones. El texto se completa con una especie de tutela anticipatoria, al establecer que *«para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución»*.

Ahora bien, dentro del cuerpo normativo del Código de Procedimiento Civil no hay un régimen o sistema que ordene lo anticipativo o auto-satisfactorio, porque carecemos de una norma preceptiva que canalice una potestad genérica y discrecional para el dictado de medidas anticipatorias, aunque, un análisis jurisprudencial de la aplicación a que ha conducido la normativa de las medidas innominadas, pudiera convencernos que en múltiples oportunidades se ordenan para anticipar la pretensión. A guisa de ejemplo, se puede mencionar la providencia que, en un proceso ordinario dirigido a declarar la nulidad de una Asamblea, suspenda, en sede cautelar, los efectos de la misma.

De otra parte, un somero examen de la experiencia a nivel de amparo constitucional contra sentencias judiciales, nos coloca de frente a situaciones anticipativas, al considerar la petición y factible providenciamiento, en base a lo contemplado en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, de la suspensión de los efectos de la resolución atacada.

³ “Medidas Cautelares, Anticipatorias y Provisionales como Tutela Anticipada en el Proceso Civil”, *XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp. 3 y 4.

Ahora bien, en la legislación local, encontramos disposiciones varias que consagran el régimen anticipativo.

Como ejemplos de medidas anticipativas ante-causam observamos las siguientes:

La decisión 486 de la Comisión Andina sobre el Régimen de Propiedad Industrial estipula:

“CAPITULO II

De las Medidas Cautelares

Artículo 245.- Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio.

Artículo 246.- Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- a) el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;
- b) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;
- c) la suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

d) la constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente; y,

e) el cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

Si la norma nacional del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá ordenar de oficio, la aplicación de medidas cautelares.

Artículo 247.- Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia. La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pida la medida otorgue caución o garantía suficientes antes de ordenarla.

Quien pida una medida cautelar respecto de productos determinados deberá suministrar las informaciones necesarias y una descripción suficientemente detallada y precisa para que los productos presuntamente infractores puedan ser identificados.

Artículo 248.- Cuando se hubiera ejecutado una medida cautelar sin intervención de la otra parte, ella se notificará a la parte afectada inmediatamente después de la ejecución. La parte afectada podrá recurrir ante la autoridad nacional competente para que revise la medida ejecutada.

Salvo norma interna en contrario, toda medida cautelar ejecutada sin intervención de la otra parte quedará sin efecto de pleno derecho si la acción de infracción no se iniciara dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la medida.

La autoridad nacional competente podrá modificar, revocar o confirmar la medida cautelar.

Artículo 249.- Las medidas cautelares se aplicarán sobre los productos resultantes de la presunta infracción y de los materiales o medios que sirvieran principalmente para cometerla».

Tenemos también, dentro del ámbito de la materia, el anexo 1C del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, dispone:

«SECCIÓN 3: MEDIDAS PROVISIONALES

Artículo 50

1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a:

- a) evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquéllas, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana;
- b) preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.

2. Las autoridades judiciales estarán facultadas para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas.

3. Las autoridades judiciales estarán facultadas para exigir al demandante que presente las pruebas de que razonablemente disponga, con el fin de establecer a su satisfacción con un grado suficiente de certidumbre que el demandante es el titular del derecho y que su derecho es objeto o va a ser objeto inminentemente de infracción, y para ordenar al demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos.

4. Cuando se hayan adoptado medidas provisionales sin haber oído a la otra parte, éstas se notificarán sin demora a la parte afectada a más tardar inmediatamente después de ponerlas en aplicación. A petición del demandado, en un plazo razonable contado a partir de esa notificación se procederá a una revisión, en la que se le reconocerá el derecho de audiencia, con objeto de decidir si deben modificarse, revocarse o confirmarse esas medidas.

5. La autoridad encargada de la ejecución de las medidas provisionales podrá exigir al demandante que presente cualquiera otra información necesaria para la identificación de las mercancías de que se trate.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4, las medidas provisionales adoptadas al amparo de los párrafos 1 y 2 se revocarán o quedarán de otro modo sin efecto, a petición del demandado, si el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto no se inicia en un plazo razonable que habrá de ser establecido, cuando la legislación de un Miembro lo permita, por determinación de la autoridad judicial que haya ordenado las medidas, y que a falta de esa determinación no será superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor.

7. En los casos en que las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión del demandante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al demandante, previa petición del demandado, que pague a éste una indemnización adecuada por cualquier daño causado por esas medidas.

8. En la medida en que puedan ordenarse medidas provisionales a resultados de procedimientos administrativos, esos procedimientos se atenderán a principios sustancialmente equivalentes a los enunciados en esta sección».

E igualmente, la Decisión 351 del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, establece:

«CAPITULO XIII

DE LOS ASPECTOS PROCESALES

ARTICULO 55.- Los procedimientos que se sigan ante las autoridades nacionales competentes, observarán el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad. Asimismo, permitirán que las partes conozcan de todas las actuaciones procesales, salvo disposición especial en contrario.

ARTICULO 56.- La autoridad nacional competente, podrá ordenar las medidas cautelares siguientes:

- a) El cese inmediato de la actividad ilícita;
- b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Decisión;
- c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal.

ARTICULO 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

- b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.»

De otra parte, la Ley sobre el Derecho de Autor estipula:

«Artículo 109: El titular de cualquiera de los derechos de explotación previstos en esta Ley, que tuviere razón para temer el desconocimiento de sus derechos o que se continúe o se reincida en una violación ya realizada, podrá pedir al Juez que declare su derecho y prohíba a la otra persona su violación, sin perjuicio de la acción por resarcimiento de daños morales y materiales que pueda intentar contra el infractor.

Para la efectividad de la prohibición el Juez conminará en la sentencia con multa al ocurrir una contravención. El Juez impondrá la sanción a solicitud de la parte agraviada. La multa no excederá del equivalente a veinte veces el salario mínimo urbano fijado por el Ejecutivo Nacional, conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, y es convertible en arresto proporcional a razón de quinientos bolívares por cada día de arresto.

En caso de reincidencia, se podrá imponer el doble de la multa».

«Artículo 110: El titular de uno de los derechos de explotación previstos en esta Ley y que resulte lesionado en su ejercicio, podrá pedir al Juez que ordene la destrucción o retiro de los ejemplares o copias ilícitamente reproducidos y de los aparatos utilizados para la reproducción, siempre que éstos últimos, por naturaleza, no puedan ser utilizados para una reproducción o comunicación diferente. Queda a salvo, en su caso, la acción por la indemnización de los daños y perjuicios causados al titular de uno de los derechos de explotación indicados.

Si una parte del aparato de que se trata puede ser empleado para una reproducción o comunicación diferente, el interesado puede exigir que a sus expensas se haga la separación de esta parte, para salvarla de la destrucción o remoción. Si el ejemplar o el aparato cuya remoción o destrucción se pidiere tiene especial mérito artístico o científico, no podrá ser destruido, y el Juez podrá ordenar de oficio, su entrega a un museo público.

En todo caso el perjudicado puede pedir que le sean adjudicados los ejemplares, copias o aparatos cuya destrucción se ordene. El Juez determinará el precio de la adjudicación, el cual se deducirá de la estimación de los daños y perjuicios causados.

Las medidas a que se refiere este artículo no surtirán efectos contra quienes hayan adquirido de buena fe y para su uso personal un ejemplar o copia ilícitamente reproducidos».

«Artículo 111: A los efectos del ejercicio de las acciones previstas en los artículos precedentes, el Juez podrá ordenar inspecciones judiciales y experticias, así como cualquier otro medio de prueba previsto en el Código de Procedimiento Civil.

El Juez podrá decretar el secuestro de todo lo que constituya violación del derecho de explotación.

El Juez podrá ordenar también el embargo de los proventos que correspondan al titular del derecho de explotación litigioso.

Las medidas de secuestro y embargo sólo se decretarán si se acompaña un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama, o si dicha presunción surge en la práctica de algunas de las pruebas indicadas en el encabezamiento de este artículo».

«Artículo 112: Si hubiere litigio entre las partes, las pruebas y medidas previstas en el artículo precedente serán decretadas

por el Juez de la causa. Pero si la urgencia lo exigiere, podrán ser decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarse, cualquiera que sea la cuantía. En tal caso, la parte contra quien obre podrá reclamar de la misma ante el Juez de la causa, sin que ello obste a la práctica de la prueba o la ejecución de la medida.

Si no hubiere litigio entre las partes, dichas pruebas y medidas serán decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutárselas si su urgencia lo exigiere, sin que el propietario, poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse pueda oponerse a su práctica o ejecución. El mismo Juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos, desde su ejecución, si no se le hubiese comprobado la iniciación del juicio principal.

Las pruebas y medidas serán practicadas por el Juez que las decretare, por su comisionado o por la autoridad policial a quien el Juez requiera para ello, con la intervención, si fuere necesario, de uno o más peritos designados en el decreto respectivo o por decreto del Juez comisionado».

Igualmente, la Ley Orgánica de Ambiente tiene prevista la siguiente norma rectora:

«Artículo 26. El organismo competente para decidir acerca de las sanciones previstas en el artículo anterior, podrá adoptar en el curso del proceso correspondiente, las medidas preventivas que fueren necesarias para evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir:

1. Ocupación temporal, total o parcial de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante;
2. Clausura temporal de las fábricas o establecimientos que con su actividad alteren el ambiente, degradándolo o contaminándolo, ya sea directa o indirectamente;

3. Prohibición temporal de la actividad origen de la contaminación;
4. La modificación de construcciones violatorias de disposiciones sobre conservación, defensa y mejoramiento del ambiente; y
5. Cualesquiera otras medidas tendientes a corregir y reparar los daños causados y evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.»

No escapa tampoco, a un observador prevenido que la misma la Ley de Procedimientos y Tribunales Agrarios tiene inserto un artículo que permitiría, durante el transcurso de los procesos respectivos, que el Juez Agrario decretara medidas anticipatorias. Veamos.

El artículo 8 de la referida ley señala:

«Los jueces agrarios, de oficio, podrán dictar en juicio las medidas que consideren necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estén amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción».

De otra cara, en el renglón de los procedimientos administrativos, el contemplado en el Reglamento No. 2 de la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia establece que durante la pendencia del procedimiento sancionador se podrán dictar las medidas que contempla el texto legal en su artículo 35, que reza:

«Durante la sustanciación del expediente y antes de que se produzca decisión, la Superintendencia podrá dictar las medidas preventivas siguientes:

- 1°. La cesación de la presunta práctica prohibida; y
- 2°. Dictar medidas para evitar los daños que pueda causar la supuesta práctica prohibida».

Y dentro del contexto de lo regular, brilla al ojo que la pensión de alimentos, como medida provisoria, reviste el carácter de anticipatoria.

V. SISTEMATIZACIÓN DEL RÉGIMEN VENEZOLANO

De la exposición sobre la normativa venezolana de cautela anticipada, podemos inferir, que el ordenamiento nacional establece los siguientes lineamientos:

1. Las medidas se pueden decretar antes o después de la traba de la litis.
2. En el evento de que se soliciten durante la pendency del proceso principal, pueden ordenarse con previa citación de la parte afectada, o sin previa audiencia del sujeto pasivo de la pretensión anticipativa.
3. Están precedidas de una fase de cognición sumaria, donde se deberá demostrar la fuerte probabilidad (certidumbre suficiente) del derecho y la existencia de un peligro o daño irreparable.
4. El juzgador puede pedir la constitución de una caución.
5. En caso de medidas ante-causam serán ordenadas por el Juez de Municipio.
6. Cuando las medidas se decretan ante-causam debe instaurarse el proceso en un lapso determinado, so pena de su decaimiento.
Y aunque se habla de presunción grave del derecho para las medidas de embargo y secuestro en materia de derechos de autor, no se establece un standard en el orden de la prueba.
Y tampoco se contempla la posibilidad de sustituir la medida por el caucionamiento sustitutivo, lo que atenta contra la protección que se persigue con la tutela anticipatoria.
7. El ejercicio abusivo de la solicitud de tutela anticipada genera responsabilidad.

VI. DEL CONTENIDO

Sea ante-causam o intra proceso, la medida ordinariamente se decreta a instancia de parte, salvo en situaciones especiales, como es el caso de la materia ambiental, donde el interés social arropa la pretensión deducida.

En los supuestos de tutela requerida, el juez goza de la discrecionalidad razonada de conferirla en los mismos términos en que fue peticionada o dictar la que fuera más adecuada, con el objeto de no agravar la situación de que debe soportarla.

Es manifiesto que como «el contenido de la decisión está necesariamente encorsetado por los alcances de la pretensión de mérito; es de toda lógica que no cabe anticipar más que lo pretendido para ser juzgado en la sentencia definitiva. En todo caso, se podrá anticipar «total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida», como señala el art. 65 proyectado. La anticipación parcial es, sin duda, la regla»⁴.

Importa poner de relieve, que no sería causal de prejuzgamiento el otorgamiento de la tutela anticipatoria, porque versa naturalmente sobre la anticipación, pero que partiendo de que debe darse una convicción suficiente en el juzgador, éste tiene la obligación, tan olvidada en el decreto de las medidas cautelares, de razonar esa dosis de convencimiento sustentada en la masa probatoria agregada a los autos, ya que si no caería en un vicio de inmotivación y por lo tanto, mermaría la defensa del sujeto tutelado.

También es menester destacar que lo anticipado no debe ser irreversible, de modo que si importa una violación al derecho de otro no se haga imposible restituir el estado original.

Igualmente, se debe tener en cuenta que la modificación de las circunstancias pudiera derivar en que se revoque la medida, aunque en principio tiene vigor durante toda la pendencia del proceso principal.

VII. DEL CONTRADICTORIO

No existiendo ninguna regulación genérica que oriente en torno al ejercicio defensivo frente a la tutela anticipada, nada obsta para que se aplique analógicamente el régimen de la oposición que, para la tutela cautelar, se desarrolla en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil. Consultando la normativa especial sobre este asunto, la Decisión 486 expone

⁴ Op. cit., p. 12.

que la parte afectada podrá solicitar su revisión ante la autoridad nacional competente y la Ley sobre Derechos de Autor dispone que el derecho a oponerse debe materializarse ante el juez de la causa. Empero, habrá que hacer excepción del Acuerdo IC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio donde efectivamente se regula que la oposición, en caso de medidas ante-causam se hará mediante una revisión que solicitará la parte afectada en un plazo razonable (artículo 4).

Esto es claro, cuando se trata de cautelas anticipadas dictaminadas durante el transcurso del proceso, donde la vía opositora, como también para las medidas cautelares parece un medio ordinario expedito y rápido que hace inadmisibles, como lo ha dicho la jurisprudencia del máximo tribunal, para las medidas cautelares.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en tal sentido sentenció:

«Ahora bien, la oposición a esas medidas, consagradas en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, constituyen el medio judicial ordinario breve, idóneo y eficaz para lograr la revocatoria, modificación o confirmación de la misma» (Ver sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 8 de marzo de 2000, en acción de amparo constitucional intentada por la sociedad mercantil Textiles mamut, S.A., en contra de la decisión dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas).

Luego, señaló:

«Al respecto, esta sala ha determinado que la oposición a las medidas preventivas, consagrada en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, constituye un medio judicial ordinario breve, idóneo y eficaz para lograr la revocatoria, modificación o confirmación de las mismas.

En ese contexto, al ser la oposición a la medida cautelar el medio judicial con que cuenta la parte, ésta debe acudir a esa vía, ya que lo contrario conllevaría a declarar la inadmisibilidad del amparo propuesto, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales». (Ver sentencia dictada el 25 de abril de 2000 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la acción de amparo constitucional intentada por la sociedad mercantil Inversiones Torres, C.A. contra sentencias dictadas por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo)».

A su vez, en otra sentencia, esa Sala, expresó:

«En las circunstancias expuestas, la Sala tiene establecido que la acción de amparo constitucional presupone la inexistencia de un medio procesal idóneo contra la medida cautelar dictada o, caso de existir éste, la imposibilidad de ejercerlo útilmente.

Como bien lo destaca el a quo, se encontraban a disposición de la accionante los medios procesales consagrados en los artículos 588, párrafo tercero, 589 y 602 del Código de Procedimiento civil. Se trata de medios idóneos para hacer valer las razones invocadas por la accionante contra la medida cautelar dictada... (ver sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso de Jaime Domínguez Versategui (Metalven, C.A.))».

Donde esta vía aparece como ineficaz, es el caso de las tutelas anticipadas ordenadas por un Juez de Municipio, porque en esas circunstancias, el resguardo de la efectividad defensiva puede verse seriamente afectada, cuando se hayan conculcado garantías o derechos constitucionales, si se tiene en cuenta los lapsos previstos para que se intenten los juicios principales, son de diez (10) y treinta (30) días, según la referida Decisión 486 y Ley sobre Derechos de Autor.

En un caso reciente, la parte solicitante de la medida, conforme a la Decisión 486, en sus informes presentados en la audiencia constitucional del proceso de esta especie que había intentado la parte afectada, sostuvo la tesis de que debía hacerse la oposición ante el Juez que decretó la medida o ante aquel que conociera de la demanda principal.

La parte presuntamente agraviada refutó, que resultaba legal y constitucionalmente inadmisibles que hubiera de aguardar para dar cauce a la defensa de la infracción de sus derechos fundamentales, que la parte agravante diera curso a la demanda principal y que una vez realizados los trámites iniciales y puestos a derecho las codemandadas, se ejerciera la oposición a la cautela y menos si se tiene en cuenta que la apertura de tal lapso está sujeto a la citación de los dos sujetos pasivos. Añadiendo que, ni aún en el supuesto, de que esa falta de cordura hubiera alimentado la estrategia defensiva de la solicitante del amparo constitucional, la ruta procesal sugerida por la agravante no habría tenido ningún sentido, porque a la fecha de realización de esta audiencia, la buena de esa empresa no había agregado sus documentos fundamentales para que se admitiera la demanda.

E indicó ello de por sí, colocaba de manifiesto la impertinencia de la solicitud de inadmisión de la pretensión deducida, ya que es inconstitucionalmente inaceptable que el ejercicio de la defensa de quien resulta agravado en sus derechos constitucionales, esté sometido a un lapso, cuya apertura dependa de la conducta y buena fé de quien provocó la decisión que dio al traste con ellos.

Sostuvo también que el plazo de diez (10) días previsto en la normativa andina, a los fines de que se intente la demanda principal y se ejerza ante el Juez de la causa la oposición que contempla la normativa nacional en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, no es de aplicación preferente a la Constitución, pues el artículo 153 refiere su prevalencia sólo sobre la legislación y concluyó, diciendo: «El amparo que se ha intentado no es de origen legal, sino constitucional: el artículo 27 del Texto Fundamental».

Además, siendo la norma andina relativa al derecho de defensa, al establecer un lapso más gravoso —de diez días— que el del amparo constitucional, tampoco es aplicable debido a que las normas internacionales de

derechos humanos sólo son aplicables si son más favorables que las internas (art. 23 de la Constitución) lo que no es el caso.

Y en este proceso, el Juez sentenció el día 10-10-2001, lo siguiente:

«Entonces, en cuanto a la admisibilidad corresponde resolver si entre el amparo y la oposición cual es el mecanismo adecuado pronto y eficaz para la salvaguarda de los derechos que se dicen conculcados.

Se desprende de los dispositivos pertinentes de la decisión 486 de la CAN que las medidas cautelares por violación a los derechos que esa Legislación tiende a proteger, pueden ser decretadas por la autoridad nacional competente en cualquier tiempo, pero que una vez decretadas deberá el solicitante en el término de 10 días, indefectiblemente interponer demanda principal ante el Tribunal competente so pena de caducidad de la cautelar decretada.

Por otra dispone el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil: «dentro de tercer día siguiente a la ejecución de la medida la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella ... haya habido o no oposición se considerará abierta una articulación de 8 días para promover y evacuar la prueba...». Por su parte el artículo 603 ejusdem, establece que a más tardar dentro de 2 días de haber expirado el término probatorio sentenciara el tribunal la articulación de la sentencia se oirá apelación en un solo efecto.

Así las cosas, comparte este Juzgador el criterio que la parte contra quien obre la medida cuando crea que existe una violación a sus derechos y garantías constitucionales, especialmente en los casos de las tutelas anticipadas en las cuales se ve diferido a un más la interposición y decisión de la oposición y que pende la oposición de la introducción por el solicitante de la demanda principal, no tiene por que pasivamente esperar que el favorecido con la medida tenga bien hacer uso de su facultad de interponerla a partir de la cual y una vez citada la

parte contra quienes obre, agotando el proceso de las mismas establecidos en los artículos 602 y 603 del CPC, haga oposición a la misma pues entonces en esos supuestos ese medio, la oposición, no resulta ni idóneo ni eficaz ni inmediato a los fines de restablecer los derechos que supuestamente le fueran infringidos de rango constitucional y si se toma en consideración añadidamente lo que es un hecho conocido por todos los Tribunales del Area Metropolitana de Caracas, con excepción hecha de los Tribunales de competencia penal, el régimen de despachos allí previsto ha limitado a tres (3) días en cada semana el despacho, es decir de cada cinco (5) días sólo hábiles solo en tres (3) se despacha, resolución que está vigente desde el mes de junio de 2001, es decir antes de todo ese incidente, lo que de suyo extiende ampliamente los lapsos de la articulación y decisión de la oposición a las medidas cautelares, de modo tal que una articulación probatoria de 8 días de despacho sin reparar en las constantes huelgas que paralizan al poder Judicial últimamente, copan casi tres (3) semanas en el proceso de oposición y solo será en la cuarta (4ta.) semana que el Juzgador de la oposición deba resolver la misma, concibiéndose perfectamente y es bastante usual por la experiencia que tenemos acumulada, que ordinariamente no se deciden con la urgencia requerida por la Ley, las referidas oposiciones.

De tal forma que haciendo un simple ejercicio de ingeniería procesal como es el que ha quedado plasmado se llega a la conclusión que la oposición por tal motivo no es un medio eficaz y pronto para hacer cesar la eventual violación de las garantías constitucionales máxime como es en este caso que dentro de los 10 días de haberse decretado la cautelar es que se establece la obligación de introducir la demanda principal, en el curso de la cual con las demoras ya indicadas es que podrá hacerse valer la oposición y mientras tanto siguen sufriendo los rigores de la misma, lo que carece de toda lógica».

VIII. CONCLUSIONES

Creo que no hay duda de que debemos introducir un cuadro normativo-procesal sobre la tutela anticipatoria y autosatisfactiva, sobre los pilares que hemos reseñado.

Considero, además, dentro de la técnica de lo anticipativo, que debe disponerse que en los supuestos de tutela ante-causam el órgano competente para decretar las medidas sea el que conozca del proceso principal, con el propósito de evitar obstáculos a la necesaria instrumentalización que debe existir entre los dos procesos; y en todo caso, ante la normativa nacional que, para eventos de urgencia, contempla la posibilidad de que el decreto lo providencia en juez de Municipio, al intentarse el proceso principal ante un Juzgado de Primera Instancia, sería necesario disponer que éste atrajera la competencia para conocer de las actuaciones relativas a la tutela anticipada ordenada.

Deberíamos estudiar también la posibilidad de revertir la carga de demandar, esto es, que el sujeto afectado por la medida ante causam que desea dilucidar la certeza del derecho reclamado por el solicitante la medida, sea sobre quien penda la alternativa de demandar.

Esa conclusión la obtenemos de la experiencia en otros países, donde resulta en una gran mayoría de casos, improbable que se propongan los juicios.

Pero, lo que es cierto que para estos logros que, en definitiva, implican una ampliación de los poderes materiales del juez, al anticipar en todo o en parte la pretensión deducida, tenemos que contar con jueces imparciales y diestros, y fundamentalmente ponderados en su ejercicio judicial, porque se les impone atender los agravios denunciados bajo el esquema del equilibrio, valorando los posibles perjuicios que una sentencia desmesurada e imprudente pueda arrojar, y con celo de prevención para la aplicación de las reglas de un proceso justo. Por ello es menester que respeten las reglas del debido proceso y así dar luces en sus providencias de la razonabilidad de las mismas.

Es harto conocido para el foro venezolano, que bajo la cobija de lo cautelar típico e innominado se dictan soluciones inequitativas, privadas de

toda motivación y desnaturalizadas de su objeto. Son sentencias, en muchas ocasiones, complacientes, que se hacen intolerables por el tiempo que perduran sus efectos, ante la tardanza para decidir una oposición que se hace interminable.

Por tanto, si el juzgador considera indispensable la tutela, también deber primar en su inteligencia la gravitación de la defensa, para polarizar su acontecer dentro de los lineamientos de un debido proceso justo.