

LA TUTELA ANTICIPATIVA Y LAS MEDIDAS DE SATISFACCIÓN INMEDIATA

Por: GUSTAVO RUIZ¹

Artículo Recibido: 24 de Septiembre 2012
Revisado: 11 de Octubre 2012 - Aprobado: 5 de Noviembre 2012

RESUMEN: Se hace necesario modificar la forma como la sociedad, especialmente los que se desenvuelven alrededor del sistema de justicia, entienden el derecho a la tutela judicial efectiva. La decisión del juez debe ser oportuna para que se materialice una verdadera justicia.

Palabras claves: Tutela judicial efectiva. Debido proceso. Sentencia Oportuna. Medidas de satisfacción inmediata.

ABSTRACT: It is necessary to change the way society, especially those that develop around the justice system, understand the right to effective judicial protection. The judge's decision must be timely to materialize true justice.

Keywords: Effective judicial protection. Due process. Judgment timely. Immediate satisfaction measures.

Introducción.

El insigne maestro de la ciencia procesal Eduardo J. Couture, de suyo afirmaba: «*En el proceso, el tiempo es algo más que oro: es justicia*»²; de tal manera que el justiciable, requiere que la solución de la controversia sometida a la decisión de la jurisdicción, además de justa, sea eficaz, vale decir, que materialmente sea de posible ejecución, ello en virtud de que -generalmente- después de agotar el interminable *iter* procesal que comporta cualquier juicio, lo que al efecto

resuelva el juez se traduce simplemente en un instrumento denominado sentencia que se materializa en un «papelito» que en términos prácticos nada representa para el justiciable que se somete a la jurisdicción; en tal sentido proclamaba Rudolf Von Ihering: «*La lentitud de la justicia es en sí una injusticia*».

Al efecto, la moderna doctrina de la ciencia procesal determina una interpretación progresiva de las leyes adjetivas, por lo que es de inexorable invocación, la disposición consagrada en nuestra Constitución Nacional, en su artículo 26:

«*Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.*

*El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.» (Destacado nuestro)*³

Esta norma tiene altísima relevancia dentro de nuestra Carta Magna y de ella deriva de manera ostensible, el fundamento constitucional para la aplicación de la Tutela Anticipativa e incluso la de Satisfacción inmediata, a los fines de colmar de manera adecuada y oportuna los requerimientos jurisdiccionales de los ciudadanos.

En atención a lo planteado, es menester determinar los alcances de la denominada Tutela Judicial Efectiva, como derecho que arropa las tutelas antes referidas. Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señaló lo siguiente:

«*[...] El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a*

¹ Abogado, Universidad del Zulia (1985). Especialista en Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello (1998). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2008). Miembro del Instituto Colombo-Venezolano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Venezolano de Derecho Procesal. Docente Pre-grado y Post-Grado.

² COUTURE, Eduardo. «Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la República Oriental del Uruguay», Pág. 37.

³ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 de 24 de marzo de 2000.

ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaure [...]»⁴

La misma Sala, al pronunciarse sobre el contenido de la tutela judicial efectiva, también ha puntualizado que incluye el derecho a que la decisión sea tomada en un plazo razonable⁵, es decir, que sea *oportuna*, así:

«[...] Al respecto, reitera esta Sala que, ciertamente todas las personas llamadas a un proceso, o que de alguna otra manera intervengan en el mismo en la condición de partes, gozan del derecho y garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, **a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable** y a que, una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines que se

verifique la efectividad de sus pronunciamientos [...]».⁶

La requisitos sobre la razonabilidad del plazo para tomar una decisión oportunamente, han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inspirada en la doctrina de su homóloga Europea, en los siguientes términos:

«77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlos los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, *Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991*, Series A no. 195-A, párr. 30; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993*, Series A no. 262, párr. 30).»⁷

Sin embargo, el atributo de una justicia *oportuna*, pudiera en ocasiones restringir -sin afectar su núcleo o esencia- la garantía del Debido Proceso, en razón que al imprimirle celeridad extrema a la resolución del conflicto, eventualmente podría conllevar a socavar garantías como el contradictorio o el derecho a ser oído. Al respecto, otrora se pronunció el eximio maestro italiano Piero Calamandrei, al sentenciar:

«[...] la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien y, así, la duración

⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 708, de fecha 10 de mayo de 2001.

⁵ Esta garantía, además, se encuentra establecida en el numeral 1, del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el numeral 3, del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁶ Destacado nuestro. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 72, de fecha 26 de enero de 2001.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, N° 30. Párrafo 77.

indispensable para el cumplimiento del ordinario iter procesal acarrea el paradójico riesgo de convertir en ineficaz la providencia definitiva, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto.»⁸

Por ello, se hace necesario delimitar con claridad los alcances de la tutela anticipativa y las medidas de satisfacción inmediata, ambas integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por nuestra Constitución, instrumentos internacionales, y desarrollado por la jurisprudencia patria y foránea, para que la urgencia y prontitud que requieren las decisiones a tomar bajo estas instituciones, no menoscaben los atributos del debido proceso, ni del derecho a la defensa, también de rango constitucional.

Tutela Judicial anticipativa y medidas de satisfacción inmediata.

En la búsqueda de caminos expeditos para lograr un sistema de administración de justicia, que privilegie satisfacer el precepto constitucional consagrado en el artículo 26 de nuestra Carta Política, referido a la tutela judicial efectiva, que incluye, como señalamos, el derecho a obtener con **PRONTITUD** la decisión correspondiente, fuerza es concluir, en la inexorable necesidad de que nuestro acervo jurisprudencial en *prima facie* y ulteriormente mediante la adecuación normativa, asuma y aplique la denominada Tutela Anticipada y más aún la Tutela Autosatisfactiva, también denominada por alguna corriente doctrinaria como de «*bilateralidad postergada*»⁹, o «*autosatisfactorias*»¹⁰, o también de «*satisfacción inmediata*»¹¹; en esta última definición nos inscribimos, por considerarla más adecuada, en virtud de que el prefijo «auto» alude a una suerte de tutela por propia mano e indudablemente en el caso que nos ocupa, es indefectible un pronunciamiento de la jurisdicción a los fines de considerarla legítima, coercible y ejecutable.

La tutela anticipativa, entendida por Rafael Ortíz-Ortíz desde la perspectiva constitucional, consiste en:

«[...] la posibilidad jurídico constitucional por medio de la cual los órganos jurisdiccionales pueden, de oficio o a solicitud de parte, anticipar legítimamente, total o parcialmente, los efectos de la sentencia de mérito en el marco de un proceso judicial, cuando tal anticipación sea indispensable para evitar un daño a situaciones constitucionales tutelables.»¹²

La tutela cautelar anticipada, posee una función asegurativa de los efectos del proceso, es decir se consideran instrumentales de los procesos judiciales y en consecuencia, sólo pueden ser dictadas por los órganos de la función jurisdiccional; en cambio, la tutela efectiva anticipada, no tiene como finalidad garantizar la futura ejecución de un fallo, si no el de anticipar total o parcialmente los efectos de la sentencia definitiva, en función de una necesidad de tutela de derechos constitucionales.

En síntesis, la medida anticipada, es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Y sus presupuestos necesarios para la procedencia pueden resumirse de la siguiente manera: a) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteamiento del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; b) la urgencia c) Fuerte probabilidad de la ocurrencia de un daño irreparable o de difícil reparación posterior, más allá del corriente peligro en la demora aplicado en el decreto de medidas cautelares, y finalmente y a manera de mantener un equilibrio jurídico, existe la posibilidad por parte del juez de exigir una caución.

⁸ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 43.

⁹ FALCÓN, E. M. Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. T. IV, Sistemas Cautelares. Santa FE, Rubinzal-Culzoni. 2006.

¹⁰ BERIZONCE, Roberto «Tutela anticipada y definitiva y Derecho Procesal. En visperas del siglo XXI. Buenos Aires. EDIAR, 1997, p 70.

¹¹ ARAZI, Roland y KAMINKER, Mario E. «Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata», en «Medidas Autosatisfactivas» del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

¹² ORTÍZ-ORTÍZ, Rafael. «Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa». Editorial Frónesis, C.A., Caracas, Venezuela, 2001. Página 201-202.

Por su parte, las medidas de satisfacción inmediata -también conocidas como autosatisfactivas-, tienen como fundamental diferencia con las anticipativas, el que no requieren de un proceso ulterior, sino que su decreto representa la consecución del fin perseguido en sí mismo, por ellos carecen de instrumentalidad o accesoriedad. El argentino Jorge Walter Peyrano las define como:

«[...] 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 constituye una medida cautelar por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma.»¹³

Tiene así esta tutela de satisfacción inmediata las siguientes características principales: a) Otorga plena y definitiva satisfacción al requirente, sin que sea menester a tal efecto que éste incoe proceso principal alguno; b) Su diligenciamiento se realiza *inaudita et altera pars*, aunque reconociendo la doctrina y legislación comparada, la posibilidad de disponer una previa y comprimida sustanciación; c) Su despacho debe estar presidido por la existencia de una probabilidad y no de una simple verosimilitud, de que efectivamente lo requerido es jurídicamente atendible; d) La exigibilidad de otorgar contracautela en miras a su despacho favorable¹⁴.

Estos tipos de tutela judicial efectiva «diferenciada», como la denomina un sector de

la doctrina, podemos ubicarla dentro del elenco de medidas derivadas de la teoría procesal conocida como «Tutelas Urgentes», que constituyen una tendencia procesal que persigue como teleología la eficiencia, eficacia y celeridad procesal como *culmen* de un proceso deslastrado de formalismos inútiles, orientado a privilegiar la necesidad del justiciable: RECIBIR UNA SENTENCIA JUSTA Y OPORTUNA, como corolario del Debido Proceso y de la efectividad de la Tutela Judicial.

Cabe destacar que los procesos urgentes reconocen en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: a) Las medidas cautelares: la cuales más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la misma; b) La tutela anticipatoria: es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable, pero que dependen del ejercicio de una pretensión principal posterior a la cual se instrumentalizan; y, c) Las medidas de satisfacción inmediata: aquellas que no necesitan de un proceso ulterior pues se agotan con su despacho favorable, ya que constituyen un fin en sí mismas.

Los denominados «Procesos Urgentes», deben ser objeto de la ponderación del BUEN JUEZ¹⁵, que debe tomar en consideración para su trámite, lo siguiente:

La naturaleza de los derechos cuya tutela se exige al órgano jurisdiccional. En razón de la supresión del contradictorio y de la bilateralidad, sembrados

¹³ PEYRANO, Jorge. «Medidas Autosatisfactivas». Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, 2001. Página 27.

¹⁴ *Ibidem*, página 17-18.

¹⁵ Con relación al BUEN JUEZ, citamos la «teoría de las apariencias» desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocado por el Tribunal Constitucional de Perú en Sentencia proferida en el Exp. N° 2465-2004-AA/TC. «10. En esa perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en importante jurisprudencia que resulta pertinente traer a colación, desarrolló la teoría de las apariencias, indicando que si bien la imparcialidad personal de un juez se presume a falta de prueba en contrario, también hay que tener en cuenta cuestiones de carácter funcional y orgánico, y, en ese sentido, debe comprobarse si la actuación del juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará que, incluso las apariencias, pueden revestir importancia (Casos Piersack y De Cubber). 11. En efecto, existen situaciones concretas que desmerecen la confianza que deben inspirar los tribunales determinados jueces en la sociedad, las cuales pueden darse, entre otras, por evidente prevalencia de preferencias políticas en las decisiones, demostraciones públicas desproporcionadas respecto a su posición personal en determinado fallo, falta de neutralidad en la actuación de los jueces, desacato a los deberes de la propia organización del Poder Judicial, y, con mayor razón, la imparcialidad judicial en casos en que el juez haya sido sancionado en reiteradas oportunidades por las mismas infracciones u otras relacionadas a su actuación.» (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02465-2004-AA.html>, consultado en fecha 03 de marzo de 2012.) Así mismo, el maestro Calamandrei, afirmó: «El drama del juez es la soledad; porque él, que para juzgar debe estar libre de afectos humanos y colocado en un peldaño más alto que el de sus semejantes, difícilmente encuentra la dulce amistad, que exigen espíritus colocados al mismo nivel, y si la ve que se le aproxima, tiene el deber de esquivarla con desconfianza, antes de tener que darse cuenta de que sólo la movía la esperanza de sus favores o de oír que se le censura como traición a su imparcialidad.» (CALAMANDREI, Piero. «Elogio de los Jueces escrito por un Abogado». Traducción de Santiago Sentís y de Isaac J. Medina. Madrid, 1936. Pág. 153.)

en la conciencia del derecho, como andamiaje indispensable para la validez del DEBIDO PROCESO, debemos reservar solamente para DERECHOS FUNDAMENTALES la aplicación de este trámite sumario: Protección a la vida y a la salud, a la intimidad, contra la violencia domestica o intrafamiliar, restricciones a la libertad (de cualquier índole).

Urgencia impostergable en la solución del conflicto planteado, con evidencia ostensible de que el discurrir del tiempo, acarrea daños irreversibles e irreparables. Vale decir, una situación en la cual, si la medida no fuese adoptada en ese momento, se causaría un daño irreparable al solicitante.

Ciertamente las medidas anticipadas como parte de los conocidos PROCESOS URGENTES, vienen a ser una alternativa a ciertos requerimientos de los justiciables quienes claman por soluciones inmediatas en tiempo razonable, ante las situaciones que no admiten demora. Por consiguiente, dicho grado de urgencia hace referencia a una situación en la cual, si la medida no fuese adoptada en ese momento, se causaría un daño irreparable al solicitante, es por lo tanto un temor fundado. De hecho no se requiere que se evidencie un abuso de derecho por parte del demandado, eso no es lo que se procura demostrar, sino por el contrario, lo perseguido es evidenciar la fuerte probabilidad del derecho invocado por el solicitante y la urgencia de protegerlo de forma inmediata.

Fuerte probabilidad, con certidumbre evidente de que los hechos acreditados, constituyen violación flagrante de cualquiera o de varios de los derechos fundamentales, *supra* indicados. Demostrar la existencia de una fuerte probabilidad de que al solicitante le asiste la razón y por lo tanto es menester adelantarle la tutela que, igualmente se le hubiera sido concedida en un proceso dilatado y pausado, que exista una presunción grave y no una mera posibilidad.

Esta fuerte probabilidad de la ocurrencia de un daño irreparable o de difícil reparación posterior está determinada por la diferencia existente entre daño irreparable y peligro en la demora, en este sentido, obviamente cuando se habla de daño irreparable, se hace referencia a la imposibilidad de resarcir la situación infringida, y en el caso de peligro en la demora, son las consecuencias nefastas que pudieran ocurrir de no tomarse medidas a tiempo. Entonces, el daño irreparable, viene a ser determinada circunstancia la cual va más allá del hecho de que una sentencia dictada sea inútilmente ejecutable, sino que además está en peligro la pretensión y el derecho ejercido a través de ésta.

En tal visión, es menester mencionar que debemos estar en presencia de un interés cierto, manifiesto e indubitable, vale decir, ante un supuesto de hecho evidente, de tal manera que el derecho invocado debe presentarse sin ambigüedades y el Juez no debe tener duda alguna acerca de la procedencia del derecho esgrimido por el peticionario.

La necesidad de proferir una decisión preliminar, que comporte satisfacer el *petitum* de fondo, de manera que sea inoficioso tramitar un juicio contradictorio, en virtud de haberse satisfecho el interés procesal del peticionante.

Que la necesidad impostergable de tutela, esté sujeta a que sea la única vía eficaz para la protección o restitución del derecho invocado.

Augusto Morello, sostiene que la tutela anticipada no es un hallazgo de biblioteca, o un producto académico, es un capitular con las exigencias de una nueva realidad, que las necesidades del justiciable impone¹⁶.

El mismo autor estima que para las exigencias de una tutela anticipada, ya no es suficiente un juez director o elector en un proceso; ahora, es necesario un juez con responsabilidad social y esto en ningún momento debe entenderse desde

¹⁶ MORELLO, Augusto M. «Anticipación de la Tutela». Ed. Librería Editora Platense, 1996, p. 13.

un punto de vista político, sino desde el punto de vista de juez colaborador, facilitador y razonablemente lógico en la transcendencia y aplicación del derecho¹⁷.

Mediante la implementación y aplicación práctica de la Tutela Anticipativa, lograríamos a través de la anticipación parcial o total de la pretensión postulada por el actor, la inmediatez y celeridad que requerimos los venezolanos en nuestro hipertrofiado sistema de administración de justicia, por medio de una medida anticipativa, tributaria de un proceso ulterior, o en casos en que la entidad de los derechos tutelados lo exija, suprimiendo radicalmente el contradictorio, al otorgar el fondo peticionado *in limine*, sin trabar *litis* alguna, mediante el otorgamiento de una Tutela verdaderamente efectiva.

Legislación y jurisprudencia venezolana.

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su artículo 280 regula las medidas anticipativas de la siguiente manera:

«Artículo 280: Fuera de los casos regulados por 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.»¹⁸

El Código Orgánico Tributario venezolano, desarrolla en su artículo 296, adminiculado con el 301 del mismo texto normativo, un Procedimiento Cautelar Autónomo, que permite a la Administración Tributaria solicitar el decreto de medidas cautelares antes de iniciar un proceso judicial:

Artículo 296.- Cuando exista riesgo para la percepción de los créditos por tributos, accesorios y multas, aun cuando se encuentren en proceso

de determinación, o no sean exigibles por causa de plazo pendiente, la Administración Tributaria podrá pedir al Tribunal competente para conocer del Recurso Contencioso Tributario que decrete medidas cautelares suficientes, las cuales podrán ser:

1. Embargo preventivo de bienes muebles;
2. Secuestro o retención de bienes muebles;
3. Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, y
4. Cualquier otra medida, conforme a las previsiones contenidas en el Parágrafo Primero de artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 301.- En los casos en que medie proceso cautelar, y se ejerza posteriormente el recurso contencioso tributario contra los actos de determinación que dieron lugar a la medida cautelar, a solicitud de la representación fiscal, el tribunal que decretó la medida remitirá el expediente al juzgado que conozca del juicio de anulación o condena, a fin de que se acumule a éste y surta plenos efectos ejecutivos mientras dure el proceso. Esta acumulación procederá en todo estado y grado de la causa.¹⁹

En materia de derechos de autor, el legislador ha mantenido el mismo criterio inclusive desde el artículo 99 de la derogada Ley sobre el Derecho de Autor del 29 de noviembre del año 1962, y en tal sentido dispone el artículo 112 de la vigente Ley sobre Derechos de Autor:

«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

¹⁷ *Ibidem*, página 14.

¹⁸ «EL CÓDIGO PROCESAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA». Tercera Edición, supervisada y actualizada por Enrique Vescovi. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p 116

¹⁹ Poder Legislativo. Asamblea Nacional. Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

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.» (Destacado nuestro).²⁰

Así mismo, el artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, consagra la Tutela Anticipatoria en forma expresa en su parágrafo segundo, así:

«Artículo 466. Medidas preventivas

Las medidas preventivas pueden decretarse a solicitud de parte o de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. En los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de esta Ley, es suficiente para decretar la medida preventiva, con que la parte que la solicite, señale el derecho reclamado y la legitimación que tiene para solicitarla. En los demás casos, sólo procederán cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

[...]

Parágrafo Segundo. Las medidas preventivas también pueden ser solicitadas en forma previa al proceso y, en este caso, es obligación de la parte presentar la demanda respectiva dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida. Para estos efectos no se exige garantía, pero si la demanda no se presentare o el juez o jueza determina infundada la solicitud, de ser procedente condenará al pago de los daños y perjuicios causados. Si no consta en autos la presentación de la demanda en el plazo previsto, se revocará la medida preventiva al día siguiente. (Destacado nuestro).²¹

Igualmente, los artículos 71 y 87 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia disponen que:

«Artículo 71.- El órgano receptor de la denuncia deberá:

[...] Imponer las medidas de protección y de seguridad pertinentes establecidas en esta Ley

Artículo 87.- En todo caso, las medidas de protección subsistirán hasta que sean sustituidas, modificadas, confirmadas o revocadas por el órgano jurisdiccional competente, bien de oficio o a solicitud de parte. La sustitución, modificación, confirmación o revocación de las medidas de protección procederá en caso de existir elementos probatorios que determinen su necesidad.»²²

A los fines de ilustrar al lector, acerca de los alcances y contenido de la Tutela Anticipada y o de Satisfacción Inmediata, me permito citar algunos antecedentes jurisprudenciales patrios:
En materia de amparo constitucional:

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 6 de fecha 03 de Febrero del 2000, en Procedimiento de Amparo, expediente

²⁰ Poder Legislativo.

²¹ Asamblea Nacional. «Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes». Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.859 de 10 de diciembre de 2007.

²² Poder Legislativo. Asamblea Nacional. «Ley Orgánica sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia». Gaceta Oficial N° 38.668 de fecha 23 de abril de 2007.

00-22722, al vincular la tutela anticipativa en los procedimientos de amparo constitucional, señaló:

«[...] en materia de amparo constitucional el funcionamiento de la «tutela constitucional preventiva anticipativa» adquiere unas importantes dimensiones por cuanto se presentan como la armadura necesaria para la defensa de los derechos fundamentales. En estos casos, el juez constitucional estaría facultado para un «restablecimiento provisional» de una situación que se presenta como «inminente» y en donde, además, el proceso se convierte en el peor obstáculo para la realización de la justicia; este era, sin duda, el espíritu que se desprendía del anulado artículo 22 de la ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y que el artículo 27 de la nueva Carta Magna proclama con hermosa brillantez «la autoridad judicial tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida». Como se aprecia este restablecimiento es necesariamente «provisional» mientras se discurre el trámite procesal correspondiente para debatir la veracidad de la (sic) afirmado por el actor y para garantizarle al imputado como agravante el uso de sus derechos procesales cuales son, la defensa, la actividad probatoria, mecanismos de impugnación, etc. Esta Corte acoge el anterior criterio y en tal sentido aprecia que en el caso presente se constata: a) inminencia del daño (Periculum in damni) constituida por el hecho de no poder participar en el concurso sin el documento solicitado al ente gremial; b) urgencia de la solicitud, que en casos como el presente, es obvio por cuanto siendo la presentación del (sic) presente solicitud en fecha 2 de febrero, y la fecha límite del concurso referido el día 4 de febrero, sólo queda dictar un mandamiento provisional y preventivo para evitar la ocurrencia del daño aún cuando esta situación pueda ser revertida en la decisión sobre el mérito; y c) los derechos invocados tienen rango constitucional por lo que no requieren de demostración alguna.»

Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, sentencia de fecha 28 de Enero del 2000, cuyos supuestos fácticos, derivaban de un aviso publicado en el diario El Nacional, mediante el

cual la Fiscalía General de la República, convocaba un concurso para la selección de un Fiscal Auxiliar. La convocatoria señalaba que el lapso era hasta el viernes 04. El Lunes 31 un aspirante solicitó ante el Colegio de Abogados del Distrito Federal, la certificación del Colegio sobre los antecedentes disciplinarios del concursante, la cual fue negada verbalmente, el miércoles 02 acudió ante la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en Amparo, por violación del Derecho de Petición. La Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, acordó de oficio una tutela constitucional **Preventiva y Anticipativa**, mediante la cual le ordenó al Colegio, otorgar una certificación provisional, a los fines de garantizarle al solicitante su participación en el aludido concurso.

En materia de derecho de autor:

Juzgado Décimo Séptimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente N° AP31-S-2008-00512 de fecha 12 de marzo del año 2008, en la cual aplicando el artículo 112 de la Ley sobre Derecho de Autor, se dictó protección cautelar anticipada a la sociedad mercantil Cervecería Polar C.A., con el fin de proteger la utilización de su lema comercial «**Si se puede**», y en la cual se demostró, entre otras cosas: la propiedad del derecho de autor por parte de la reclamante, la urgencia del caso por cuanto, se iban a publicar anuncios publicitarios a favor de terceros, lo cual equivale a una fuerte posibilidad de producirse un daño irreparable, todo ello conllevó a que el juez fallara a favor de la solicitante, acordando la protección requerida, y por tratarse de una medida anticipada, su permanencia en el tiempo fue condicionada a la instauración del juicio principal en el lapso legal.

En materia de violencia contra la mujer:

Con respecto a esta singular protección establecida en la precitada ley especial, es importante resaltar el carácter constitucional que el Tribunal Supremo de Justicia le otorga a la misma, con la finalidad de aclarar su legal aplicación, según lo establecido en la Sentencia

emanada de la Sala Constitucional del máximo Tribunal de la República en fecha 09 de mayo del 2006, Exp. 03-2401. De manera que la existencia de un procedimiento previo a la acción penal, mediante el cual se denuncie la existencia de conductas contrarias a la Ley, y en el que tal denuncia pueda ser recibida por diversos órganos receptores, así como la posibilidad de que se dicten medidas cautelares de manera inmediata, responden a un régimen o regulación especial que no es, *per se*, inconstitucional, aunque implique un tratamiento distinto al de otros ámbitos penales.

Análisis de Derecho comparado.

En el derecho comparado, especialmente la doctrina judicial de la Nación Argentina, donde provienen gran número de autores que de otrora han tratado este tema, nos permitimos referir brevemente los casos más emblemáticos que sin decirlo expresamente, ha conllevado a que el Poder Judicial de este país aplique la doctrina de la tutela anticipativa y muchas veces, medidas de satisfacción inmediata, cuando los prepuestos de urgencia y la naturaleza de los derechos involucrados hace necesaria una pronta resolución del caso, aunque aparentemente se esté decidiendo sobre el fondo de la controversia planteada. Así tenemos:

Caso Bulacio Malmierca: la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en sentencia de fecha 24 de agosto de 1993, debió pronunciarse sobre un recurso extraordinario deducido contra una resolución que dejó en suspenso una decisión del Banco de la Nación Argentina que redujo la contribución de dicha entidad al régimen complementario de jubilaciones de sus empleados. Al revocar la cautelar innovativa sostuvo que la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, y que dentro de aquéllas la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente

al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión²³.

Caso Camacho Acosta: en este fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en fecha 07 de agosto de 1997, recogió bajo la figura de una medida cautelar innovativa, «al anticipo de jurisdicción» consistente en la provisión de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo de la víctima, que había sido amputado producto de un accidente laboral, porque de las circunstancias de hecho y derecho probadas en la causa (ausencia de seguro de accidentes de trabajo, intentos de los demandados de disminuir su patrimonio), debía atenderse a la índole del agravio que recaía en la integridad física y psíquica, lo que condujo, excepcionalmente a decidir sobre el fondo mismo de la controversia (provisión y pago de la prótesis por las demandadas en daños y perjuicios)²⁴. Las instancias inferiores habían negado la medida cautelar bajo el argumento que lo solicitado cautelarmente coincidía con la pretensión principal.

Caso Cariaga: Tribunales Civiles de Santa Fe (Argentina), 3 Junio de 1996, Amparo contra Ministerio de Salud, solicitando medida cautelar innovativa para que se le practicara un estudio de histocompatibilidad para determinar el tratamiento a seguir, en virtud de padecer aplasia severa de médula ósea, con carácter urgente por ser paciente terminal, a quien se le había diagnosticado una sobrevida de 3 meses, y había transcurrido un mes y la burocracia administrativa no resolvía. La decisión ordenó que se le realizara en organismos de salud del estado o aportando fondos para que se realizaran en el sector privado.

Caso Clavero Miguel Ángel ct. Comité Olímpico Argentino, 24 de Julio 1996. Un joven ciclista, nominado p/selección de las Olimpiadas de

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo 126:1833 de 24 de agosto de 1993. Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros contra Banco de la Nación Argentina.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo 320:1633 de fecha 07 de agosto de 1997. Camacho Acosta, Máximo contra Gráfico S.R.L. y otros»

Atlanta, el ciclista viajó y se alojó en la Villa Olímpica, al día siguiente el jefe de la delegación le informó que debía retirarse porque no estaba en la lista de los seleccionados. Mediante Amparo, se ordenó al Comité Olímpico, la inmediata acreditación en su condición de integrante del equipo olímpico ciclístico de Argentina, que se le entregará el pasaje alojamiento y viáticos.

Sentencia dictada por la Juez de Primera Instancia en lo Civil de Buenos Aires; Dra. Mabel de los Santos. 08-09-1999. Un ciudadano con Sida, solicitó a la Obra Social de Unión Obrera Metalúrgica, el suministro regular, continuo y permanente de los medicamentos para su tratamiento, en virtud de que esa entidad lo había hecho de forma irregular, aparejando la suspensión de la medicación. La Juez consideró que se encontraba ante un caso de **interés tutelable cierto y manifiesto**, que la autorizaba a aplicar al caso el trámite «establecido por la doctrina y la jurisprudencia para la llamada medida autosatisfactiva, y resolvió omitir el traslado a la demandada.

Conclusiones.

La tutela anticipada y las medidas de satisfacción inmediata sin duda aparejan consigo un necesario cambio de paradigma en la forma cómo los integrantes del sistema de justicia (donde también se incluye especialmente a los Abogados -artículo 253 de la Constitución Nacional²⁵-), conciben el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía al debido proceso. Al respecto, nos resulta pertinente citar al maestro Morello, que señala:

«El impacto de las reformas constitucionales en la sociedad nos reclama (a los abogados) que, sin cortedad de miras, ni avaricia en la imaginación demos el salto cualitativo y reinventemos la Justicia»²⁶

Lo anterior es claro, como dijimos antes, para que los justiciables cuenten con una verdadera tutela judicial efectiva, requieren de prontitud y celeridad en la resolución sometida al órgano jurisdiccional; máxime cuando se trata de presupuestos que acreditan la necesidad de implementar los denominados «procesos urgentes», antes analizados, pues un despacho tardío -mejor dicho, no lo suficientemente rápido- de dichos asuntos, por lo general conlleva a una conculcación de derechos fundamentales, lo que amerita en definitiva, que el legislador, la doctrina jurisprudencial y autoral patria incorporen definitivamente a su acervo la posibilidad expresa de solicitar medidas anticipativas y medidas de satisfacción inmediata, fundados en el amplio desarrollo a la tutela efectiva que realiza el constituyente venezolano.

Sin embargo, para favorecer que la pronta implementación de estos mecanismos de «tutela diferenciada» se hagan con la menor cantidad de tropiezos posibles, se deberán tener en cuenta los aportes representados por la más reciente doctrina nacional y comparada, para dar respuesta adecuada a las críticas que sobre estas instituciones han recaído desde su génesis.

En primer lugar, la doctrina comparada se ha pronunciado a favor que, en algunos supuestos, se deba fijar término de vigencia a la medida de satisfacción inmediata, sin perjuicio de que puedan decretarse prórrogas al lapso inicialmente concedido, pues su fijación *sine die* en algunos casos puede resultar inconveniente²⁷.

Al igual que, si bien la regla en este tipo de medidas es su despacho *inaudita et altera pars*, se recomienda aceptar, en determinados supuestos coyunturales, que el Tribunal pueda fijar alguna suerte de audiencia oral módica de sustanciación previa que posibilite garantizar el

²⁵ -Artículo 253: [...]

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.» Ver supra nota 4.

²⁶ MORELLO, Augusto M. «El impacto de las reformas constitucionales en el sistema de justicia». Citado en «Medidas Autosatisfactivas», pág. 53. Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Jorge W, Peyrano. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. 1997.

²⁷ PEYRANO, Jorge. «Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas propuestas». Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, 2001. Página 33.

derecho a la defensa en casos donde los supuestos acreditados para el despacho de la satisfacción inmediata no estén lo suficientemente acreditados, especialmente sobre su necesidad de urgencia.

También, -y apartándose de ideas iniciales-, la doctrina argentina sugiere la regulación legislativa de medios de impugnación de las medidas decretadas, en forma optativa, pero excluyente para el impugnante, conforme al cual éste podría apelar (con efecto únicamente devolutivo, claro está), o promover un juicio declarativo de oposición que no suspenda el cumplimiento de la medida en cuestión, con lo cual se garantiza el debido proceso.

La tutela anticipada y las medidas de satisfacción inmediata en la experiencia comparada, han probado ser soluciones necesarias que resuelven el problema de la demora y brindan alternativas que superan el molde de la tutela cautelar -aunque se apoyen en sus nociones básicas-. Sin embargo, es aconsejable restringirla a situaciones que guarden especial vinculación con derechos fundamentales, y donde la urgencia esté comprobada, pues de lo contrario, nuestra práctica forense terminaría por colapsar la actividad judicial con solicitudes de este tipo.

En definitiva, a esta «tutela diferenciada» se le podrá otorgar la terminología que se quiera, pero las soluciones urgentes no cautelares más temprano que tarde serán en Venezuela, moneda corriente de cambio, pese a la renuencia del foro en abandonar esquemas conocidos, como si lo que se aprobaba y enseñaba hace cuarenta o cincuenta años no mereciera ser revisado en pos de la justicia verdadera, y para desinfectar de ineficiencia nuestra tradicional concepción de la tutela judicial efectiva, canalizada indebidamente a través de estructuras procesales inadecuadas o erróneamente interpretadas en su alcance.

Referencias documentales

Doctrina:

BERIZONCE. «Tutela anticipada y definitiva y Derecho Procesal. En vísperas del siglo XXI». Buenos Aires, EDIAR, 1997

CALAMANDREI, Piero. «Elogio de los Jueces escrito por un Abogado». Traducción de Santiago Sentís y de Isaac J. Medina. Madrid, 1936

CALAMANDREI, Piero. «Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares». Buenos Aires, El Foro, 1996.

COUTURE, Eduardo. «Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la República Oriental del Uruguay

FALCÓN, E. M. Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. T IV, Sistemas Cautelares. Santa FE, Rubinzal-Culzoni. 2006.

ARAZI, Roland y KAMINKER, Mario E. «Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata», en «Medidas Autosatisfactivas» del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

MORELLO, Augusto M. «Anticipación de la Tutela». Ed. Librería Editora Platense, 1996.

ORTÍZ-ORTÍZ, Rafael. «Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa». Editorial Frónesis, C.A., Caracas, Venezuela, 2001.

PEYRANO, Jorge. «Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas propuestas». Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, 2001

Normativa:

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 de 24 de marzo de 2000.

Poder Legislativo. Asamblea Nacional. «Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes». Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.859 de 10 de diciembre de 2007.

Poder Legislativo. Asamblea Nacional. «Ley Orgánica sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia». Gaceta Oficial N° 38.668 de fecha 23 de abril de 2007.

Doctrina jurisprudencial:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, N° 30.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo 126:1833 de 24 de agosto de 1993. Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros contra Banco de la Nación Argentina.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo 320:1633 de fecha 07 de agosto de 1997. Camacho Acosta, Máximo contra Grafi Graf S.R.L. y otros»

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 708, de fecha 10 de mayo de 2001.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 72, de fecha 26 de enero de 2001.

Tribunal Constitucional de Perú en Sentencia proferida en el Exp. N° 2465-2004-AA/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02465-2004-AA.html>, consultado en fecha 03 de marzo de 2012