



UCAB

Universidad
Católica
Andrés Bello

Caracas
Venezuela

Revista de la Facultad de Derecho Nº 59



INDICE

Editorial por Alberto Baumeister Toledo	7
---	---

Sección de Doctrina

NACIONAL

Constitucional

<i>Derechos Humanos y su protección Constitucional</i> por Reinaldo Chalbaud Zerpa.	11
---	----

Contencioso Administrativo

<i>Validez de la promoción de una prueba de testigo experto y de Informes de un funcionario público</i> por Beatrice Sanso de Ramírez.	37
--	----

Procesal Civil

<i>Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano</i> por Carlos Alberto Urdaneta S.	49
--	----

Probatorio

<i>Algunas consideraciones sobre el régimen probático en el procedimiento oral y en el procedimiento marítimo</i> por Humberto E.Tercero Bello T.....	237
--	-----

Extranjera

Las Uniones Matrimoniales De Hecho: ¿una alternativa al matrimonio tradicional? (Cuba)

por Profesoras Tatiana Lageyre R. y Tania Sánchez Pérez 285

La Relación del Juez, las Partes y los Abogados

por Susana Pedemonte 301

El contrato de Leasing en el Derecho Español

por Dr. Federico Arnau 307

Colaboración Estudiantil

La noción de Desobediencia Civil, Estado de Derecho y Democracia Participativa”, por alumnos varios de 2º

al 4º año de la Carrera de Derecho 327

SECCIÓN DE ESPECIALES

Noticias de la Facultad 361

OBITUARIO 363

JORNADAS Y EVENTOS 363

Actualidad Jurídica

La Apariencia en el Derecho por Gabriel Bentata 369

Editorial

Con esta publicación n° 59 de la revista tenemos otra oportunidad de entregar a nuestros lectores interesante material de investigación, difusión de conceptos jurídicos y pareceres de autores nacionales y extranjeros y coincide con la celebración de los cincuenta años de creada nuestra Universidad Católica Andrés Bello en Caracas, Venezuela.

Las páginas de esta revista a través de su historia, son una clara prueba de la apertura y universalidad del sentimiento de nuestra Universidad por el saber jurídico. No hemos tenido banderas ni ritos, dogmas ni posiciones doctrinarias que hayan impuesto líneas editoriales, expresión de ideas ni pensamientos. La Revista ha sido una clara expresión de la gran amplitud y generoso espíritu de nuestra Universidad.

Se suele decir fácil que han pasado cincuenta años, pero la realidad de las cosas demuestran la dificultad, el esfuerzo y la constancia que debe mantenerse para lograr ese transcurso de tiempo vivos y produciendo eficazmente educación de calidad y más si en el mismo se han logrado éxitos continuados y labor de formación humana.

Son y seguirán siendo una importante legión los hijos de esta "alma mater" que forjados en sólidos crisoles educativos tienen mucho por hacer y dar por la patria.

Nuestra Universidad generosamente ha entregado todo a quienes han sido sus graduandos: educación de primera calidad científica, innovación tecnológica, sólida formación moral cristiana, espíritu de preocupación por la sociedad donde se desenvuelven y ha puesto en sus manos el mas importante instrumento de triunfo para la vida, la enseñanza de un buen arte para el ejercicio de una profesión digna en lo cual ha

invertido sus mejores recursos morales, científicos y económicos. La UCAB no ha escatimado nunca nada para dar educación de excelencia.

Los egresados de la UCAB constituyen además un claro ejemplo de una nueva juventud adecuadamente formada en valores científicos y humanísticos que orgullosamente nos hace sentir diferentes, en el buen sentido de la palabra.

Quienes hemos surgido de sus claustros somos un grupo de profesionales de avanzada con todo el bagaje necesario para ser exitosos en lo social y en lo profesional. De alguna manera solemos distinguirnos de los demás graduados de otros institutos universitarios y con sobrada razón podemos decir que hemos invertido un buen esfuerzo para ser mejores en nuestras vidas, y que quienes nos han formado no serán defraudados en sus enseñanzas.

Como en oportunidades anteriores en esta entrega de la revista nuevamente ponemos a nuestros lectores en posesión de novedosos trabajos y estudios. Como de costumbre insertamos colaboraciones nacionales y extranjeras, cada vez contando con nuevos temas y diversidad de autores e investigadores sobre materias variadas y de especial interés científico.

Como hemos procurado venir haciéndolo en nuestras publicaciones anteriores presentamos material de Doctrina Nacional, Extranjera y Colaboraciones Estudiantiles, reproducimos las principales novedades de la vida de nuestra Facultad y como es costumbre, insertamos como siempre la sección de Actualidad Jurídica con un interesante tema de reflexión de nuestro distinguido colega Dr. Gabriel Bentata sobre "La apariencia en el Derecho".

En cuanto al contenido de las demás secciones, en la primera insertamos un interesante y novedoso estudio sobre Derechos Humanos y su protección Constitucional del Profesor Reinaldo Chalbaud Zerpa; otro sobre "Pruebas en el contencioso administrativo" de la colega Beatrice Sanso de Ramírez.

Damos también en esta oportunidad y sección la bienvenida a nuevos colaboradores nacionales, como es el caso del trabajo sobre Medidas Cautelares Atípicas de Carlos Urdaneta S. y el referido a los "Medios probáticos en el Procedimiento Oral y Marítimo" de Humberto E. Tercero Bello Tabares.

En la Sección de Doctrina Extranjera contamos por igual con nuevos colaboradores; de Cuba, entregamos el trabajo de las profesoras de la Universidad de Oriente, Provincia de Santiago, Tania Sánchez Pérez y Tatiana Lageyre R. sobre el régimen de las "Uniones de Hecho" como alternativas al matrimonio tradicional; de Argentina sometemos a su consideración el de Susana Pedemonte, polifacética Magistrado Judicial Argentina, y quien nos informa sobre "Las Relaciones entre Juez, Partes y los Abogados en el Proceso" y finalmente de España, se da cabida a la interesante aportación del Profesor Dr. Federico Arnau sobre "El contrato de Leasing en Derecho Español".

Finalmente en la sección de Colaboraciones Estudiantiles damos publicidad a un interesante estudio elaborado por cursantes de Segundo al Cuarto año de la carrera regular sobre aspectos vinculados al tema de "Desobediencia Civil, Estado de Derecho y Democracia Participativa", que estamos seguros será del interés de todos nuestros lectores.

En fin, como puede apreciarse, de nuevo estamos entregando una variada e interesante gama de material científico novedoso y de calidad, asuntos puntuales estos últimos en los cuales cada vez hemos procurado ser mas exigentes con el apoyo de nuestros "árbitros" esmerándonos para que los trabajos insertados cumplan los estrictos controles de calidad e investigación que son deseables en una publicación científica como la nuestra.

En torno a los años que por igual cumple nuestra Facultad de Derecho junto a la Universidad, muchas cosas tendríamos que decir al margen de su acontecer en todos estos 50 períodos de su devenir, pues ella nació con la fundación misma de nuestra casa de estudios, pero realmente pretender siquiera hacer un resumen de ese acontecer seguramente llenaría muchas páginas, más de las que integrarían habitualmente varios volúmenes de nuestra revista.

Nos comprometemos en alguna edición futura resumir cuando menos los momentos más estelares de su acontecer y con ello exponer parte importante de la vida de nuestra Universidad.

De nuevo nuestras expresivas gracias a quienes nos enviaron sus colaboraciones, a quienes nos apoyaron en las labores de edición y arbitraje, así como a todos nuestros generosos lectores que siguen interesados en el acontecer de nuestra revista. El volumen de publicaciones

ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

vinculado al cincuenta aniversario de nuestra Universidad, que imaginamos de todos conocidas, excusa de alguna manera la involuntaria demora en la entrega de este número de la revista.

Alberto Baumeister Toledo

Director

Derechos humanos y su protección constitucional*

Reinaldo Chalbaud Zerpa**

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

La aspiración del ser humano en orden a obtener en forma eficiente la protección de las facultades de que está investido y que son inherentes a su específica condición de persona natural, ha sido un ideal que parte de admitir la igualdad entre los hombres. Así ha sido considerado este hecho por parte de numerosos pensadores.

Ya en Roma, Ulpiano¹ admitió que, según el derecho natural, todos los seres humanos son iguales, y esta aspiración, proclamada abiertamente por el Cristianismo, fue también aceptada, y en muchos casos defendida, por intelectuales de diversas épocas de la historia.

* Lección inaugural dictada en el Acto de apertura de las actividades académicas de la Facultad de Derecho, el día 7 de octubre de 2003.

** Abogado por la Universidad de los Andes, Venezuela. Abogado titular en la Universidad Católica Andrés Bello.

I. Cfr. Oscar García-Velutini: *Juicios y Reflexiones*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios. Presentación de Francisco Manuel Mármol. Caracas, 1982. Pág. 42.

Con el tiempo, ha llegado a configurarse una verdadera doctrina en relación con el contenido de todas aquellas aptitudes de que disfruta el ser humano que han recibido en conjunto la denominación genérica de "Derechos Humanos", entendiéndose por tales, ciertas facultades y prerrogativas inseparables de la condición del hombre como tal.

La protección de esos "Derechos Humanos" fue esbozada de una manera más o menos precisa, en el contexto de los procesos revolucionarios ocurridos a fines del siglo XVIII en Norteamérica y Francia.

En efecto, en la colonia de Virginia, el 12 de Junio de 1776, fue "formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en asamblea plenaria y libre" una "Declaración de Derechos ... que pertenecen a ellos y a su posteridad ...", compuesta por quince postulados de trascendente importancia histórica, jurídica y político-social. Esta Declaración, redactada por George Mason, no era la primera que, en el orden de propósitos perseguido, se aprobaba en el seno de la sociedad nortea. En efecto, en 1641 la colonia de Massachussets había adoptado un "Cuerpo de Libertades", y otras colonias norteamericanas gozaban de declaraciones de derechos y libertades en sus Cartas, no tan famosas como la de Virginia².

Posteriormente, una vez sancionada la Constitución Federal el 4 de Marzo de 1789, ya reunido el primer Congreso de la recién creada Unión, James Madison presentó una Declaración de Derechos como adición al texto fundamental. Del extenso documento en cuestión, el Congreso aprobó, el 3 de Junio de 1791, diez enmiendas que fueron luego ratificadas por los estados integrantes del naciente país y, en consecuencia, se incorporaron a la Constitución, en el entendido de que se trataba de una Declaración de Derechos, tal como se la calificó entonces³.

Mientras tanto en París, en sus sesiones de los días 20, 21, 23, 24 y 26 de agosto de 1789, la Asamblea Nacional de Francia decretó la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", que fue aceptada por el rey. Tal Declaración, compuesta de 17 cláusulas, coincidía en mucho con aquella adoptada en Virginia trece años antes. En esta

2. Cfr. *Documentos Básicos de la Historia de los Estados Unidos de América*. Selección, Prólogo y Comentarios a cargo de Henry Steele Commager. Publicación del Servicio de Información de los Estados Unidos de América, s.f.. Pág. 4.

3. *Ibid.* Pág. 15.

última se afirma, de
igualmente libres e
mientras los france
que "Todos los ho
derechos...".

Las mencionad
pueblos distintos, qu
una realidad concre

En el siglo XI
había hecho la asa
constitucionales " D
para dotar al homb
Estado". Pero, como
del siglo XX vuelve
dichas prerrogativas
que su titular las ve
van incorporándose
de los individuos y
instituciones que lleg
idóneos para hacer v
constitucionalmente

Un ejemplo d
constitucional vigen

El Estado garan
discriminación a
interdependient
obligatorios par
la Constitución
ratificados por l

y que se complem
artículos 22, que di

4. Germán J. Bidar
Gráficos Optimus

última se afirma, de entrada, que "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...", mientras los franceses proclamaron en el artículo 1 de su Declaración, que "Todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...".

Las mencionadas declaraciones de Derechos fueron difundidas entre pueblos distintos, que las acogieron con entusiasmo y trataron de hacerlas una realidad concreta.

En el siglo XIX, los constituyentes de diversos países, como ya lo había hecho la asamblea francesa en 1791, incorporan a los textos constitucionales "Declaraciones de derechos y libertades individuales para dotar al hombre de una carta de facultades intangibles frente al Estado". Pero, como lo destaca Bidart Campos, "el constitucionalismo del siglo XX vuelve más bien su mirada a las garantías que aseguran dichas prerrogativas, y que permitan hacerlas valer eficazmente cada vez que su titular las vea amenazadas o desconocidas"⁴. Progresivamente van incorporándose con rango constitucional nuevos derechos a favor de los individuos y de la sociedad. Se configuran, casi paralelamente, instituciones que llegarán a constituirse en instrumentos jurídico-procesales idóneos para hacer válidos y eficaces los derechos y libertades consagrados constitucionalmente.

Un ejemplo de este proceso paulatino lo constituye nuestro texto constitucional vigente, que en su artículo 19 reza:

El Estado garantizará, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen;

y que se complementa con los dispositivos que se contienen en los artículos 22, que dice:

4. Germán J. Bidart Campos: *Derecho de Amparo*. Ediar S.A. Editores. Talleres Gráficos Optimus, S.R.L. Buenos Aires, 1961. Pág. 17 y sigs.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos;

y 23, cuyo texto es el siguiente:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

El Título III de la Constitución venezolana contempla un amplio conjunto de derechos humanos (civiles, políticos, sociales, familiares, culturales, educativos, económicos, ambientales, y de los pueblos indígenas) que se consagran a favor de los individuos en particular, y de la sociedad en general, y establece instrumentos jurídico-procesales destinados a garantizar la eficacia de esos derechos consagrados, así como también la de aquellos otros derechos humanos que no estuvieren contemplados en nuestra carta fundamental.

De esos tales instrumentos operativos debemos destacar tres, a los cuales nos referiremos de seguidas.

II. AMPARO

El término amparo tiene diversas significaciones.

En efecto, se le ha definido como sinónimo, entre otras expresiones, de: abrigo, apoyo, auxilio, ayuda, protección, refugio, socorro y también defensa⁵.

5. Véase *Diccionario de Sinónimos y Antónimos*. Espasa Calpe. 2ª. Edición, noviembre de 1994. Madrid. *Diccionario de Sinónimos*. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona, 1959. *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española. Vigésima Primera edición, 1992.

Jurídicamente, dentro de las normas que protegen la libertad individual, han sido desconocidas o sus atribuciones legalmente las garantías establecidas⁶.

También se ha recurrido contra un acto, decisivo para los particulares que se ven afectados por los establecidos en la Constitución.

La consideración de todos los países que

Así, por ejemplo, la institución constitucionalmente establecida que controla la actividad de los jueces es especialísima y muy diferente: amparo constitucional como control de la actividad judicial y la casación⁸.

Se considera que el artículo 23 del Decreto de Crescencio Rejón, reemplazado por el texto contemplado en esta Constitución, fue la Acta de Reformas de la Constitución federal. Con respecto a la tesis de Tena Ramírez ha sido deliberadamente o no

6. Cfr. Guillermo Cabanellas, *El Poder Judicial*, S.R.L. 5ª. Edición. Buenos Aires, 1967. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Sociales y Económicas*. Cabanellas. Editoria.
7. Juan Ramírez Grosche, *El Poder Judicial*, 2ª. Edición. Buenos Aires, 1967.
8. Cfr. Héctor Fix-Zaragoza, *El Poder Judicial*, Edición conjunta de la Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires y de la Academia de Ciencias de la Pampa. Capelletti. Prólogo. Pág. 177.

Jurídicamente se le entiende como la "institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad que actúa fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los Derechos que ella protege⁶.

También se ha escrito que el amparo constituye la "acción judicial contra un acto, decisión u omisión del poder administrador o hechos de los particulares que afecten o lesionen ciertas garantías o derechos establecidos en la Constitución"⁷.

La consideración legal del amparo no es exactamente igual en todos los países que han aceptado esta institución.

Así, por ejemplo en México, país que fue el primero en acoger constitucionalmente la expresión *amparo* como denominación de la institución que comentamos, y que le ha dado una configuración especialísima y muy amplia a la misma, el amparo comprende tres facetas diferentes: amparo como defensa de los derechos de la libertad, amparo como control de la constitucionalidad de las leyes, y amparo como casación⁸.

Se considera que el juicio de amparo fue creado allí por Manuel Crescencio Rejón, redactor de la Constitución de Yucatán de 1841, cuyo texto contempló esta institución, y Mariano Otero, autor de la denominada Acta de Reformas de 1847, que incorporó el amparo a la Constitución federal. Con respecto a la denominación dada a la institución, Felipe Tena Ramírez ha escrito que fue un acierto de Rejón "haber exhumado, deliberadamente o no, un vocablo tan hermoso y expresivo, tan castizo,

6. Cfr. Guillermo Cabanellas de Torres: *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, S.R.L. 5ª. Edición. Buenos Aires, 1981; y también: Manuel Osorio: *Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales*. Prologo de Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, 1981
7. Juan Ramírez Gronda: *Diccionario Jurídico*. Introducción de Carlos Cossio. 8ª edición. Buenos Aires 1981.
8. Cfr. Héctor Fix-Zamudio: *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*. Edición conjunta con *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad* por Mario Capelletti. Prólogo de Mariano Azuela. Imprenta Universitaria. México, 1961. Pág. 177.

evocador y legendario”⁹. Ambos, Rejón y Otero, fueron influidos por las ideas de Alexis de Toqueville en su obra *La democracia en América*, y por el sistema judicial norteamericano. Si bien es cierto que, como expresa Fix Zamudio, las instituciones anglosajonas formaron el ropaje externo, el marco o si se quiere, el esqueleto, del juicio de amparo mexicano, el espíritu, la sangre y la carne del sistema provienen de las corrientes española y francesa, que mezcladas con las aportaciones nacionales, han dado al amparo mexicano su peculiar estructura¹⁰.

La consideración jurídica del amparo en nuestro país es relativamente reciente si la comparamos con lo ocurrido al respecto en otras latitudes.

Como expresa Agudo Freytes,

las numerosas constituciones que rigieron en Venezuela desde 1830 hasta 1947 formularon solemnes enunciaciones de los derechos de los venezolanos, pero no crearon medios expeditos y eficaces para asegurar que en la práctica de los hechos de la vida corriente, esos derechos fueran respetados por las autoridades....” y agrega que “la enunciación de los derechos individuales siempre fue impresa de manera solemne en las Constituciones, pero su efectividad práctica, en cambio, quedó a merced del sentido de legalidad que prevaleciera en el ánimo de los representantes de la autoridad, en sus diversas jerarquías, a través de la sucesión de los variables regímenes que han imperado en el país, los cuales han oscilado constantemente de la dictadura y autocracia a períodos, más o menos duraderos, de legalidad y libertad¹¹.

Así la Constitución de 1830, en el artículo 187, señaló: “Los que expidieren, firmaren, ejecutaren o mandasen a ejecutar decretos, órdenes o resoluciones contrarias a la Constitución y leyes que garantizan los

9. Felipe Tena Ramírez: *Derecho Constitucional Mexicano*. Vease a Fix-Zamudio en su *ob. cit.* Pág. 158.

10. Fix-Zamudio, *ob. cit.* Págs. 145 y sigs.

11. Esteban Agudo Freytes: *Notas sobre el Amparo y sobre el Proyecto de Ley de Habeas Corpus*. Publicación del Colegio de Abogados del Estado Lara. Editorial Lucila. Barquisimeto. Págs. 5 y 7. Cfr. Igualmente Luis Elbano Zerpa Díaz: *El Amparo Constitucional*, en *El Amparo Constitucional en Venezuela*, Segundas Jornadas venezolanas sobre el Amparo Constitucional en Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Diario de Tribunales Editores. Barquisimeto, 1987. Tomo I, pág. 29.

derechos individual
deben ser castigado

Esta disposici
ligeras modificaci
fundamentales que

No obstante e
podía cumplirse, da
hacer efectivos los
Chavero Gazdik, “ a
del siglo XIX y co
formulario con sole
se llegó a consagra
las violaciones de e

La Constitució
y 50 incluyó la insti
constitucionales, s
pendiente, a cargo d
del mismo, lo que f
Justicia como imp
aprobada la ley cor

El 22 de ener
sobre Derechos y
mas tarde, sobre la
más importante qu
consolidación de
Derecho”¹³.

El propósito
impugnación cont
normas constitucio

12. Rafael J. Chavero
Editorial Sherwo

13. Carlos M. Ayala
Constitucionales
Venezolana. Car

14. Gustavo Briceño
1991. Pág. 12.

derechos individuales, igualmente los que las ejecuten, son culpables y deben ser castigados conforme a las mismas leyes”.

Esta disposición constitucional se repitió, en algunos casos con ligeras modificaciones, en todos y cada uno de los siguientes textos fundamentales que rigieron en la República hasta el de 1947 inclusive.

No obstante el mandato constitucional, su propósito difícilmente podía cumplirse, dada la falta de mecanismos procesales idóneos para hacer efectivos los derechos consagrados pues, como bien lo apunta Chavero Gazdik, “a pesar de los grandes esfuerzos de las Constituciones del siglo XIX y comienzos del siglo XX por establecer un completo formulario con solemnes enunciaciones de derechos fundamentales, no se llegó a consagrar un remedio sumario, breve y eficaz para enfrentar las violaciones de esos derechos sino hasta la Constitución de 1947”¹².

La Constitución de 23 de enero de 1961, a través de sus artículos 49 y 50 incluyó la institución del amparo. De acuerdo con tales disposiciones constitucionales, se estableció el amparo en general, pero quedó pendiente, a cargo del legislador ordinario, la complementación legislativa del mismo, lo que fue interpretado inicialmente por la Corte Suprema de Justicia como imposibilidad práctica de ejercerlo, hasta tanto fuese aprobada la ley correspondiente.

El 22 de enero de 1988 fue promulgada la “Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías constitucionales”, reformada parcialmente mas tarde, sobre la cual se ha afirmado que “es sin lugar a dudas, la ley más importante que se ha dictado en el período democrático, para la consolidación del Estado venezolano como un Estado social de Derecho”¹³.

El propósito de este texto normativo “fue el de lograr un medio de impugnación contra actos de las personas cuando desobedezcan las normas constitucionales y las garantías ciudadanas”¹⁴.

12. Rafael J. Chavero Gazdik: *El nuevo régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood. Caracas, 2001. Pág. 20.
13. Carlos M. Ayala Corao: *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, obra conjunta con Allan R. Brewer-Carías. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988. Pág. 111.
14. Gustavo Briceño V.: *Comentarios a la Ley de Amparo*. Editorial Kinesis, Caracas, 1991. Pág. 12.

para obtener el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas infringidas, frente a las violaciones en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece”, en términos de Ayala Corao¹⁶.

Olaso señaló, atinadamente, que, el amparo es “un mecanismo establecido en la Constitución, para proteger a los ciudadanos contra violaciones o restricciones no autorizadas de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento breve y sumario”¹⁷.

En conclusión, y tal como lo apunta Chavero Gazdik,

el objeto del proceso de amparo constitucional es, en pocas palabras, la protección de derechos y garantías constitucionales. Esta es la finalidad de esta institución, pues se trata de consagrar en el ordenamiento jurídico un proceso autónomo y algunos otros remedios adicionales para los procesos ordinarios (medidas cautelares) con la intención de agilizar la tutela judicial de los principios elementales de las personas¹⁸.

III. HABEAS CORPUS

La expresión Habeas Corpus traduce literalmente la frase “que traigas tu cuerpo” o “que tengas el cuerpo”¹⁹.

Ramírez Gronda afirma que por Habeas Corpus se entiende una “locución latina que significa “traedme el cuerpo” (del detenido ilegalmente); es decir, ‘ pongan al detenido en mi presencia, para que yo (el juez natural), examine la causa de su detención y disponga su arresto o su libertad, según el caso’. Proviene de la frase ‘*Habeas Corpus ad subiiciendum, etc.*’, con que comienza el acto de comparecencia”²⁰.

-
16. Véase: Allan R. Brewer-Carías y Carlos M. Ayala Corao: *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, ya citada, págs. 11 y 113.
17. *El Amparo Constitucional en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1987. Tomo I, pág. 110.
18. Véase Chavero Gazdik, *ob. cit.* Pág. 155.
19. Así lo entiende Guillermo Cabanellas de Torres en su *Diccionario Jurídico Elemental*, ya citado, pag. 143.
20. Juan Ramírez Gronda: *Diccionario Jurídico*, ya citado.

Por su parte Manuel Osorio²¹ señala que esta frase latina, adoptada por el inglés y admitida en castellano quiere decir, "que tengas el cuerpo"; y que la misma tiene su origen en las actas y en el auto o mandamiento judicial de comparecencia, que en Inglaterra garantizan la libertad individual.

En el diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, se lee:

Habeas Corpus (de la fr. Lat. con la que comienza el auto de comparecencia). Derecho del ciudadano detenido o preso a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal y si debe alzarse o mantenerse. Es término del derecho de Inglaterra que se ha generalizado²².

El Habeas Corpus ha sido entendido siempre como un amparo de la libertad individual.

Se considera como precedente del habeas corpus a una serie de instituciones que arrancan del derecho romano pero, como bien lo apunta Bidart, en rigor no se puede hablar de alguna verdadera garantía de habeas corpus en el sentido que a la misma asignan los textos modernos, mientras la acción era concedida solamente a favor de sectores parciales de la sociedad. De allí que, "recién cuando se le extiende (la acción) indiscriminadamente a cualquier individuo privado de su libertad, estamos ante el habeas corpus que recoge el constitucionalismo moderno"²³.

Esas instituciones, referentes a los orígenes del habeas corpus y también a su evolución, son las siguientes:

1. El derecho romano

En el derecho romano encontramos:

El título XXIX del libro XLIII del Digesto, denominado, "De Homine Libero Exhibendo", reza:

21. Cfr., su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, ya citado, pág. 341.
22. Edición ya citada, Tomo II, pág. 1079.
23. Bidart Campos: *ob. cit.* Págs. 92 y 93.

Ley 1: Dice el malo'. Este inter para que ning Ley 2: No se di se les permite la Pretor: Exhibas; toque al hombr Ley 4: Si algun retuviere con 'd

Sánchez Viam los romanos, la pers a la voluntad de su libertad que caracte corriente, vulgar, sie hombres libres. De tendía a acentuar la siervo, asegurando a social. A eso se del hombre libre sobre y así se explica que rescataba por medio

Según el cr remotamente podrí por las siguientes r

- a. No se concedía p una autoridad, s los particulares;
- b. Era una instituc Público ni menc

24. Carlos Sánchez Vi *El Juicio de Ampa* Impresora. Buen
25. Cfr. La cita de H (*Habeas Corpus*) publicada por el el Tomo I.
26. Eduardo Pallares Edición. Editorial

Ley 1: Dice el Pretor: exhibe al hombre libre que retienes con 'dolo malo'. Este interdicto se propone por causa de defender la libertad. Es para que ninguno retenga los hombre libres.

Ley 2: No se diferencian mucho de los siervos aquellos a quienes no se les permite la libertad de ir por donde quieran... Párrafo 8º: Dice el Pretor: Exhibas: Exhibir es sacar al público y permitir que se vea y se toque al hombre.

Ley 4: Si alguno tuviese al hombre libre ignorando su estado, si le retuviese con 'dolo malo', se le precisará a que lo exhiba²⁴.

Sánchez Viamonte²⁵ comenta que, dada la organización social de los romanos, la persona humana solía ser equiparada a una cosa, sometida a la voluntad de su propietario, de tal manera que la privación de la libertad que caracteriza la condición del esclavo constituía un hecho corriente, vulgar, siendo como eran los esclavos más numerosos que los hombres libres. De esta suerte, el interdicto *Homine Liberō Exhibendo*, tendía a acentuar la diferencia entre el ser humano libre y el esclavo o siervo, asegurando a aquél la posición que le correspondía por su jerarquía social. A eso se debió que este interdicto se diese tan solo a favor del hombre libre sobre quien se hubiera pretendido ejercer ilegítima potestad, y así se explica que fuese el cuerpo lo que debía ser exhibido y lo que se rescataba por medio de una acción posesoria.

Según el criterio de Pallares²⁶, el interdicto referido solo remotamente podría tener relación con la institución del *habeas corpus*, por las siguientes razones:

- a. No se concedía para proteger a la persona humana contra los actos de una autoridad, sino contra los atentados a la libertad procedentes de los particulares;
- b. Era una institución procesal de Derecho Privado, y no de Derecho Público ni menos de Derecho Constitucional;

24. Carlos Sánchez Viamonte: *El Habeas Hábeas*, cita de José Luis Lazzarini en su obra: *El Juicio de Amparo*. Prólogo de Segundo Linares Quintana. La Ley, S.A. Editora e Impresora. Buenos Aires, 1967. Pág. 65.

25. Cfr. La cita de Hernando Grisanti-Aveledo, en *El Amparo de la Libertad Personal (Habeas Corpus)* que se contiene en la obra *El Amparo Constitucional en Venezuela* publicada por el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, ya citada, pág. 182 el Tomo I.

26. Eduardo Pallares: *Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo*. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1970. Pág. 119.

- c. En aquellos tiempos no se reconocían los derechos del hombre ni las garantías legales para protegerlos.

Agrega el autor citado que, además, era condición del interdicto, el que a la persona libre se le retuviese de mala fe. De allí que no procedía en los casos en que ese requisito faltaba, tales como los siguientes:

- a. Cuando se retenía a una persona que estaba sometida al poder de quien efectuaba la retención;
- b. Cuando se retenía a un prisionero cuyo rescate se había pagado al enemigo;
- c. Si se retenía a una persona libre con su consentimiento, excepto cuando se le hubiere seducido o se hubiese "abusado de su delicadeza".

Comenta Pallares que tal interdicto procedía cualquiera fuera la condición de la persona libre: mayor o menor de edad, púber o impúber, hombre o mujer; y que la Ley entendía por exhibir: "hacer aparecer en público a una persona y permitir a los otros verla y tocarla, es decir, no tenerla en secreto". La exhibición debía ser inmediata y el Pretor no concedía ninguna demora en ella. Además, el interdicto podía ser pretendido por cualquiera: "Este interdicto compete a todos, porque todo el mundo debe ser admitido para favorecer la libertad".

Coincide Lazzarini en destacar la diferencia existente entre el interdicto romano y el amparo de la libertad individual (*habeas corpus*), al comentar que aquél era una institución jurídica de derecho privado: "Se trata de una acción posesoria que se ejerce sobre una cosa o bien, en virtud del *dominium* que el 'hombre libre' tiene sobre su cuerpo. Estamos frente a un derecho patrimonial, en que el cuerpo —equiparado a una cosa, por estar sometido a la voluntad del propietario— era recobrado por él mediante interdicto. El esclavo, en cambio, por carecer de dominio sobre su cuerpo, no podrá ejercer el interdicto. De ahí que éste se da solo para el hombre libre que hubiere sido privado de tal condición por quien pretendía ser su amo"²⁷.

27. Cfr. *El Juicio de Amparo*. La Ley, S.A. Editorial Impresora. Buenos Aires, 1967. Pag. 65.

2. El derecho ing

En el derec
un precedente de
de este documen
la presión de los
hombre libre pod
bienes, costumbr
según la ley del p

No obstant
"el *Habeas corpus*
corpus aprobada
documento que e

De acuerdo
Corpus en orden
(Writ) al carcelero
a este último ante

después de l
cualquier otr
reconocimier
adecuada a l
asegurarse q
Corte del Bar

También co
a que se hacían
mandato en cues

Los efectos
cuyo cargo estuv
que expidió tal p
días siguientes, a
de su presentac
reingreso a prisio

28. *Ob. Cit.* Pág. 6
29. Lazzarini: *Ob.*

2. El derecho inglés

En el derecho inglés, Lazzarini²⁸ cree encontrar en la Carta Magna un precedente del Habeas Corpus, y al respecto transcribe la sección 48 de este documento, concedido por el rey Juan Sin Tierra en el 1215, bajo la presión de los barones ingleses, cuyo texto es el siguiente: "Ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído en sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares según la ley del país".

No obstante que en la Petición de Derechos de 1628 se menciona "el *Habeas corpus* como una institución practicada"²⁹, es el *acta de habeas corpus* aprobada en 1679, bajo el reinado del Monarca Carlos II, el documento que consagra realmente la vigencia plena del mismo.

De acuerdo con la Sección 3° de la mencionada Acta de *Habeas Corpus* en orden al desarrollo del proceso, presentado el mandamiento (Writ) al carcelero, o persona a cargo del prisionero, aquél debía mostrar a este último ante el juez, debiendo explicar las causas de su detención,

después de lo cual, en el término de dos días, el Lord, Canciller o cualquier otro juez pondrá en libertad al prisionero reservándose su reconocimiento, y exigirán como seguridad, una suma tal que juzguen adecuada a la calidad del prisionero y a la naturaleza del delito, para asegurarse que el acusado comparecerá en la sesión próxima ante la Corte del Banco del Rey, o a las más próximas audiencias...

También contempla este famoso *Bill de Habeas Corpus* las sanciones a que se hacían acreedores los funcionarios que desobedecieren el mandato en cuestión.

Los efectos del *habeas corpus* consistían en obligar a la autoridad a cuyo cargo estuviere el detenido o prisionero, a exhibirlo ante el juez que expidió tal providencia judicial, y éste, a su vez, dentro de los dos días siguientes, a ponerlo en libertad, previa caución a cargo del detenido, de su presentación ante los jueces que habrían de juzgarlo, y de su reingreso a prisión en el supuesto de ser declarado culpable.

28. *Ob. Cit.* Pág. 66.

29. Lazzarini: *Ob. cit.* Pág. 69.

3. El derecho norteamericano

En lo que hace al derecho norteamericano, a principios de 1913 W. F. Bailey refería la opinión del *Chief Justice* Chase en el sentido de que “la Suprema Corte de los Estados Unidos ha revisado detalladamente la historia, el objeto y la naturaleza de este magno auto (*Writ*). Así, ha establecido: ‘el admirable auto de *habeas corpus* ha sido reputado por siglos como la mejor, única y suficiente defensa de la libertad personal. En Inglaterra, después de largas luchas, se afianzó firmemente a través de la famosa ley de *Habeas corpus* del 27 de mayo de 1679... y como dijo Blackstone: es considerado frecuentemente como otra carta magna’. La institución del *habeas corpus* fue traída a América por los colonos y reivindicada para ellos, de sus antepasados, entre inmemoriales derechos originarios. En consecuencia, de manera natural, cuando las colonias confederadas se convirtieron en los Estados Unidos y la formación del gobierno común ocupaba las deliberaciones de la convención, el admirable auto (de *habeas corpus*), encontró sobresaliente sanción en la Constitución, con las siguientes palabras: ‘El privilegio del auto de *habeas corpus* no podrá suspenderse, salvo en casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera’ ”³⁰.

Tal es el texto del Artículo I, sección 9, párrafo 2 de la Constitución, que ha tenido constante y respetada observancia en los Estados Unidos durante más de dos siglos y, aún antes de declararse la independencia, en la época colonial, como antes se ha señalado, el *habeas corpus* fue celosamente defendido.

Hoy en día, tal como lo expresa la doctrina norteamericana: “La importancia de tal disposición (se refiere al mencionado artículo I, sección 9, párrafo 2 constitucional) no ha sido exagerada en ningún aspecto. El auto de *habeas corpus* es el ‘gran recurso’ derivado del derecho consuetudinario. Proporciona un medio para hacer comparecer a cualquier persona detenida ante un juez civil y lograr su libertad, si no se muestran antecedentes legales adecuados para su confinamiento. Las personas arrestadas ilegalmente o detenidas como resultado de un juicio no

30. W. F. Bailey: *A Treatise on the law of HABEAS CORPUS AND SPECIAL REMEDIES*. T.H. Flood & Co. State Journal Printing Company. Printers and Stereotypers. Madison, Wis. 1912. Vol. 1. Pág. 2.

conforme al debido procedimiento del

4. El derecho español

En España, er por vía del juicio de del Justicia Mayor de se remonta al siglo para el pueblo ibero que el Justicia Mayo del tiempo hasta q pedestal sobre el qu En ellas, el Justicia entender en las cau que nadie ni aún el

Agrega este au el Justicia no podría con el rey, y en 14 cargo por el rey sin en 1592 dispusieron le elevaron el sueld

El Justicia May para entender en lo sino también de lo seculares y hasta en jurisdicción del Just y fuerza, así de los

Por otra part denominado Privile

31. Albert B. Saye, Joh Traducción del ir Prefacio de A.B.S S.R.L. Buenos Air
32. *Ob. cit.* Pág. 121.
33. Salvador Minguij
34. Zurita, citado por

conforme al debido proceso legal pueden lograr su libertad mediante el procedimiento del *habeas corpus*³¹.

4. El derecho español

En España, en lo que hace a los antecedentes del *habeas corpus*, por vía del juicio de amparo, se hace necesario mencionar la institución del Justicia Mayor de Aragón de larga evolución histórica, y cuya existencia se remonta al siglo XIII. Pallares³² la califica como "un timbre de gloria para el pueblo ibero que supo defender sus derechos al crearla", y expresa que el Justicia Mayor de Aragón fue creciendo en importancia a través del tiempo hasta que en 1348, las Cortes de Zaragoza "fabricaron el pedestal sobre el que se alzó poderosa y dominadora esta magistratura. En ellas, el Justicia fue reconocido como único juez competente para entender en las causas de todos los oficiales y jueces delincuentes, sin que nadie ni aún el mismo rey pudiese desvirtuar su sentencia..."

Agrega este autor que las Cortes de Alcañiz de 1435 mandaron que el Justicia no podría ser preso ni vejado sino por acuerdo de las Cortes con el rey, y en 1441 establecieron que no podía ser removido de su cargo por el rey sin anuencia de las Cortes. Luego las Cortes de Tarazona, en 1592 dispusieron que el Justicia sería inamovible a voluntad del rey y le elevaron el sueldo.

El Justicia Mayor de Aragón fue "un funcionario público establecido para entender en los casos de fuerza y agravio, y no solamente del rey, sino también de los ricos-hombres y demás tribunales eclesiásticos y seculares y hasta en lo relativo a la ejecución de breves pontificios"³³. La jurisdicción del Justicia era "como muro y defensa contra toda opresión y fuerza, así de los reyes como de los ricos-hombres"³⁴.

Por otra parte, el rey Pedro III de Aragón en 1348 expidió el denominado Privilegio General "en que se reconocían a los súbditos del

31. Albert B. Saye, John F. Allums y Merrit B. Pound: *Principios del Gobierno Americano*. Traducción del inglés y revisión a cargo del Departamento Editorial de EDISAR. Prefacio de A.B.S. y J.F.A. Octava edición, 1978. Editora Distribuidora Argentina S.R.L. Buenos Aires, 1981.

32. *Ob. cit.* Pág. 121.

33. Salvador Minguijón, citado por Pallares en su obra ya mencionada, pág. 122.

34. Zurita, citado por Pallares en su obra mencionada, pág. 122.

soberano determinados derechos subjetivos, que puedan compararse con las garantías individuales de las modernas constituciones políticas”³⁵.

La institución más relevante en relación con el *habeas corpus*, la constituye el denominado “Juicio de Manifestación”, cuyo origen se halla en el “Privilegio General”.

El fuero o juicio de manifestación instituido en 1428 en el Reino de Aragón se puede tomar como el antecedente más inmediato del *habeas corpus*. El juicio de manifestación, tenía el sentido y la forma de lo que en la actualidad es el *habeas corpus*, y consideramos por ello que es el origen de la institución ... ya que tenía por fin evitar la arbitrariedad de la autoridad, no solo contra los aragoneses, sino contra cualquier habitante del Reino, según Lazzarini³⁶.

Según López de Haro³⁷, el juicio de manifestación constituyó una de las libertades más preciadas del Reino como recurso contra la tiranía del poder.

Por Ley Orgánica 6/1984, de fecha 24 de mayo del propio año, se ha regulado en España el procedimiento de *habeas corpus*, y ello se ha calificado como una “absoluta novedad en el ordenamiento jurídico español”, no obstante existir los precedentes históricos sobre la institución ya referidos.

En España, hoy en día, el *habeas corpus*, tomando en cuenta su naturaleza jurídica, se manifiesta en un doble aspecto; por una parte se le consagra como un derecho fundamental, establecido en el artículo 17 de la Constitución de 1978, y por otra, constituye un procedimiento penal especial³⁸.

35. Pallares, *ob. cit.* Pág. 123.

36. Lazzarini, *ob. cit.*, pág. 66.

37. Carlos López de Haro: *La Constitución y Libertades de Aragón y el justicia mayor*. Cita de Lazzarini en su mencionada obra, págs. 67-68, tomada a su vez de Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*.

38. Véase Vicente Gimeno Sendra: *El proceso de Habeas Corpus*. 2ª. Edición, corregida, actualizada y ampliada por Javier Vecina Cifuentes. Editorial Tecnos, S.A. 1996. Madrid.

5. El derecho m

En México contexto genera características q

Según int mexicana proteg gran sector de las de esa tutela fun en los artículos controversia que garantías individ de mayor eficacia práctica” en el si

En síntesis instrumento de necesariamente, aquellos derecho

6. El derecho ve

En Venezu *habeas corpus* q más de una déc

En efecto, de Tribunales y

Cuando cua criminal cor el interesado respectiva suspender encuentra c

39. Véase su obr págs. 131 y s

5. El derecho mexicano

En México es menester considerar el *Habeas Corpus* dentro del contexto general de la institución del amparo, dadas las especialísimas características que presenta el mismo en ese país.

Según informa Fix-Zamudio³⁹, la jurisdicción constitucional mexicana protege no sólo la libertad de los ciudadanos sino también “un gran sector de las disposiciones constitucionales”. La parte más importante de esa tutela fundamental la constituye el proceso de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la Constitución, y “que se contrae a toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales... El amparo constituye la garantía jurisdiccional de mayor eficacia, y... sin recurrir en exageración, de única aplicación práctica” en el sistema constitucional mexicano.

En síntesis, en el derecho Mexicano el *Habeas Corpus*, como instrumento de la defensa de la libertad humana, está integrado, necesariamente, dentro del amparo que comprende, además, todos aquellos derechos subjetivos públicos establecidos en la Constitución.

6. El derecho venezolano

En Venezuela, en el pasado siglo, se instituyó una modalidad de *habeas corpus* que, lamentablemente, apenas se mantuvo durante poco más de una década.

En efecto, el 21 de febrero de 1850 se sancionó el Código Orgánico de Tribunales y Juzgados, cuyo artículo 10 rezaba:

Cuando cualquier funcionario público estuviere formando actuación criminal contra cualquier persona, o hubiere dictado decreto de prisión, el interesado y cualquiera a su nombre puede ocurrir a la Corte Superior respectiva por vía de amparo y protección, y ésta, mandando a suspender el procedimiento, pedirá la actuación y en vista, si lo encuentra de justicia, podrá levantar la providencia opresiva.

39. Véase su obra *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*, ya citada, págs. 131 y sigs.

desde el momento mismo en que fue promulgada la constitución de 1961, a diferencia del amparo en general.

En la ya citada ley orgánica de Amparo sobre Derechos y garantías constitucionales de 1988, se contempla el *habeas corpus*, como amparo de Libertad y Seguridad Personales, en forma casi idéntica a como lo estuvo en la disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1961. De allí que en Venezuela se admita pacíficamente que ambas instituciones se diferencian en su contenido y extensión "pues mientras el Amparo envuelve un concepto global de todos los derechos inmanentes de la persona, el *Habeas Corpus*... se concreta a la privación o restricción de la libertad..."⁴¹.

El amparo difiere del *Habeas Corpus* no solamente por su origen histórico, sino también por su régimen funcional y estructura procesal. El *Habeas Corpus* tiene fisonomía propia, precisa, tiende a proteger al individuo contra los actos arbitrarios que afectan su libertad personal, mientras que el Amparo, por su parte, tiene por finalidad asegurar el disfrute de los demás derechos constitucionales. El *Habeas Corpus* se limita a preservar la libertad corporal, averiguando y remediando las detenciones arbitrarias, mientras que el radio de protección del Amparo se extiende a todos los derechos de rango constitucional, determinando la naturaleza del acto que los lesione y adoptando las medidas de tuición responsables⁴².

Promulgada, la Constitución sancionada en 1999, su artículo 27 consagró ambas figuras jurídicas siguiendo los lineamientos ya consagrados anteriormente, y con relación al *habeas corpus*, determinó en su segundo y tercer apartes, lo siguiente:

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

41. Cfr. Víctor M. Alvarez: *El Recurso de Amparo y Habeas Corpus en la legislación venezolana*. Cita de Hernando Grisanti-Aveledo en su ya mencionada obra, pág. 182.

42. Grisanti-Aveledo, *ob. cit.* Pág. 182.

El amparo genérico está destinado a proteger los derechos enumerados en los artículos 47 y siguientes, con excepción de la libertad física, al que corresponde el *habeas corpus*. "El recurso de amparo protege la universalidad de los derechos individuales inscritos en la Constitución. Pero, por lo que respecta a la efectiva garantía de la libertad personal y física del hombre, existe una vía o procedimiento especial tradicionalmente conocido con el nombre de *habeas corpus*..." como lo ha señalado Ambrosio Oropeza⁴³.

Entonces, en Venezuela las modalidades de la institución del amparo en sus versiones de amparo general y amparo específico referido a la libertad individual, es decir *habeas corpus*, se manejan separadamente. La primera de ellas ha adquirido un extraordinario desarrollo, dada su amplitud, en tanto que la segunda, a cargo ordinariamente de los jueces penales, en virtud de su concreción se ha interpretado más restrictivamente.

IV. HABEAS DATA

Como bien lo ha afirmado Eduardo Cifuentes Muñoz⁴⁴, "la información es la moneda corriente del poder. Ella ha logrado en corto tiempo, desplazar otras fuentes de control de la conducta humana"; y agrega que el ser humano, al crear instrumentos o aprender a valerse de las fuerzas existentes, que amplían su poder y aumentan la complejidad de su sistema social, arriesga con terminar de rehén de su propia obra si no es consciente de que él puede sucumbir como sujeto cuando se ignora el valor trascendente de la persona humana, ello no obstante que "la capacidad de recoger, almacenar, transmitir y actualizar la información sobre ciertos asuntos, puede resultar de enorme utilidad social". En síntesis, estamos ante el dominio de la informática, que hoy en día es capaz de abarcar todas las actividades humanas hasta, como lo ha escrito el propio Cifuentes "los reductos de la cotidianidad de las personas y de las familias".

43. Ambrosio Oropeza: *La nueva Constitución venezolana de 1961*. Explicación del autor. Presentación a la primera edición por Raúl Leoni. Presentación a la segunda edición por Luis José Oropeza. Tercera edición. Caracas, 1981. Págs. 245 y 247.

44. Véase el Prólogo a la obra de Oscar Puccinelli *El Habeas Data en Indoiberoamérica*. Editorial Temis S. A. Bogotá, 1999. Pág. 18.

De manera

las organizaci
nacionales y l
que gozan de
visual se agud
observador y
en zonas de
muestra un de
de contrapeso
dudar sobre la

Es un hecho
desde los albores
bien precioso, sin
transcurso del tiem
pero también ma
desarrollo, hemos
necesario aparec
es el caso del llan
Frosini, "con el ac
hizo posible el co
caracteres nuevos
y jurídicos"⁴⁷.

Hoy en día,
individuos el dere
interesar. Pero el
tener efectos pe
atinadamente obs
diversa índole a l
que han sido difu
protección de los

Europeo y el Co

45. *Ibidem*.

46. *Ob. cit.* Pág. 1.

47. Citado en la ob
número 3).

48. *Ob. cit.* Pág. 8.

De manera tajante se ha expresado que

las organizaciones que manejan la información, traspasan los mercados nacionales y las jurisdicciones de los Estados.....; en tanto que para los que gozan de posiciones de dominio, el paisaje se aclara y el poder visual se agudiza, para los sujetos observados, se dificulta el captar al observador y seguir de cerca sus operaciones, puesto que éste se aloja en zonas de opacidad... La ecuación de poder entre unos y otros muestra un desbalance nítido, que invita a la reflexión y a la introducción de contrapesos de carácter correctivo. En este punto, nadie podrá dudar sobre la necesidad de que el Derecho entre en escena⁴⁵.

Es un hecho indiscutido el de que, como lo afirma Puccinelli⁴⁶, desde los albores de la humanidad la información constituyó no solo un bien precioso, sino también el principal factor de civilización. Con el transcurso del tiempo, la información se ha hecho cada día mas abundante pero también mayormente compleja y en ese proceso de incesante desarrollo, hemos llegado, gracias a la "tecnología de la información", al necesario apareamiento de nuevas formas de derechos humanos como es el caso del llamado "derecho a la información". Pero, como señala Frosini, "con el advenimiento de la tecnología de la información, que la hizo posible el *computador*, la información pasó a ser informática, tomó caracteres nuevos y ha planteado nuevos problemas sociales, económicos y jurídicos"⁴⁷.

Hoy en día, más que nunca, es indispensable asegurar a todos los individuos el derecho a estar informados de todo aquello que les pueda interesar. Pero el ejercicio del derecho de difundir informaciones, puede tener efectos perjudiciales sobre otros derechos humanos. Como atinadamente observa Puccinelli⁴⁸, es factible causar perjuicios de la más diversa índole a las personas que vienen asociadas a las informaciones que han sido difundidas. De allí que, por ejemplo, la *Directiva para la protección de los datos personales* aprobada en 1995 por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea recuerda en su Preámbulo

45. *Ibidem*.

46. *Ob. cit.* Pág. 1.

47. Citado en la obra de Puccinelli ya mencionada, pág. 2 (llamada a pie de página número 3).

48. *Ob. cit.* Pág. 8.

que los sistemas de tratamiento de datos deben estar al servicio del hombre y de las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, de la intimidad, y contribuir al progreso económico y social, el desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos, y destaca igualmente que se hace necesaria la protección de los derechos fundamentales de las personas⁴⁹.

En este orden de propósitos, al lado de adoptarse medidas adecuadas a evitar efectos dañinos derivados de la difusión de informaciones inexactas o agraviantes, vertidas por los medios de comunicación tradicionales, han sido creados nuevos derechos, tales como el denominado *derecho de réplica*. Así, el derecho a la información termina por quedar integrado por tres elementos: la facultad de *recolectar* información, de *difundir* esa información y de *controlar* esa misma información.

Ahora bien, a los daños que eventualmente pueden causar la recolección y difusión de la información se suman los potenciales perjuicios que pueden derivarse del almacenamiento y transmisión de datos personales, especialmente por medio de la tecnología informática. En este sentido, destaca Puccinelli que mediante el tratamiento de la información, especialmente la utilización de ficheros o registros de datos personales, manuales o mecánicos, se han obtenido resultados valiosos pero también resultados perversos que permitieron a determinados regímenes totalitarios "las más atroces violaciones de los derechos humanos"⁵⁰. Hoy en día el peligro subsiste, llevado de la mano por el computador que, como lo señala Frosini⁵¹, es un cerebro artificial en el cual es posible controlar, cotejar y entrecruzar entre sí los datos recogidos, agregándolos coherentemente.

En el proceso de desarrollo de nuevos derechos a favor del ser humano, y en relación con las ideas antes expresadas, ha aparecido uno nuevo, que algunos denominan "derecho a la protección de datos". A éste se le entiende como la facultad conferida a las personas para actuar por sí mismas y para exigir la actuación del Estado a fin de tutelar los

49. Información suministrada por Puccinelli en su *ob. cit.*, pág. 8.

50. *Ob. cit.*, pág. 11.

51. Citado por Puccinelli en su mencionada obra, pág. 14.

derechos que pudieran ser transmitidos a terceros de

Este nuevo derecho Puccinelli⁵² cree ver un precedente en la Ley de Weimar de 1919, y además de la ya señalada "derecho a la información", "derecho a la privacidad", "derecho a la informática", y "habeas

El habeas data es un derecho que busca principalmente la protección de los derechos de *dignidad, libertad* y *privacidad*, que ha sido consagrado bien en el artículo 1º de la Constitución federal propia.

Ortiz-Ortiz destaca que el derecho a la información automática, en el cual cada individuo tiene el control sobre su persona consiente a la difusión de su información, lo que implica un control diverso; y por lo tanto, la defensa de derechos como la reputación, la libertad

En cuanto al origen del término, ha sido tomada del habeas data, o sea, "toma los datos". Esto por lo que se refiere a la segunda palabra, algunos la consideran como derivada de la misma raíz que *dar* o *ofrecer*, de origen inglés, así, la *Federal Data Protection*

52. Véase su *ob. cit.*, pág. 8.

53. Rafael Ortiz-Ortiz: *Habeas Data y los Derechos de la Libertad*, Frónesis, S. A. Caracas, 1978.

54. Cfr. Ortiz-Ortiz, *ob. cit.*

derechos que pudieran verse afectados en virtud del acceso, registro o transmisión a terceros de los datos nominativos a ellas referidos.

Este nuevo derecho es de reciente consagración, aún cuando Puccinelli⁵² cree ver un precedente del mismo en la Constitución alemana de Weimar de 1919, y al mismo se le han dado diversas denominaciones, además de la ya señalada, a saber: "protección de datos", "control de información", "derecho a la autodeterminación informativa", "libertad informática", y "habeas data".

El habeas data es un derecho de carácter instrumental y autónomo que busca principalmente defender diversos valores humanos, entre ellos los de *dignidad, libertad, igualdad, honor, privacidad*. Su ejercicio ha sido consagrado bien como una acción o proceso o bien como un derecho constitucional propio.

Ortiz-Ortiz destaca que, por una parte se trata de un derecho surgido de la información automatizada, es decir, la informática, por medio del cual cada individuo tiene "derecho" de controlar las informaciones que sobre su persona constan en bancos de datos, o en redes mundiales de información, lo que implica el ejercicio por parte del individuo, de un control diverso; y por otro lado se trata de un mecanismo procesal para la defensa de derechos fundamentales tales como la intimidad, el honor, la reputación, la libertad, la propiedad⁵³.

En cuanto al origen y significado de la expresión *habeas data*, ha sido tomada del habeas corpus; y significaría literalmente: "tenga el dato", o sea, "toma los datos que están en tu poder y entrégalos al interesado". Esto por lo que se refiere a la primera palabra de la expresión. En lo que hace a la segunda palabra de la expresión, la doctrina discute pues mientras algunos la consideran extraída del latín (acusativo neutro plural de *datum*, de la misma raíz que el verbo latino *do, das, dedi, datum, dare*, es decir, *dar* u *ofrecer*), la mayoría opta por adjudicar a la voz *data* un origen inglés, así, la *Data protection Act* inglesa, la *Data Lag* sueca, la *Federal Data Protection Act* austríaca y otras⁵⁴.

52. Véase su *ob. cit.*, pág. 66.

53. Rafael Ortiz-Ortiz: *Habeas Data. Derecho Fundamental y Garantía de Protección de los Derechos de la Personalidad*. Prólogo de Néstor Pedro Sagués. Editorial Frónesis, S. A. Caracas, 2001. Pág. 102.

54. Cfr. Ortiz-Ortiz, *ob. cit.* Pág. 103.

En nuestro país, la consagración legal expresa del habeas data es muy reciente, a través de la Constitución sancionada en 1999. Sin embargo, con antelación, en el sentir de Ayala Corao, se le llegó a reconocer como una extensión del derecho a la intimidad,

como un derecho constitucional implícito, que emana de la dignidad humana y de la intimidad y el libre desenvolvimiento de la personalidad y es extraíble de la cláusula de *numeros apertus* del artículo 50; y desde el punto de vista sustantivo obtuvo protección por diversas vías, incluida la acción de amparo, ya que el artículo 1º de la Ley de orgánica Amparo lo otorga aun respecto de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuran en la Constitución⁵⁵.

El artículo 28 de la Constitución de 1999 establece:

Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

De la lectura de este dispositivo constitucional se desprende que estamos en presencia del habeas data denominado *propio* al señalarse que *Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad...* es decir, el derecho a informarse de los datos que sobre una persona o sus bienes se encuentran guardados en determinados archivos; y también de la modalidad del habeas data calificado como *impropio* que consiste en el derecho que

55. Cfr. Puccinelli, *ob. cit.* Pág. 205.

asiste a cualquier p
sea de interés par
complementa en r
143 ejusdem, que
ser informados op
sobre el estado de
y a conocer las res
Así mismo, tienen
perjuicio de los lin
en materias relativa
y a la intimidad de
la materia de clasi
secreto. No se per
funcionarias publica

Lo anterior
reconocimiento de
de aquello que por

La disposició
señala el procedim
cual se ha entend
Supremo de Justicia
mediante la acción
la normativa corres
respecto, debe limit
en particular y de
simple legislador al
en este tema de im

Al efecto, l
inactiva, al inclu
regulación de la
se trata de la
(De las Dujos
Público)

Abogado
mismo, conp

asiste a cualquier persona de acceder a la información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Este último se complementa en nuestra país con la norma que se contiene en el artículo 143 ejusdem, que reza: "Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que sten directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Así mismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias publicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad".

Lo anteriormente expresado en la carta fundamental implica el reconocimiento de la natural facultad que asiste a todos a estar informados de aquello que por una u otra razón nos pueda afectar o interesar.

La disposición constitucional que se contempla en el artículo 28 no señala el procedimiento a cumplir para ejercer el *habeas data*, ante lo cual se ha entendido, y así lo ha admitido expresamente el Tribunal Supremo de Justicia en fallos de su Sala Constitucional, que puede ejercerse mediante la acción de amparo, hasta tanto el legislador ordinario sancione la normativa correspondiente. Esta normativa, en ningún caso y por ningún respecto, debe limitar las facultades consagradas en favor de los individuos en particular y de la sociedad en general, pues no podría pretender el simple legislador alterar el espíritu que inspiró la voluntad del constituyente en este tema de importancia capital y el sano propósito que la motiva.

Validez de la promoción de una prueba de testigo experto y de informes de un funcionario público

Beatrice Sansó de Ramírez*

El presente trabajo tiene por finalidad escudriñar acerca de la posibilidad para un funcionario público de intervenir en un proceso, sea de índole jurisdiccional o arbitral, o en un procedimiento administrativo, no como sustanciador, sino como sujeto activo en la evacuación de una prueba, como por ejemplo, en la conocida como de "testigo experto", o a través de la suscripción de los denominados informes.

En tal sentido, hemos analizado el ordenamiento jurídico, para determinar si existe alguna incompatibilidad para tal actuación de índole probatoria en general.

Al efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela innova al incluir dentro de su texto, toda una Sección destinada a la regulación de la Función Pública.

Se trata de la Sección Tercera ("De la Función Pública"), del Capítulo I ("De las Disposiciones Fundamentales"), del Título IV ("Del Poder Público").

* Abogado summa cum laude por la UCAB. Caracas. Profesora de pregrado en la misma universidad.

Las normas contenidas en la indicada Sección, regulan los siguientes aspectos:

- a) Previsión de regulación legal del estatuto de la función pública (art. 144);
- b) Exigencia de imparcialidad del funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 145);
- c) Clasificación de los cargos de los funcionarios públicos (art.146);
- d) Incompatibilidades en el ejercicio de la función pública (art. 148);
- e) Prohibición de cargos y honores de gobiernos extranjeros (art. 149).

De las normas indicadas, debemos considerar ante todo la referida a las incompatibilidades en el ejercicio del cargo, que es la contenida en el artículo 148, cuyo texto es del tenor siguiente:

Artículo 148: Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. La aceptación de u segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley. (Cursivas nuestras).

La intención de la norma transcrita es que ningún funcionario público ejerza más de un cargo público a la vez, a menos que sea de los que ésta en forma expresa considera exceptuados, siempre que los mismos sean de los determinados en la ley.

Cuando la norma se refiere a "destino público", está haciendo alusión a cargo, y ello se desprende de la frase siguiente de la misma, que exceptúa de la prohibición inmediatamente a una serie específica de tales.

Ahora bien, por el término cargo debe entenderse, tal como lo señala el Diccionario de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense, por Joaquín Escriche, España-1840, "...empleo u oficio que dá a alguno la facultad de ejercer alguna función pública, y de percibir ciertos derechos".

Es decir, que un cargo implica el ejercicio de la función pública, y como tal, la realización de una actividad continua y remunerada. Por otra

parte, tiene un significado se hace referencia a cargo órgano de la Administración Públicas.

Todo ello aunado a la de admisión o ingreso a la órgano de los Poderes P concurso o la celebración

Entonces, la interve experto en un proceso jue administrativo, no puede distinto a aquel que ejerce no responde a ninguna c Así, no se trata de una a nombramiento o celebra prestada ante un órgano tiene carácter permanente de subordinación alguna c

Su no inclusión den se refiere justamente a la c es evidente que no estam destino público remunera público su actuación com

Ahora bien, no se tra no sea de los considerado que además, que no se en

Al efecto, sólo e prohibiciones para los fun 149: Los funcionarios púb cargos, honores o recd autorización de la Asamb

No obstante lo espe definitivo de lo precedente de nuestro análisis, lo inc 1999, que establece:

parte, tiene un significado estrictamente orgánico, es decir, que cuando se hace referencia a cargo, tiene tal oficio que ser prestado ante un órgano de la Administración Pública, o por lo menos, de los Poderes Públicos.

Todo ello aunado a la necesidad de que exista un acto administrativo de admisión o ingreso a la Administración Pública o incluso a cualquier órgano de los Poderes Públicos, que puede ser el nombramiento, el concurso o la celebración de un contrato.

Entonces, la intervención de un funcionario público como testigo experto en un proceso judicial o arbitral, así como, en un procedimiento administrativo, no puede considerarse como el ejercicio de un cargo, distinto a aquel que ejerce dentro del órgano público en particular, pues, no responde a ninguna de las características de tal, antes enunciadas. Así, no se trata de una actividad para la cual tenga que producirse un nombramiento o celebrarse un contrato. Dicha actividad no vá a ser prestada ante un órgano de la Administración Pública. Y la misma, no tiene carácter permanente, remunerada, ni mucho menos existe relación de subordinación alguna con jerarca ninguno de la Administración Pública.

Su no inclusión dentro de las excepciones previstas en la norma, se refiere justamente a la clara improcedencia de las mismas, por cuanto, es evidente que no estamos ante ninguna forma de cargo, ni ejercicio de destino público remunerado alguno, cuando se solicita de un funcionario público su actuación como sujeto activo en una prueba.

Ahora bien, no se trata sólo que el ejercicio de tal función probatoria no sea de los considerados como incompatibles por la Constitución, sino que además, que no se encuentre expresamente prohibido por la misma.

Al efecto, sólo el artículo 149 Constitucional, se refiere a prohibiciones para los funcionarios públicos, y el mismo reza así: *"Artículo 149: Los funcionarios públicos y funcionarias públicas no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional"*. (Cursivas nuestras).

No obstante lo específico de lo previsto en la norma transcrita y lo definitivo de lo precedentemente señalado, es necesario considerar dentro de nuestro análisis, lo indicado en el artículo 145 de la Constitución de 1999, que establece:

Artículo 145: Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento y remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política. Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpósita persona, ni en representación de oro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley. (Cursivas nuestras).

El supuesto en estudio tampoco encuentra aplicación en la norma antes copiada, por cuanto, la realización de la actividad probatoria señalada, no significa la celebración de contrato alguno con ninguna entidad pública, y mucho menos, el ingreso a cargo alguno, por ninguna razón, pero sobre todo, por motivo de afiliación política de ninguna índole.

A su vez, la Ley Orgánica de la Administración Pública establece en su artículo 5:

Artículo 5: La Administración Pública está al servicio de los particulares y en su actuación dará preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades.

La Administración pública debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella. Además tendrá entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

Por su parte, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, estipula en su artículo 35, lo siguiente:

Artículo 35: La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe estar dirigida a servir eficientemente a los particulares, mediante la plena satisfacción de las necesidades colectivas. En tal sentido, el funcionario público es, ante todo, un servidor público.

Si más bien unimos la primera parte de la norma transcrita, que se refiere al hecho de que los funcionarios están al servicio del Estado, con lo señalado en las normas antes transcritas y con lo previsto en el artículo

253 Constitucional, que emana de los ciudadanos está constituido por... de justicia conforme a los funcionarios públicos de su obligación de justicia, en su condición

Ahora bien, el pre al referirse a la regulac

Así, el artículo 14

Artículo 144: La ley mediante normas se de los funcionarios proveerá su incorporación. La ley determinará funcionarios públicos. (Cursivas nuestras).

Es decir, que toda vida misma de funcio debe estar regido por

Tal ley se denom publicada en la Gaceta Número 37.522, de fecha según dispone su artículo funcionarios y funcio nacionales, estatales y

La indicada ley Derechos de los Funci lo inherente a los Deb del mismo Título) y Incompatibilidades en

En cuanto a las ley, establece:

253 Constitucional, que establece que “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas...” y que “El sistema de justicia está constituido por... los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley...”, podemos deducir que la intervención de los funcionarios públicos como testigos expertos, es una manifestación de su obligación de estar al servicio del Estado, y un medio de impartir justicia, en su condición de ciudadanos.

Ahora bien, el propio Texto Constitucional remite a la ley especial, al referirse a la regulación del estatuto de los funcionarios públicos.

Así, el artículo 144 establece:

Artículo 144: La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la administración pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos.
(Cursivas nuestras).

Es decir, que todo lo relativo al régimen estatutario, ésto es, a la vida misma de funcionario público, dentro de la Administración Pública, debe estar regido por una ley especial.

Tal ley se denomina Ley del Estatuto de la Función Pública, y fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Número 37.522, de fecha 6 de setiembre de 2003, y regula, efectivamente, según dispone su artículo 1, “...las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales...”. (Cursivas nuestras).

La indicada ley contiene dentro de su articulado, lo relativo a los Derechos de los Funcionarios Públicos (Capítulos II y III del Título III), lo inherente a los Deberes y Prohibiciones de los mismos (Capítulo IV; del mismo Título) y en especial, también lo que se refiere a las Incompatibilidades en el ejercicio de sus funciones (Capítulo V “eiusdem”).

En cuanto a las incompatibilidades, el artículo 35 de la indicada ley, establece:

Artículo 35: Los funcionarios o funcionarias públicos no podrán desempeñar, más de un cargo público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley.

La aceptación de un segundo destino, que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal. (Cursivas nuestras).

La norma transcrita es análoga a la contenida en el artículo 148 Constitucional, salvo por lo que respecta a la redacción de su primera frase, que, directamente se refiere a cargo y no a destino público remunerado. Tal diferencia de forma, más bien ratifica lo expuesto con precedencia, con respecto al hecho de que un destino público no es más que un cargo, y como tal debía considerársele. Y que en consecuencia, no puede catalogarse como tales una simple actuación como sujeto activo de una prueba, de un funcionario público, en un proceso de índole arbitral, jurisdiccional o en un procedimiento administrativo.

Ahora bien, la ley con respecto al Texto Constitucional, agrega una norma relativa a las incompatibilidades, a saber: "*Artículo 36: El ejercicio de los cargos académicos, accidentales, asistenciales y docentes, declarados por la ley compatibles con el ejercicio de un destino público remunerado, se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste*". (Cursivas nuestras).

La norma transcrita no hace sino ratificar el sentido del artículo 145 Constitucional, en cuanto al destino de los funcionarios públicos de estar al servicio del Estado. Es evidente pues, que si un funcionario público ejerce una actividad paralela a la de su cargo, la misma no puede ir en contra de sus funciones. Ese fue el espíritu del Constituyente al prever las excepciones, y su inclusión expresa reitera que también lo fue del legislador.

La ley en análisis dedica por su parte, todo un capítulo (el II del Título IV) a la regulación de los cargos, y los define en igual sentido, que el que le diéramos en nuestro análisis del punto en el Texto Constitucional. Es decir, como "*...las atribuciones, actividades, funciones, responsabilidades y obligaciones específicas que puedan ser cumplidas por una persona en una jornada ordinaria de trabajo*". (Cursivas nuestras).

Y parte también define como "*...el instrum del sistema de clasific administración pública*

Además, reitera lo en su artículo 3, que reza "*será toda persona natu la autoridad competen pública remunerada, e nuestros*).

También es análogo las prohibiciones, y r Fundamental prevé en s y 149 (Prohibición de c "*Artículo 34: Sin perjuic prohíbe a los funcionari*

Celebrar contrato sentación de otro, con personas jurídicas de c salvo las excepciones c

Realizar propaga los acrediten como mier de sus funciones.

Intervenir directa personas naturales o jur cualquier contrato con personas jurídicas de "*Aceptar cargos, honor preceda la correspona* (Cursivas nuestras).

La ley considera que la Constitución d previstos en ambos cas presente, no estamos existir ninguna imposib

Y parte también del carácter orgánico de todo cargo, cuando lo define como "...el instrumento básico y obligatorio para la administración del sistema de clasificación de cargos de los órganos y entes de la administración pública". (Cursivas nuestras).

Además, reitera lo expuesto, cuando define al funcionario público en su artículo 3, que reza: "*Artículo 3: Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente*". (Cursivas y destacado nuestros).

También es análoga a la Constitución la regulación con respecto a las prohibiciones, y repite en su artículo 34, lo que dicho Texto Fundamental prevé en su artículo 145 (Imparcialidad de los funcionarios) y 149 (Prohibición de cargos y honores de gobiernos extranjeros), así: "*Artículo 34: Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes y los reglamentos, se prohíbe a los funcionarios o funcionarias públicos:*

Celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro, con la república, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, salvo las excepciones que establezcan las leyes.

Realizar propaganda, coacción pública u ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político todo ello en el ejercicio de sus funciones.

Intervenir directa o indirectamente en las gestiones que realicen personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que pretendan celebrar cualquier contrato con la república, los estados, los municipios o demás personas jurídicas de derecho público o derecho privado estatales. "*Aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin que preceda la correspondiente autorización de la Asamblea Nacional*". (Cursivas nuestras).

La ley considera análoga la incompatibilidad y la prohibición, cosa que la Constitución distingue. No obstante, los supuestos de hecho previstos en ambos casos, son los mismos en los dos textos. Y en el caso presente, no estamos ante ninguno de ellos, por lo que no pareciera existir ninguna imposibilidad para los funcionarios públicos de actuar en

carácter de testigos expertos, o de suscribir informes, y menos aún, en beneficio del Estado.

No obstante lo anterior, y ya con respecto al área probatoria en particular, es necesario revisar los dispositivos del Código de Procedimiento Civil, para determinar si con respecto a las pruebas en general o a la prueba de testigo experto, en especial, existe alguna incompatibilidad o prohibición para los funcionarios públicos. Y si la hay por lo que se refiere a la de informes, que son las dos a las que decidimos hacer referencia en forma especial en este estudio.

La prueba de testigos expertos no se encuentra expresamente regulada por el Código de Procedimiento Civil. No obstante, el principio de la prueba libre consagrado en el artículo 395 y la legalidad de la misma, permite considerarla como válida y aceptar como sus elementos regulatorios, aquellos previstos en los artículos 451 al 471 (inherentes a la experticia), y en los artículos 477 a 501 (relativos a la prueba de testigos).

En cuanto a la experticia, no prevé la ley procesal prohibición o incompatibilidad alguna con respecto al caso en análisis, es decir, a que sea evacuada directamente en un proceso (jurisdiccional o arbitral) o en un procedimiento administrativo, sólo exige que la misma se efectúe sobre puntos de hecho, cuando así lo determine el tribunal de la causa, y que se indiquen en tales supuestos con claridad y precisión, por escrito, dichos puntos (artículo 451).

Ahora bien, con respecto a la prueba de testigos, el Código de Procedimiento Civil sí establece en forma expresa prohibiciones. Así, los artículos 477 y 478, disponen, respectivamente:

Artículo 477: No podrán ser testigos en juicio: el menos de doce años, quienes se hallen en interdicción por causa de demencia, y quienes bagan profesión de testificar en juicio". (Cursivas nuestras).

Artículo 478: No puede tampoco testificar el magistrado en la causa en que esté conociendo; el abogado o apoderado por la parte a quien represente; el vendedor en causas de evicción, sobre la cosa vendida; los socios en asuntos que pertenezcan a la compañía. El heredero presunto, el donatario, el que tenga interés, aunque indirecto en las resultas de un pleito, y el amigo íntimo, no pueden testificar a favor de aquellos con quienes les comprenda estas relaciones. El enemigo no puede testificar contra su enemigo. (Cursivas y destacado nuestros).

Tales prohibiciones en forma expresa al caso les aplicarían de encontrarse de ellas. Ahora bien, el ninguno de los supuesto que se refiere a "el que te de un pleito", pudiera funcionario fuera promov parte o de alguno relació embargo, incluso en tal sería absolutamente válido no es propio y que su interés general que le ha

De tal manera que c ni en la ley estatuaría, n funcionario público actu conocidas como de "test

Por otra parte, c encontramos con que n sino una sola norma al r

Artículo 433: Cuando libros, archivos u otr bancos, asociaciones instituciones similares tribunal, a solicitud de litigiosos que aparezca Las entidades mencio requeridas invocand indemnización, cuyo de inconformidad de la cual será sufragada

No se desprende e prueba de informes y n relativo al interés que pr prueba de informes ger funcionario sobre docum

Tales prohibiciones tiene carácter general, es decir, no ván dirigidas en forma expresa al caso de los funcionarios públicos. No obstante, se les aplicarían de encontrarse los mismos dentro del supuesto de alguna de ellas. Ahora bien, el caso presente, no pareciera tener aplicación a ninguno de los supuestos de las normas transcritas. No obstante, aquel que se refiere a "el que tenga interés, aunque sea indirecto en las resultas de un pleito", pudiera considerarse como aplicable, si la prueba del funcionario fuera promovida para la defensa del organismo del cual forma parte o de alguno relacionado con el mismo o que dependa de él, sin embargo, incluso en tal caso, podría alegarse, y ello en nuestra opinión sería absolutamente válido, que el interés del funcionario en el mismo no es propio y que su actuación sólo refleja su condición de tutor del interés general que le ha sido confiado.

De tal manera que consideramos que nos existe ni en la Constitución ni en la ley estatutaria, ni en procesal, prohibición alguna para que un funcionario público actúe como sujeto activo de una prueba de las conocidas como de "testigo experto".

Por otra parte, con respecto a la prueba de informes, nos encontramos con que no existe en el Código de Procedimiento Civil, sino una sola norma al respecto, que reza:

Artículo 433: Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el tribunal, a solicitud de parte requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos documentos, o copias de los mismos. Las entidades mencionadas no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización, cuyo momento será determinado por el juez en caso de inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será sufragada por la parte solicitante. (Cursivas nuestras).

No se desprende entonces incompatibilidad o prohibición para la prueba de informes y ni siquiera cabe aquí el análisis efectuado en lo relativo al interés que prevé la norma inherente a los testigos. Además, la prueba de informes generalmente tiene por objeto la declaración del funcionario sobre documentos y aspectos contenidos en los expedientes

administrativos, que de no ser declarados confidenciales, tiene carácter público (artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Ahora bien, si se quisiera parangonar la prueba de informes con la de testigo-expertos, lo cual no sería posible pues la letra del artículo 433 es muy clara y sus supuestos muy concretos, tendrían que exponerse los mismos alegatos antes señalados.

Por otra parte, existen una serie de disposiciones constitucionales (artículo 143) o legales (ordinal 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y artículos 37 y siguientes de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos), que se refieren a la obligación de la Administración de informar a los ciudadanos acerca de los documentos, archivos y trámites que cursen en su sede. Tales normas no se refieren a los informes como tal, pues la prueba en análisis es mucho más específica, no obstante, dichas previsiones sí pueden fundamentar nuestra tesis de la procedencia de la evacuación de ésta, la de testigo experto o la de cualquier otra prueba por parte de un funcionario público.

En cuanto a normativa expresa en materia probatoria, no existe para el caso de los funcionarios públicos normas que vayan más allá de lo antes señalado, toda vez que la regulación vá más bien dirigida hacia los derechos de los particulares de probar sus alegatos y la forma en que pueden hacerlo, no así, a la actuación de la Administración como sujeto activo de la prueba. (Al efecto primera parte de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos).

CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto se desprende:

- 1.- Que las normas que deben tomarse en cuenta para realizar el análisis del punto que nos ocupara, es decir, al relativo a la validez de la actuación como sujeto activo de un funcionario público en la evacuación de una prueba en un proceso jurisdiccional o arbitral, o en un procedimiento administrativo, son las siguientes: la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley del Estatuto de la Función Pública, el Código de Procedimiento Civil, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos;

- 2.- Que la Constitución regula la regulación de los f
- 3.- Que dicha Sección son aquellos que destino público re
- 4.- Que el concepto d decir, depende prin el que haya efectu prestación de servi
- 5.- Que es a los funci contenidas en la Se
- 6.- Que en la Sección Incompatibilidades Imparcialidad por
- 7.- Que el supuesto funcionario público proceso, no se en por cuanto las mis públicos (y según público); ni en las sólo al supuesto de extranjeros; ni a la i la intervención vía un procedimiento política, ni implica
- 8.- Que la actividad necesidad de actua actuando en su ca carácter de ciudad
- 9.- Que el régimen esta por ley especial se
- 10.- Que esa ley espec
- 11.- Que dicha ley de desde el punto de

- 2.- Que la Constitución de 1999 contiene toda una Sección dirigida a la regulación de los funcionarios públicos;
- 3.- Que dicha Sección se aplica a los funcionarios públicos, los cuales son aquellos que ejercen un cargo público o lo que es igual, un destino público remunerado;
- 4.- Que el concepto de funcionario público tiene carácter orgánico, es decir, depende principalmente de que se trate de un órgano público el que haya efectuado el nombramiento o celebrado el contrato de prestación de servicios;
- 5.- Que es a los funcionarios públicos a los que se aplican las normas contenidas en la Sección indicada;
- 6.- Que en la Sección están contenidas normas inherentes a las Incompatibilidades, a las Prohibiciones y al requerimiento de Imparcialidad por parte de los mismos;
- 7.- Que el supuesto en análisis inherente a la posibilidad para un funcionario público de participar en el ámbito probatorio de un proceso, no se encuentra contenido ni en las incompatibilidades, por cuanto las mismas se refieren a la aceptación de otros cargos públicos (y según vimos, una actividad probatoria no es un cargo público); ni en las prohibiciones, por cuanto, éstas van referidas sólo al supuesto de la aceptación de cargos u honores de gobiernos extranjeros; ni a la incursión en actuaciones no imparciales, por cuanto, la intervención vía probatoria en un proceso judicial o arbitral, o en un procedimiento administrativo, no tiene relación alguna con la política, ni implica la celebración de contrato o representación alguna;
- 8.- Que la actividad probatoria indicada, más bien se apoya en la necesidad de actuación al servicio del Estado del funcionario público, actuando en su carácter de tal, y de "impartidor" de justicia, en su carácter de ciudadano;
- 9.- Que el régimen estatutario del funcionario público debe estar regulado por ley especial según dispone el Texto Constitucional;
- 10.- Que esa ley especial es la Ley del Estatuto de la Función Pública;
- 11.- Que dicha ley define al funcionario público y al cargo, también desde el punto de vista orgánico;

BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ

- 12.- Que de igual forma la ley prevé incompatibilidades, prohibiciones y requerimiento de no imparcialidad, pero todo a través de una sola norma;
- 13.- Que los supuestos previstos en la ley son análogos a los consagrados en el Texto Constitucional, por lo que no le son aplicables al caso en análisis;
- 14.- Que las pruebas como tales son reguladas por el Código de Procedimiento Civil;
- 15.- Que la prueba de testigo experto, a pesar de no existir como tal, es válida en virtud del el principio de la prueba libre;
- 16.- Que se aplican a los testigos expertos las disposiciones de la experticia y de los testigos;
- 17.- Que las normas sobre experticia no prevén incompatibilidad o prohibición alguna, sólo establece la necesidad de exponer por escrito y de manera clara los puntos de hecho;
- 18.- Que las normas sobre testigos sí prevén prohibiciones;
- 19.- Que no se encuentra tipificado el caso analizado en ninguna de las prohibiciones, pero es necesario ser muy contundentes con respecto a la improcedencia de una sola de ellas, que es la relativa al eventual interés del testigo, aún de forma indirecta, con las resultas del juicio;
- 20.- Que con respecto a la prueba de informes, no existe disposición prohibitiva alguna y que la única norma aplicable es la prevista en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil;
- 21.- Que los informes no son una experticia, ni un testimonio, sino expresamente lo que señala la norma (el artículo 433 indicado), que los destina a la alusión por parte de un funcionario de los documentos o informaciones que se encuentren en su sede;

Introducción medidas cautelares

Sumario

INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I. COMPARADO. 1. Antecedente comparado. 3.1. Sistema procesal contencioso. 3.2. Sistema procesal civil. 3.2.1. Alemania. 3.2.6. Argentina. 3.2.7. MEDIDAS CAUTELARES. Antecedente legislativo. Definición. 5. Características. 5.3. Instrumentos.

1 Universidad del Zulia
Derecho Procesal
Especialización en
Cursante del Doctorado
Constitucional, Abogado
en revistas especializadas

Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano

Carlos Alberto Urdaneta Sandoval¹

Sumario

INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO. 1. Antiguo Derecho griego. 2. Proceso romano. 3. Derecho comparado. 3.1. Sistema procesal angloamericano o de la Common Law. 3.2. Sistema procesal continental o de derecho codificado, romano-germánico o del Civil Law. 3.2.1. Alemania. 3.2.2 Francia. 3.2.3. España. 3.2.4 Italia. 3.2.5 Portugal. 3.2.6. Argentina. 3.2.7. Brasil. 3.2.8. Perú. 3.2.9. Uruguay. CAPÍTULO II: LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO. 1. Antecedente legislativo inmediato. 2. Importancia y justificación. 3. Finalidad. 4. Definición. 5. Características. 5.1. Anticipación de la garantía. 5.2. Jurisdiccionalidad. 5.3. Instrumentalidad o accesoriedad. 5.4. Provisionalidad y urgencia.

1 *Universidad del Zulia*, Abogado, Doctor en Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil. *Universidad Católica "Andrés Bello"*, Cursante de la Especialización en Derecho Administrativo, *Universidad Central de Venezuela*, Cursante del Doctorado en Derecho, *Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional*, Abogado. Autor de varios ensayos y monografías jurídicas publicados en revistas especializadas y arbitradas.

5.5. Dispositividad y flexibilidad o variabilidad. 5.6. Adecuación. 5.7. Autonomía e independencia procedimental. 6. Clases de medidas. 7. Semejanzas y diferencias con otros institutos. 7.1. Garantías jurídico-materiales. 7.2. Proceso de conocimiento. 7.3. Acción preventiva definitiva. 7.4. Amparo constitucional. 7.5. Interdictos posesorios. 7.6. Prueba anticipada. 7.7. Medidas típicas. 7.8. Medidas complementarias. 7.9. Medidas ejecutivas. 7.10. Potestad cautelar del juez mercantil. 7.11. Potestad cautelar del juez contencioso-administrativo. 7.12. Potestad cautelar del juez agrario. 7.13. Potestad cautelar del juez laboral. 7.14. Tutela o técnica anticipatorio. 7.15. Tutela autosatisfactiva. 7.16. Medidas cautelares administrativas. 8. Naturaleza jurídica y contenido. 9. Efectos. CAPÍTULO III: LÍMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO. 1. Presupuestos de procedencia. 1.1. *Pendente lite*. 1.2. *Periculum in mora* genérico. 1.3. *Fumus boni iuris*. 1.4. *Periculum in mora* específico. 1.4.1 Acto de parte. 1.4.2. Fundado temor de daño grave o de difícil reparación. 1.4.3. Daño al derecho de la otra parte. 2. Procedimiento. 3. El problema de la subsidiariedad o del carácter residual. 4. El problema de la sustitución por interpretación extensiva. 5. El problema de la calificación como derecho subjetivo de la situación jurídica deducida. 6. El problema de la instrumentalidad en orden a la sentencia de mérito. 7. El problema de los poderes públicos, del abuso de poder y de la usurpación de funciones en sede cautelar. 8. La remisión a principios del derecho.

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 del instrumento del proceso judicial. Como poder o manifestación del poder estatal, la jurisdicción es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, la cual corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, de acuerdo a las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, y en los tratados internacionales.² Como función, la

2 FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona. Ed. Bosch. 1990. p. 101. En Venezuela, la noción de jurisdicción como poder estatal la encontramos hoy en día constitucionalizada, específicamente en la norma del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el cual, en su encabezamiento y primer aparte, consagra: "Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder

jurisdicción ha sido de las normas d normalmente secu tutela o protección normas sustanciales los órganos jurisdic habrían debido t sustanciales en vía es el complejo de cumpliendo la fun

Dice Fairén manifiesta, con cara integrantes: su pot ("notio" y "judiciu en la de adoptar m "sentencia" y su "e

Judicial conocer procedimientos q (...)"

3 MANDRIOLI, Cris 8va ed. 1992. To antecedente la cl *derecho procesal*

Iberoamericana. (...) función del l ley mediante la su de los particulares de la ley, o al ha 4 ARAUJO CINTRA, Candido R. *Teori* 1996. p. 129.

5 FAIREN GUILLEN representada, entr *general y las medi* Ed. Paredes. 1997 constituyéndose a asumir los órgano ciudadanos ante e por ejemplo en lo del procedimiento

jurisdicción ha sido definida como la actuación (cumplimiento, realización) de las normas de derecho sustancial (derecho objetivo), en vía normalmente secundaria (en cuanto la tutela jurisdiccional sigue a la tutela o protección primaria de determinados intereses acordada por las normas sustanciales, una vez que ha sido violada) y sustitutiva (ya que los órganos jurisdiccionales se sustituyen a la actividad de aquellos que habrían debido tener el comportamiento previsto por las normas sustanciales en vía primaria).³ Finalmente, como actividad la jurisdicción es el complejo de actos del Juez en el proceso, ejerciendo el poder y cumpliendo la función que la Ley le ha encomendado.⁴

Dice Fairén que, asimismo, la "autoridad" de la jurisdicción, se manifiesta, con caracteres de "*imperium*" o de "mando", en sus elementos integrantes: su potestad se diversifica en las de "conocer" y "sentenciar" ("*notio*" y "*judicium*"); en la de "ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado"; y en la de adoptar medidas para asegurar el "conocimiento", así como la "sentencia" y su "ejecución" —medidas cautelares—. ⁵ En efecto, todos los

Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias (...)"

3 MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino. Ed. Giappichelli. 8va ed. 1992. Tomo I. p. 11-12. La definición de MANDRIOLI tiene como claro antecedente la clásica definición ofrecida por Giuseppe CHIOVENDA (*Curso de derecho procesal civil*. Tr: Enrique Figueroa Alfonso. México. Ed. Pedagógica Iberoamericana. 1995. p. 195) para quien la jurisdicción puede ser definida como la "(...) función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, o al hacerla prácticamente efectiva"

4 ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; y DINAMARCO, Candido R. *Teoría geral do processo*. Sao Paulo - Brasil. Ed. Malheiros. 12va ed. 1996. p. 129.

5 FAIREN GUILLEN, Víctor. *Ob. Cit.* p. 102. Con base a la doctrina española representada, entre otros, por FONT SERRA, ORTIZ-ORTIZ, Rafael (*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 72 y 74) nos habla acertadamente que la tutela preventiva, constituyéndose en el género, es aquella función que, en ciertos casos, pueden asumir los órganos jurisdiccionales, a fin de proteger el derecho a la justicia de los ciudadanos ante el peligro genérico que pueda ocasionarse un daño jurídico, como por ejemplo en los caos de las providencias que puede dictar el juez que conoce del procedimiento de divorcio o separación de cuerpos, o nulidad del matrimonio

ordenamientos procesales reconocen la necesidad de una tutela cautelar o provisional de los derechos e intereses legítimos de los sujetos de derecho, la cual se concretiza por vía de las medidas cautelares. Esta forma de tutela configura una respuesta a la dilación temporal que requiere cualquier decisión de fondo y a los riesgos que esa decisión puede suponer para el interés del actor. Su función principal es reducir esos riesgos. En nuestro sistema, la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

➤ Las medidas cautelares han sido definidas como "(...) aquéllas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo".⁶

(Arts. 125 con 191 del Código Civil). Diferente es el caso de la tutela cautelar, una de las especies de la tutela preventiva, la cual es ejercida por los tribunales con la finalidad de anticipar la actuación del Derecho, no ante la aparente existencia de un peligro genérico sino frente a la de un peligro específico determinado, es decir, por el peligro de que la actuación definitiva y directa del Derecho sea, en su momento, imposible, por haberse alterado maliciosamente la situación de hecho y de derecho, durante el transcurso del proceso.

6 COUTURE, Eduardo Juan. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1976. p. 405.

Para CHIOVENDA (*Ob. Cit.* p. 114), las provisorias cautelares o de conservación son aquellas medidas especiales, determinadas por el peligro o urgencia, que se dictan con anterioridad a la declaración de la voluntad concreta de la ley que garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, para garantía de su futura actuación práctica, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende.

A su vez, Piero CALAMANDREI (*Providencias cautelares*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Argentina. 1945. p. 36-37 y 44) nos ha enseñado magistralmente que el carácter distintivo de toda providencia cautelar reside, por una parte, en la provisoriedad, entendida en el sentido que los efectos jurídicos de la misma no solo tienen duración temporal sino que tienen una duración limitada a aquel periodo de tiempo que debiera transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de la providencia jurisdiccional definitiva, y por la otra, la instrumentalidad, pues siempre se encuentra preordenada a la emanación de una ulterior providencia definitiva, de la cual asegura preventivamente su resultado práctico.

En nuestro país, Ricardo HENRIQUEZ LA ROCHE (*Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 37-39; *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 291-293),

En nues
tradicionalmen

Simón JIMÉ
35-37) y Ro
ordinario. C
han acogido
instrumento
autores men
de carácter p
definitivo de
peligro que
ORTIZ (*Ob.*
muestra la tu
protege un c
ALLORIO y C
Ovidio BAPT
Alegre - Bras
configura la
exponiendo
como el con
interdepend
está sustenta
que implica
juicio contr
emparentado
preventiva c
órgano juris
Nosotros no
DOMÍNGUE
Colec. 3ra e
"la pretensio
derecho mat
de una sent
derecho ma
constitucion
la actuación
el aseguram
el tiempo n
sentido, el
accion, una
Las medidas
(*El proceso*
en el extran

En nuestro derecho procesal civil, el legislador venezolano tradicionalmente ha acogido tres clases de medidas preventivas, a saber:

Simón JIMÉNEZ SALAS (*Medidas cautelares*. Caracas. Ed. Kelran. 5ta ed. 1999. p. 35-37) y Román DUQUE CORREDOR (*Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Caracas. Ediciones Fundación Projusticia. 1999. Tomo II. 1999. p. 142), han acogido la corriente funcionalista que considera la medida cautelar como instrumento en función de un proceso. Coherente con tal tesis, el último de los autores mencionados 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."

ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 85, 86, 87 y 146), por el contrario, se adhiere a la tendencia que muestra la tutela cautelar, vinculada con un derecho substancial de cautela, el cual protege un derecho material a la seguridad, propuesta defendida inicialmente por ALLORIO y CALVOSA en Italia, y ultimamente, entre otros, por el profesor brasileño Ovidio BAPTISTA DA SILVA (*Teoría de la acción cautelar*. Tr.: Martha Olivar. Porto Alegre - Brasil. Ed. Sergio Antonio Fabris. 1993. p. 91-101). Este autor venezolano configura la medida cautelar como manifestación de la justicia preventiva, exponiendo el criterio según el cual el sistema de medidas cautelares, entendido como el conjunto de elementos lógicamente estructurados, vinculados de manera interdependiente, con sus propias características, su propia esencia y consistencia, está sustentado sobre dos coordenadas; por una parte la noción de derecho cautelar que implica que los justiciables tienen la facultad de garantizar los resultados del juicio contradictorio que se dilucida en el proceso principal (íntimamente emparentado con la petición cautelar); y en segundo lugar, la justicia material preventiva que atiende al sistema de medidas considerada como una función del órgano jurisdiccional.

Nosotros no nos adherimos a este último criterio pues, como bien expresa CORTES DOMÍNGUEZ, Valentin y otros (*Derecho procesal civil*. Parte general. Madrid. Ed. Colex. 3ra ed. 2000. p. 580):

"la pretensión cautelar no tiene su fundamento en un hipotético y pretendido derecho material a la cautela: ni el demandado está obligado a asegurar la efectividad de una sentencia que eventualmente se pueda dictar contra él, ni el actor tiene el derecho material a exigirla; el fundamento es puramente procesal, o si queremos constitucional, pues tal como hemos dicho solo la necesidad de emplear tiempo en la actuación de la justicia es lo que permite pedir al Estado de frente al demandado el aseguramiento de la plena efectividad de la sentencia, o, en otras palabras, que el tiempo no sea un factor perjudicial para aquel que ejercita la pretensión. En tal sentido, el poder jurídico de obtener una resolución cautelar es una forma de acción, una acción pura, que no es accesoria de ningún derecho material".

Las medidas cautelares, nos dice el maestro uruguayo Dante BARRIOS DE ANGELIS (*El proceso civil, comercial y penal de América Latina*. Exhortos. Prueba. Embargos en el extranjero; ejecución, quiebra. Sucesión; extradición; arbitraje. Buenos Aires.

la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, el secuestro de bienes determinados y el embargo de bienes muebles. Sin embargo,

Ed. Depalma. 1989. p. 291 y 292), sólo consisten en la expresión de un modo particular de la seguridad, y por tanto, de garantía. La garantía es la característica de todo medio o modo que proporcione seguridad. La idea de seguridad debe ser vinculada con las de integridad, daño, peligro y riesgo, de modo tal que integridad es la calidad de íntegro (aquello a lo que no le falta ninguna de sus partes); daño es la privación o la afectación de la integridad; peligro es la amenaza de daño; y riesgo es la exposición al peligro, siendo la seguridad el estado de seguro, esto es, libre de riesgo, y por ende, de peligro y de daño.

En consecuencia, las medidas cautelares sólo constituyen uno de los actos que comportan la "idea" cautelar en tanto configuran la anticipación sustitutiva de un momento procesal hipotético, o de las condiciones que lo hagan posible, a los efectos de evitar su imposibilidad o mayor dificultad en un momento futuro, frustrando legítimas expectativas, en razón del peligro en la demora de su producción (BARRIOS. *Ibidem*. p. 292; BARRIOS DE ANGELIS. *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 284; BARRIOS DE ANGELIS. *Teoría del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1979. p. 258). Vale decir -sigue el autor-, "(...) son actos de producción inmediata, similares a otros que, según la norma procesal, deberían producirse en el futuro; respecto de los que existe el peligro de que no se produzcan, o de que se produzcan a mayor costo o con menor eficacia (esto es lo que constituye el llamado "periculum in mora")" (BARRIOS DE ANGELIS. *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*. Exhortos. Prueba. Embargos en el extranjero; ejecución, quiebra. Sucesión; extradición; arbitraje. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1989. p. 292); y que enfrentan esas alteraciones o modificaciones con medios conservatorios bajo el modo de la anticipación: o sea que se conserva o estabiliza por virtud de un cambio anticipado, esto es, mediante la adopción de una medida anticipatoria, bien de promoción o bien de detención, la cual obra como sustitutiva de un acto o de un estado hipotético (en cuanto se representa como posible) en el futuro (BARRIOS DE ANGELIS. *Teoría del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1979. p. 257-258).

Los elementos que integran el concepto de "idea" cautelar los establece el mismo autor (BARRIOS DE ANGELIS. *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*. Exhortos. Prueba. Embargos en el extranjero; ejecución, quiebra. Sucesión; extradición; arbitraje. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1989. p. 292; también en BARRIOS DE ANGELIS. *Teoría del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1979. p. 258) en cuatro: temporal, espacial, causal y final:

"Temporal; la producción de hechos actuales (el peligro) vinculada con hechos futuros (la producción del momento procesal, normativamente diferida en el tiempo y la necesidad de producir ahora el acto en riesgo); espacial, en cuanto el acto actual se produce para que tome el lugar del acto futuro; causal, puesto que la medida misma encuentra su causa en dos fenómenos combinados: el surgimiento de ciertos hechos, o la apreciación de un estado, por una parte, circunstancias que se combinan, constituyendo por sí solas un peligro, con la "demora" el hecho de

como expresa Dittrich viene restringido por a valorar la existencia de la concesión de la prov. cautelar cuyo conten

Como contrap. cautelares, el nuevo consagrado en el pa. cautelar del juez y, por innominadas en el pr. se había consagrado *verfugung* del Art. 9 (providimenti d'urg. italiano) y Brasil (Art. Va a constituir este p. exposición.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES

Abstracción he. animo de incurrir p. que básicamente dos. ofrecer a la humanidad. Grecia y Roma. No ob. desde puntos de vis. *mutatis mutandis* a los jurídicos del mundo. los países de la Cor. resultado preponder. general, entendido. concreto; mientras q.

que, según la ley. previsto para la pro. inmediata del act. específicamente, la. DITTRICH, Lotario. (Cur: Giuseppe, Ta

como expresa Dittrich en tales supuestos el ámbito discrecional del Juez viene restringido por la tipicidad de la tutela, en tanto su labor se limita a valorar la existencia de los presupuestos previstos por la Ley para la concesión de la providencia y, en caso afirmativo, a conceder la medida cautelar cuyo contenido se encuentra prestablecido en la Ley.⁷

Como contrapartida, dentro de nuestro sistema de medidas cautelares, el nuevo Código de Procedimiento Civil venezolano ha consagrado en el párrafo primero del Artículo 588 el poder general cautelar del juez y, por ende, la posibilidad de adoptar medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano, al igual que ya previamente se había consagrado, a título enunciativo, en Alemania (*einstweilige Verfügung* del Art. 940 de la Ordenanza Procesal Civil alemana), Italia (*provvedimenti d'urgenza* del Art. 700 del *Codice di Procedura Civile* italiano) y Brasil (Art. 798 y 799 del *Código de Processo Civil* brasileño). Va a constituir este precepto nuestro objeto de análisis en la presente exposición.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO

Abstracción hecha del estudio de las civilizaciones antiguas y sin ánimo de incurrir *prima facie* en injustas omisiones, podemos afirmar que básicamente dos culturas del mundo antiguo se han destacado por ofrecer a la humanidad aportes más trascendentales en materia de Derecho: Grecia y Roma. No obstante, cada una de dichas culturas enfocó el Derecho desde puntos de vista radicalmente opuestos, que podríamos asimilar *mutatis mutandis* a lo que hoy en día sucede con los dos grandes sistemas jurídicos del mundo occidental, pues tanto en la antigua Grecia como en los países de la Common Law, la formulación escrita de la Ley no ha resultado preponderante, mas sí la apelación al recurso del sentimiento general, entendido en sentido amplio, para lograr la justicia del caso concreto; mientras que en Roma, así como en los países del Civil Law, las

que, según la ley procesal, deba mediar un lapso entre el momento actual y el previsto para la producción de cierto acto o momento; final, porque la realización inmediata del acto sustituyente tiende a evitar el daño futuro; constituye, específicamente, la seguridad que importa la medida".

DITTRICH, Lotario. "Il provvedimento d'urgenza". En: *Il nuovo processo cautelare* (Cur. Giuseppe, Tarzia). Padova. CEDAM. 1993. p. 176.

reglas de Derecho, en orden al logro de la certeza jurídica, cristalizaron en leyes formales las cuales han actuado como sustento del sistema.

1. Antiguo Derecho griego

Jerome Frank asevera que los griegos mostraron tanta capacidad en el Derecho como en las artes, la política y la filosofía. Tal afirmación la fundamenta tanto en la actitud griega frente al tema de la justicia como en su aportación histórica a los temas legales. En el primer aspecto, los griegos no dudaban en desviarse de las normas generales para dar soluciones prácticas y justas a los hechos de cada caso particular, lo cual impidió que transmitieran un sistema de normas venerables a la posteridad.⁸ En el segundo aspecto, la discusión aristotélica sobre la interpretación equitativa de las leyes influyó en los juristas romanos y en Santo Tomás, y con éste en todo el mundo occidental⁹. Destacable resulta también su aportación a la noción de ciudad democrática y a la de un derecho común a las diferentes ciudades.¹⁰ Y es que en Grecia, el Derecho era concebido, en casi todas las antiguas ciudades, como una obra de la razón, sin cesar perfectible, lo cual se corresponde con una concepción racionalista del derecho, contraria a la del derecho revelado, vale decir, "verdadero" para siempre.¹¹

En lo que toca a los aspectos procedimentales, informa Briseño Sierra¹² que en Grecia, el Juez ático no era llamado a aplicar una Ley

8 *Apud.* PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil*. Introducción al derecho. Barcelona Ed. Bosch. 2da ed. 1989. p. 334.

9 Sobre el tema de la equidad en el derecho comparado es conveniente analizar la excelente obra colectiva titulada *Equity in the world's legal system. A comparative study dedicated to René Cassin* (Ed. Ralph A. Newman. Brussels, Belgium. Établissements Émile Bruylant. 1973. 652 p). También, en un sentido general, URDANETA SANDOVAL, Carlos. "Algunas consideraciones críticas sobre la función de la equidad en el Derecho". En: *Frónesis*. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Maracaibo. Instituto de Filosofía del Derecho "José Manuel Delgado Ocando" de L.U.Z. Vol. 3, Nº 1. Abril 1996. p. 49-69; y URDANETA SANDOVAL, Carlos "Juicio de equidad en el proceso civil venezolano". En: *Revista de la Fundación Procuraduría*. Caracas. Imprenta Nacional. 1996. No. 15. p. 327-367.

10 DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Tr. Francisco Javier Osset. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 1957. p. 261.

11 *Ibidem*. p. 261-262 y 123.

12 BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Compendio de derecho procesal*. Cali - Colombia. Ed. Biblioteca Jurídica Equidad. s/f. p. 51-52.

precedente como no
misma en el caso su
de las leyes no tenía
La Ley tenía sólo
procedendo, la cual
competencia judicial
defecto de una norm
general para dictar la
por lo que, como con
u obviar la presenta
en su favor para apo
existía la posibilidad
justicia aquella se sa
supeditada a su pre
deber de conocerla
conceder la razón a
la oratoria o retórica
y de derecho, ya qu
era obra de los con

De lo anterior
judicial en la Antigu
de justicia basado e
tenía preponderanci
tratando de obten
conocimiento de lo
uso predominante
conocimiento de la
de que se producía
contenido del senti
en la decisión; iv) I
sí era deber del Jue
para conocer de lo
fundamentaba la li

En todo caso
logrado localizar da
alguna institución
sistema lógico de l

Antigua Grecia, en parte por la propia falta de transmisión a la posteridad de un sistema griego de jurisprudencia, debemos observar que la necesidad en tal cultura de la aplicación del principio de la primacía de las soluciones prácticas adaptadas a las sinuosidades del caso concreto, incluso frente a leyes que disponen en contrario pero que según los valores de la época no se ajustan al sentimiento general de justicia, resulta un elemento trascendental en la génesis posterior de aquella tutela cautelar, caracterizada hoy por hoy, tanto en la Common Law como en el Civil Law, por la indeterminación de la consecuencia jurídica, la cual debe ser en definitiva concretizada, decidida y ejecutada por el Juez.

2. Proceso romano

Al contrario de lo acontecido en los derechos orientales, egipcio y griego, creaciones despóticas cuyas soluciones dependían del capricho de un príncipe, de un reformador o de una asamblea popular, el genio de Roma se concretizó, por vía de un profundo esfuerzo doctrinal de sus grandes jurisconsultos, el cual se extendió desde el siglo II a. C. hasta el siglo III d. C., en crear una técnica que permitió lograr cristalizar las decisiones prácticas en formas jurídicas susceptibles de formar un sistema lógico, en el que las reglas de derecho se agruparon según nociones, los conceptos o nociones fueron cualificados y las cualificaciones fueron analizadas, encontrándose las soluciones mediante razonamiento.¹³

Sin embargo, el procedimiento romano, dice Cuenca, careció de principios, lo que contribuyó a que los romanos no llegaran a alcanzar la sistematización del proceso, y se limitó a satisfacer una inmediata necesidad de justicia; por lo cual constituyó un procedimiento pragmático y utilitario, y más específicamente, un sistema con un contenido de derecho privado, o un sistema de derecho privado con contenido procesal.¹⁴ Así, el sistema del proceso romano clásico se caracterizó por estar dividido en dos fases: El procedimiento *in iure*, ante el Magistrado que instituía y formalizaba la causa, y el procedimiento *apud iudicem*; ante el *iudex* o los *iudices*, simples particulares, árbitros o jueces populares, quienes substanciaban

13 DEKKERS, René. *Ob. Cit.* p. 264-266; FRANK, Jerome. *Apud*. PUIG BRUTAU, José. p. 334.

14 CUENCA RODRÍGUEZ, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires. EJE A 1957. p. XXXI.

el *iudicium* H
mientras que
asistida por t

El *impe*
que correspo
la supremaci
ciudadanos d
para hacerlas
jurisdicente y
por el procese
in possessione
cuales daban
Magistrado, p
complementa
analizar de m

Los int
magistrado *cu*
de una parte
una exhibició
restitutorios y

- 15 IGLESIAS, Ariel. 7ma *procesal*.
- 16 GUTIERRE Ed Reus.
- 17 IGLESIAS,
- 18 Conforme *urgenza e*
"La tutela
quam pos
secondo g
intermedi
garanzia
romano h
- 19 GUTIERRE
- 20 IGLESIAS Ed. Unive
- 21 D'ORS, A

denomina "embargo", es definida por Gutiérrez-Alvz, como "Envío en posesión o autorización otorgada por el magistrado en virtud de su imperium de tomar la detentación material de la totalidad de los bienes o de parte de ellos de una persona. Generalmente se concede a título de protección inmediata y se encuentra protegida por interdictos o por *actiones in factum*..."²² Respecto de las *stipulationes praetoriae* debemos decir que eran contratos verbales impuestos por el pretor en razón de los cuales se hacía nacer en beneficio del estipulante y contra el promitente un crédito que no existía por el mismo derecho, para asegurar una acción futura por un perjuicio eventual, vinculado o no con un juicio actual.²³ Sin embargo, Iglesias²⁴ le asigna una triple finalidad de tutela procesal a las *stipulationes praetoriae*: a) Asegurar el resultado del juicio (*cautio ratam rem haber, cautio iudicatum solvi*²⁵, *cautio pro praedes litis et vindiciarum, cautio ex operis novi nunciacione*); b) Asistir con una acción a relaciones que carecen de ella (*cautio damni infecti, cautio usus-fructuaria, cautio rem pupilli salvam fore*); c) Asegurar la comparecencia

22 GUTIERREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Ob. Cit.* p. 446.

23 *Ibidem.* p. 646 y 649; D'ORS, Alvaro. *Ob. Cit.* p. 124.

24 IGLESIAS, Juan. *Ob. Cit.* p. 229.

25 Sobre tal institución menciona ORTIZ- ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 119) que las medidas cautelares están íntimamente emparentadas con la '*cautio iudicatum solvi*' (caución de ejecución de sentencia), el cual era un régimen de garantía inserto en las llamadas *stipulationes praetoriae* mediante el cual las partes aseguraban el cumplimiento de la sentencia. Y es que como bien afirma COUTURE (Voz "Caución procesal". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Argentina. Tomo II. 1967. p. 869), hoy en día las cauciones son actos procesales cautelares que nacen con ocasión del proceso, acceden al mismo, se mantienen mientras subsiste la razón que las justificó y cesan cuando ésta desaparece.

Sin embargo, el referido instituto no debe ser incluido -como sostiene ORTIZ- dentro de la llamada '*cautio damni infecti*' (caución por amenaza de daño), esto es, la garantía de no causar daño en el derecho de los litigantes una vez declarado en la sentencia, pues, además de que según la clasificación de IGLESIAS, ésta última se caracterizaba por permitir acceder con una acción a relaciones que carecían de ella, mientras la *cautio iudicatum solvi*, permitía asegurar los resultados del juicio, la primera es una garantía previa frente a un mal previsible producido por una cosa (CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires. Ed. Heliasta. 24ª ed. 1996. Tomo III. p. 4), mientras que la segunda es una estipulación pretoria exigida a determinadas personas por virtud de la cual se comprometían a cumplir o acatar el fallo o a cancelar, en otro caso, el importe de la condena pecuniaria (*Ibidem.* Tomo II. p. 114).

en juicio (*sistere*...
(restitución por en
magistratal de car
la cancelación plen
jurídico, para volv
de las particulares
absentia, error, me

Adicional a e
del contrato real
sequestrum, el cual
de un tercero, *sequ*
dos o varias person
que gane la causa".
pretoria o interdicta

La mayoría d
"... derecho honora
reforzar, suplir o co
el cual permitió la
o cláusulas edictale
leyes sino como cri
ciertas situaciones
normas del antiguo
leyes, plebiscitos,
jurisprudencia.³⁰ D
un principio el der
la aplicación del ius
llegó a completar
conseguir la reform

26 GUTIERREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Ob. Cit.* p. 229-230.

27 *Apud.* PETIT, Eugenio. *Ob. Cit.* p. 229-230.

28 D'ORS, Alvaro. *Ob. Cit.* p. 124.

29 GUTIERREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Ob. Cit.* p. 229-230.

30 MADRAZO, Francisco. *Ob. Cit.* p. 10.

31 *Apud.* PUIG BRUGA, Manuel. *Ob. Cit.* p. 10.

en juicio (*sistere vadimonium*). En cuanto a la *restitutio in integrum* (restitución por entero, por completo) consistía en una medida jurídica magistral de carácter extraordinaria, por virtud de la cual se producía la cancelación plena de los efectos o consecuencias de un hecho o negocio jurídico, para volver a un estado jurídico anterior, previo conocimiento de las particulares circunstancias del caso, como en las hipótesis de *aetas*, *absentia*, *error*, *metus*, *dolus*, *capitis deminutio*, *fraus creditorum*.²⁶

Adicional a estos medios y como una de las hipótesis especiales del contrato real de depósito debemos mencionar el secuestro o *sequestrum*, el cual es definido por Paulus como "... el depósito en manos de un tercero, *sequestrer*, de una cosa sobre la que hay contienda entre dos o varias personas, con cargo de conservarle y devolverle a la parte que gane la causa".²⁷ El *depositum apud sequestrum* confería la posesión pretoria o interdictal.²⁸

La mayoría de estos medios fueron producto del *ius praetorium*, "... derecho honorario introducido por los pretores con la finalidad de reforzar, suplir o corregir el *ius civile*, por razones de utilidad pública..."²⁹, el cual permitió la evolución del derecho privado por vía de los edictos o cláusulas edictales emitidos por el pretor, entendidos no como nuevas leyes sino como criterios sobre la manera de aplicar las leyes antiguas a ciertas situaciones de hecho extrayendo la significación práctica de las normas del antiguo *ius civile* (derecho del pueblo romano nacido de las leyes, plebiscitos, etc), a la manera de lo que hoy denominamos jurisprudencia.³⁰ De tal manera, pues, que como ha dicho Sohm, si en un principio el derecho pretorio se presentó como un instrumento para la aplicación del *ius civile* (*iuris civilis adyuwandi gratia*), posteriormente llegó a completar sus normas (*iuris civilis supplendi gratia*), hasta conseguir la reforma total del derecho civil (*iuris civilis corrigendi gratia*).³¹

26 GUTIERREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Ob. Cit.* p. 604; IGLESIAS, Juan. *Ob. Cit.* p. 229-230.

27 *Apud*. PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Tr. José Fernández González. Caracas. Ed. Movil - libros. s/f. p. 447.

28 D'ORS, Alvaro. *Ob. Cit.* p. 185-186; IGLESIAS, Juan. *Ob. Cit.* p. 428.

29 GUTIERREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Ob. Cit.* p. 338-339.

30 MADRAZO, Francisco. *Orden jurídico y derecho judicial*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1985. p. 10.

31 *Apud*. PUIG BRUTAU, José. p. 51-52.

Esta breve remisión al derecho romano toma su justificación de la posición asumida por algunos autores según la cual el origen de la tutela cautelar de nuestros días debemos ubicarla mediante el análisis de los medios extraprocerales mencionados y que fueron creados en razón del *ius praetorium*. Tal posición se ve reforzada cuando autores de la talla de Ferrara, han llegado a sostener que en Roma, siendo la actividad jurisdiccional del *praetor urbanus* preferentemente conservativa de derechos era, en consecuencia, preferentemente cautelar.³² Así, el brasileño Sanches³³ y los venezolanos Henríquez La Roche³⁴ y Sánchez Noguera³⁵ destacan al secuestro definido por Paulo en el *Digesto* (16 3.6) como una de las medidas nominadas más antiguas. Ortiz, por el contrario, no considera que el secuestro sea un antecedente de las medidas preventivas, por cuanto nace como un contrato y por ende con una naturaleza consensual y no por decisión de la magistratura.³⁶ Otros, como el uruguayo Greif, opinan que las raíces del proceso cautelar aparecen ya en el derecho romano, con algunos interdictos, como los posesorios, mismos que en el derecho intermedio ingresan en la categoría de los procesos de *summaria cognitio*.³⁷ Incluso, dentro de esta misma tendencia, el brasileño Lacerda³⁸ llega a remontar el origen del propio poder cautelar general del juez a los interdictos del derecho romano clásico, opinión no compartida por el

- 32 *Apud*. DE MIRANDA BEZERRA, Julio Carlos. "Consideraciones sobre el poder cautelar general do juiz". En: *Revista do curso de direito da Universidade de Uberlandia*. Dir: Jacy de Assis y Dinah Fernandes de Carvalho. Uberlandia. Volume 14. No 1. Janeiro - dezembro 1985. p. 331.
- 33 *Apud*. DE ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio. "Poder general de cautela". En: *Temas procesales*. Dir: A. Orion Alvarez. Medellín. Centro de Estudios de derecho procesal. 1992 N° 15. p. 85.
- 34 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 91-92.
- 35 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Del procedimiento cautelar y de otras incidencias (Arts. 585 al 607)*. Comentarios y anotaciones al Código de Procedimiento Civil. Caracas. Ed Paredes. 1995. p. 16.
- 36 ORTIZ-ORTIZ, Rafael *Ob. Cit.* p. 291.
- 37 GREIF, Jaime. "La prohibición de innovar en el derecho uruguayo y comparado". En: ARAZI, Roland (Coord.) *Derecho procesal en vísperas del siglo XXI*. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Buenos Aires. EDIAR. 1997. p. 260.
- 38 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de processo civil*. Volume VIII, tomo I. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 6ta ed. 1994. p. 77-79.

tratadista venezolano R
pretorias constituyen el c

La posición de R
que los interdictos en el
las medidas cautelares,
de éstas, sino que eran
de los derechos en gene
de la posesión en particu
obra nueva o de daño ter
que perseguía conjurar
Por otra parte, prosigue
cumplían una función c
práctica la satisfacción d
perjuicio posible, y po
sequestratio o deposito
el origen de las medidas
innominadas, posición
manifestación de la tend
campo, etapa final del d
general.

No obstante y a p
la ubicación del origen
podemos también menc

- 39 RENGEL-ROMBERG, A
Instituto Colombiano de
Hernández. Bogotá. In
Profesional. 1989 Volur
40 *Ibidem*. p. 90-91.
41 CARAVANTES (*Apud*. F
México. Ed. Porrúa. 19°
fue una especie de edicto
inter duos dictum vel
prescribir o prohibir a
cuando era necesaria l
partes, edicto que venía
de un verdadero derec
los interdictos de provi
42 ORTIZ- ORTIZ, Rafael

tratadista venezolano Rengel-Romberg³⁹ para quien las estipulaciones pretorias constituyen el origen de las medidas cautelares que conocemos.

La posición de Rengel-Romberg⁴⁰ se sustenta, por una parte, en que los interdictos en el derecho romano no tenían la función propia de las medidas cautelares, ni la instrumentalidad y subsidiariedad propias de éstas, sino que eran *acciones* concedidas por el pretor para la tutela de los derechos en general, y con el transcurso del tiempo, para la tutela de la posesión en particular, siendo que aún en el caso de la denuncia de obra nueva o de daño temido, éste se concretaba en una acción preventiva que perseguía conjurar una lesión de derecho que parecía inminente⁴¹. Por otra parte, prosigue Rengel-Romberg, las estipulaciones pretorias sí cumplían una función cautelar de garantía pues aseguraban en forma práctica la satisfacción directa del interés digno de tutela o prevenían un perjuicio posible, y por ello, la *cautio*, la *missio in possessionem*, la *sequestratio* o depósito *apud sequestrem*, deben ser consideradas como el origen de las medidas cautelares del derecho moderno, incluyendo las innominadas, posición ésta compartida por Ortiz⁴², las cuales son manifestación de la tendencia actual de ampliar el poder del juez en este campo, etapa final del desarrollo de la institución hacia el poder cautelar general.

No obstante y a pesar de estas acreditadas opiniones favorables a la ubicación del origen de la tutela cautelar en el derecho romano, podemos también mencionar criterios que se han inclinado por la negativa.

39 RENGEL-ROMBERG, Arístides. "Medidas cautelares innominadas". En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Dir: Jairo Parra Quijano y Daniel Suarez Hernández. Bogotá. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Ed. Librería del Profesional. 1989 Volumen II No 8. p. 88-91.

40 *Ibidem*. p. 90-91.

41 CARAVANTES (*Apud*. PALLARES, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*. México. Ed. Porrúa. 19ª ed. 1990. p. 431) explica que el interdicto entre los romanos fue una especie de edicto que dictaba el magistrado con relación a dos particulares, *inter duos dictum vel edictum*, a instancia de alguno de ellos, a los efectos de prescribir o prohibir alguna cosa sobre intereses públicos o privados así como cuando era necesaria la intervención del magistrado, para evitar luchas entre las partes, edicto que venía a ser para aquel a cuyo favor se había expedido, el origen de un verdadero derecho que daba lugar a una acción y de aquí la etimología de los interdictos de providencias interinas, *interim dicta*.

42 ORTIZ- ORTIZ, Rafael *Ob. Cit.* p. 291.

En Venezuela, Brice ha expresado que, como las medidas preventivas sólo han sido objeto de un ordenamiento sistemático en los tiempos modernos, nada concreto podemos encontrar, en términos generales, respecto a ellas en el derecho romano ni tampoco en el español antiguo.⁴³ Desde otro ángulo, pero coincidente con lo expuesto por Brice, el profesor brasileño Calmon de Passos arguye que es imposible transferir algo específico del pretor romano al juez de nuestros días, como el papel jurídico - político que el pretor desempeñaba (más legislador que magistrado, más hombre público que técnico, más un político representativo que un aplicador de leyes), similar al papel jurídico-político desempeñado por los jueces en el sistema del Common law. Según la opinión de este autor, es inaceptable pretender transferir una consecuencia sin que se transfieran también las causas, vale decir, conferir poderes nuevos para el juez sin asignarle una nueva función jurídico-política en términos estructurales.⁴⁴

Consideramos pertinente asentar aquí nuestra opinión. En primer lugar, tanto Brice como Calmon olvidan que, como lo ha expresado Von Ihering en su "Importancia del Derecho Romano"⁴⁵, la grandeza del derecho romano no sólo radica en que fue por un momento la fuente u origen del Derecho sino en que llegó a representar una profunda revolución interna en todo nuestro pensamiento jurídico y, como el cristianismo, fue un elemento de la civilización moderna. Por otra parte -prosigue el eximio maestro del siglo XIX-, la adopción de instituciones jurídicas extrañas, más que una cuestión de nacionalidad (o asunto de connotaciones sociológicas, diríamos respecto de Calmon), lo es de oportunidad y necesidad, pues nadie irá a buscar lejos aquello que puede encontrar en su morada con igual grado de perfección o eficacia superior. No pretendemos, entonces, trasplantar una figura del derecho romano hasta nuestros días sino que tratamos de ubicar el origen histórico, la fuente remota, del poder cautelar general del juez en tanto los romanos, por virtud del *ius praetorium*, sintieron la necesidad de crear medios que

43 BRICE, Angel Francisco. *Lecciones de procedimiento civil*. Caracas. s/Ed. 1967. Tomo II. p. 45.

44 CALMON DE PASSOS, José Joaquín. "Acoes cautelares". En: *Revista da Faculdade de Direito*. Dir: Ary Florencio Guimaraes. Curitiba. Universidade Federal do Paraná. Ano 21. 1984. p. 52-53.

45 *Apud*. PETIT, Eugene. p. 8 y 13.

adecuaran la eficacia llevaron a la práctica. sobre el origen concreto señalar que en nuestro ubicarse en el *depositum* en los tres primeros del proceso romano *possessionem* y las *stipulationes* del derecho pretorico sustancial -caso contrario- salvedad de su ejercicio

No consideramos por Rengel-Romberg, aquel expresa que lo sin naturaleza cautelar, cuales el pretor tutelaba tiempo específicamente enseña Petit, si bien como la "persecución" correspondía propiamente que no tenían el carácter por la Ley o por acto, cual descansaba sobre especial dada por el regulaba el negocio sobre alguna cosa, dentro de Además, el concepto se podía entender de Ramírez, como fase que hacía valer (en este caso como derechos sujetos de la *intentio* (pretensión) los interdictos romanos

46 PETIT, Eugene. *Ob.*

47 RAMIREZ ARCILA, C. 14 y 16.

adecuaran la eficacia del derecho a las circunstancias de hecho y los llevaron a la práctica. En segundo lugar, y ya con referencia a la discusión sobre el origen concreto de las medidas cautelares, consideramos oportuno señalar que en nuestro criterio el origen de la tutela cautelar típica pudiera ubicarse en el *depositum apud sequestrem* y el de la tutela cautelar atípica en los tres primeros medios complementarios del sistema de acciones del proceso romano clásico, *verbi gratia*, los *interdicta*, *missiones in possessionem* y las *stipulationes praetoriae*, como expresión que fueron del derecho pretorio sin incidencia extraordinaria sobre la relación sustancial –caso contrario al de la *restitutio in integrum*– y haciendo la salvedad de su ejercicio en sede extraprocesal.

No consideramos admisibles, por tanto, los argumentos esgrimidos por Rengel-Romberg objeto de refutar la tesis de Lacerda, pues si bien aquel expresa que los interdictos eran en el derecho romano *actiones*, sin naturaleza cautelar, ni instrumentalidad ni subsidiariedad, con las cuales el pretor tutelaba los derechos en general y con el transcurso del tiempo específicamente la posesión, nos es dable agregar que, como enseña Petit, si bien la acción en su sentido más amplio podía definirse como la “persecución de un derecho en justicia”, el interdicto no se correspondía propiamente a dicha definición en tanto regulaba relaciones que no tenían el carácter preciso de un derecho reconocido previamente por la Ley o por acto equivalente, por lo que, a diferencia de la acción la cual descansaba sobre una ley general, aquel tenía por base la orden especial dada por el magistrado con base a su imperio mediante la cual regulaba el negocio sometido a su jurisdicción ordenando o prohibiendo alguna cosa, dentro del marco de celeridad del procedimiento interdictal.⁴⁶ Además, el concepto de *actio* (sinónimo de *actus*) en el derecho romano se podía entender de muy diversas maneras, a saber, según expresa Ramírez, como fase del procedimiento, como el mismo derecho que se hacía valer (en este sentido se hablaba de que habían tantas acciones como derechos subjetivos reconocidos) y como sinónimo de fórmula y de la *intentio* (pretensión)⁴⁷. Entendemos que para el caso específico de los interdictos romanos el vocablo *actio* debe ser entendido como la

46 PETIT, Eugene. *Ob. Cit.* p. 815 y 924-926.

47 RAMIREZ ARCILA, Carlos. *La pretensión procesal*. Bogotá. Ed. Temis. 1986. 185 p. 14 y 16.

comparecencia directa ante el magistrado, vale decir, como parte de un procedimiento, que además es interino, en el sentido expresado por Calamandrei, de provisorio, "(...) lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado".⁴⁸ Por otra parte, lo cautelar, entendido como un elemento procesal que garantiza otro elemento procesal (proceso, actividad, acto o diligencia), aparece como concepto una vez que, al universalizarse el procedimiento privado de la *actio* del derecho privado romano, se instaura el proceso de conocimiento, institución formada en la tradición romano canónica, mas por influencia de la doctrina liberal francesa de los siglos XVII y XVIII que por las concepciones de los juristas. A partir de tal momento, según informa Baptista da Silva, pasan a tener naturaleza cautelar todas las decisiones de carácter provisorio que actúan sobre el proceso y no sobre el fondo de la causa, están fundadas en un juicio de verosimilitud y decaen sus efectos con la sentencia final de mérito.⁴⁹

Agregado a esto pensamos, *data venia* del maestro Rengel-Romberg, que los medios que éste incluye como estipulaciones pretorias no se corresponden estrictamente a la clasificación que de ellas hace el romanista Juan Iglesias, a quien seguimos en este particular. Efectivamente, Rengel-Romberg incluye dentro del concepto estipulaciones pretorias a la *cautio*, la *missio in possessionem* y la *sequestratio* o *depositio apud sequestrem*, y bien sabemos que, salvo el caso de las *cautiones*, la *missio in possessionem* y el secuestro eran figuras diversas a la de las *stipulationes praetoriae*, ya que no se concretizaban en un compromiso, promesa o garantía realizada por virtud de la estipulación o contrato verbal impuesto por el pretor.

3. Derecho comparado⁵⁰

En la actualidad, excepción hecha de los llamados *Derechos orientales* –representados por el Derecho musulmán, así como por el

48 CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.* p. 36.

49 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. "Reforma dos processos de execução e cautelar". En: *Revista Jurídica TRLEX*. Edição número 45 del 08/04/1999. p. 1. Disponible en: <http://www.trlex.com.br>

50 Los autores alemanes KONRAD ZWEIGERT y HEINZ KOTZ (*Apud*. HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogota. Ed. Temis. 1996. p. 17-18) han definido el Derecho comparado como "(...) la comparación del espíritu o estilo de diferentes sistemas jurídicos, o de instituciones jurídicas comparables, o de soluciones otorgadas

Derecho chino antes radicalmente distinta y por ende no recon que desempeña entr en la mayor parte d originados en Europ romano-germánico y Básicamente, ambos haber recibido el le categorías jurídicas, siendo fundamental Derecho se conforma y abstractas (Constitu sintética y sistemática casos concretos de qu es inductiva y empíric en el "precedente ju refractario a la formu manera tal que el D

a problemas legales cuatro beneficios p puede emplearse co puede constituir un puede contribuir a l Podría entonces afir *derecho constitucion Cultura Económica. llamado método co consagradas en los pasado, con el prop significativas, sus n vía, la determinación aplicación en los or*

51 CARBONNIER, Jean Bosch. 1960. Tomo

52 Como indica Lon F Avila Editores. 1969 los países occidenta habla inglesa, mienta las lenguas modern

Derecho chino antes de su revolución— que con una actitud espiritual radicalmente distinta a la nuestra, no han separado la Moral del Derecho y por ende no reconocen a la realización judicial del Derecho la función que desempeña entre nosotros⁵¹, los ordenamientos jurídicos vigentes en la mayor parte del orbe siguen fundamentalmente a dos modelos originados en Europa: el Derecho continental o codificado o sistema romano-germánico y el Derecho angloamericano o *Common law*.⁵² Básicamente, ambos sistemas se diferencian en que en el primero, al haber recibido el legado del Derecho romano y apropiarse de sus categorías jurídicas, ha de servirse de un método lógico y deductivo, siendo fundamental la idea de legislación o de codificación, esto es, el Derecho se conforma básicamente como un conjunto de normas generales y abstractas (Constitución, leyes y reglamentos), presentadas en forma sintética y sistemática, que los jueces deben aplicar para resolver los casos concretos de que conozcan; mientras que en el segundo, la técnica es inductiva y empírica, y por ende, el Derecho es casuístico, por basarse en el “precedente judicial”, en el sistema de *Case law*, y mostrarse refractario a la formulación de principios abstractos en texto escrito, de manera tal que el Derecho aparece como una creación de los jueces,

a problemas legales comparables en diferentes sistemas jurídicos”, y le adjudican cuatro beneficios prácticos, a saber: 1° sirve como un auxiliar del legislador, 2° puede emplearse como instrumento para la interpretación de normas y textos, 3° puede constituir un componente del currículo de la enseñanza universitaria, y 4° puede contribuir a la unificación sistemática del derecho.

Podría entonces afirmarse, junto a Paolo BISCARETTI DI RUFFIA (*Introducción al derecho constitucional comparado*. Tr. Hector Fix Zamudio. México. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1975. p. 13), que: “(...) la citada disciplina se dirige, a través del llamado método comparativo, a cotejar entre sí las normas y las instituciones consagradas en los diversos ordenamientos estatales, tanto del presente como del pasado, con el propósito de poner en evidencia, además de las características más significativas, sus notas similares o diferenciales, de manera de alcanzar por esta vía, la determinación posterior de principios y de reglas que encuentren una efectiva aplicación en los ordenamientos citados”.

- 51 CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Tr. Manuel Zorrilla Ruiz. Barcelona-España. Ed. Bosch. 1960. Tomo I. p. 75-76.
- 52 Como indica Lon FULLER (*Anatomía del Derecho*. Tr.: Luis Castro. Caracas. Monte Avila Editores. 1969. p. 151-152): “Puede decirse, en forma esquemática, que entre los países occidentales que se acogen a la Common Law se cuentan las naciones de habla inglesa, mientras que los países en donde impera la tradición civilista prevalecen las lenguas modernas derivadas del latín (...)”.

como el conjunto de las resoluciones que los jueces van profiriendo respecto de los casos que se les presentan, tomando siempre en consideración la *ratio decidendi* de los pronunciamientos adoptados anteriormente por un juez sobre casos semejantes, así como usos, costumbres previas e incluso opiniones, y a las que se otorga valor vinculante, dejando a las fuentes de tipo legislativo (*statutes*) o de otras autoridades (*delegated legislation*) con una mera función derogatoria frente al conjunto de reglas derivadas de la red de precedentes que conforman el Common law en sentido estricto (en contraposición al *Statute law*).⁵³

3. 1. Sistema procesal angloamericano o de la Common Law

Cuando hacemos referencia a la expresión Common Law⁵⁴ queremos significar con ello el sistema jurídico anglo-norteamericano o

53 ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico. Barcelona - España. Ed. Ariel. 1993. p. 5-6; CARBONNIER, Jean. *Ob. Cit.* p. 76; PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Tr. Juana Bignozzi. Barcelona-España. Ed. Ariel. 1987. P. 56-57; REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Tr. Jaime Brufau Prats. Madrid. Ed. Pirámide, S.A. 10ma ed. 1993. p. 119.

54 A. TUNC (*El Derecho en Estados Unidos*. Tr. Lluís Flaquer. Barcelona - España. Ed. Oikos-Tau. 1971. p. 77-78) nos explica que el Common Law es la *commune ley*, esto es, el "derecho común" de Inglaterra, que los funcionarios del rey y después las jurisdicciones que de él dependían fueron progresivamente desarrollando a partir del acervo de las costumbres locales. Se inicia con la coronación en Westminster de Guillermo el Bastardo, Duque de Normandía. Desde el siglo XII, los funcionarios del rey aplican, en principio, las costumbres, mas comienzan a interpretarlas ya de una forma bastante libre, por lo que desde el siglo XIII, son creadas jurisdicciones reales que administran justicia fundamentándose en la *commune ley*, reemplazando éstas a las antiguas jurisdicciones señoriales o populares. Sin embargo, a pesar de la creación de tribunales, el rey no agotaba sus poderes judiciales de soberanía, y todo súbdito podía presentarle una súplica para que falle en equidad, a pesar de los juristas alegarán más tarde que el rey está sometido a la Ley. Se desarrolla así pausadamente la jurisdicción de la equity, desde comienzos del siglo XIV hasta comienzos del XVII, administrada en nombre del rey por el canciller, quien adquiere la costumbre de fallar del mismo modo que sus antecesores, de "atenerse a los precedentes", convirtiendo a la equity en un cuerpo de normas que modernizan el common law, completándola o corrigiéndola, hasta llegar a ser tan rígida como ella. Hasta 1875, continuó aplicándose por una jurisdicción diferente al common law. Vid. Para una referencia histórica más detallada, J. A. JOLOWICZ (Dir) *Derecho inglés*. Tr. Luis Castro Leiva y otros. Caracas. Ed. Jurídica Venezolana. 1992. p. 19-25. También puede consultarse P. JAMES. *Introducción al derecho inglés*. Tr. Jesús Torres García. Santa Fe de Bogotá. Ed. Temis. 1996. p. 21-27.

Anglo-American Law tradiciones jurídicas de y otras regiones del Estados Unidos y Canadá o más específicamente en Inglaterra a partir que sucesivamente secundarias, en los Estados Unidos, Nueva Zelanda, la India sometidos a la dominación generales del proceso siguen: el proceso es en partes, no así del Juicio civiles como penales particularmente en Estados Unidos en la cual los abogados y buscan soluciones a través de la revisión a través de la poderes del Juez para infractor penal por de se seleccionan, generando prestigio por el Poder

Autores como F. Unidos de Norteamérica innominadas mediante *of court*⁵⁵. Las *injuncti*

55 CABANELLAS DE LAS Buenos Aires. Ed. He
56 PIZZORUSSO, Alessa
57 VÉSCOVI, Enrique. "Procesal Civil moderno oral. El Código Judicial Augusto M. La prueba Plata - Argentina. Ed.
58 FÁBREGA, Jorge y Al *Revista del Instituto profesional*. 1989. Vo

Anglo-American Law, vale decir, el "Conjunto de principios, reglas y tradiciones jurídicas que forman la base común del Derecho de Inglaterra y otras regiones del Reino Unido, por una parte, y de las zonas de los Estados Unidos y Canadá en que no ha perdurado el Derecho francés"⁵⁵, o más específicamente, "(...) el sistema jurídico que se ha ido formando en Inglaterra a partir de la conquista normanda (que sucedió en 1066) y que sucesivamente fue adoptado, aunque con algunas variantes secundarias, en los Estados Unidos de América, en el Canadá, Australia, Nueva Zelanda, la India y en gran parte de los otros países en una época sometidos a la dominación colonial británica".⁵⁶ Los caracteres más generales del proceso anglosajón, según informa Véscovi, son los que siguen: el proceso es eminentemente oral, con amplias facultades de las partes, no así del Juez, y con jurado popular, tanto para los asuntos civiles como penales. Se desarrolla en audiencia (*trial*), no obstante, particularmente en Estados Unidos, hay actividad anterior a la audiencia en la cual los abogados tienen gran prevalencia, se intercambien pruebas y buscan soluciones conciliatorias (*pre-trial*). Se encuentra prevista la revisión a través de la segunda instancia y la ejecución se materializa con poderes del Juez para coaccionar al incumplidor de sus ordenes como infractor penal por desacato (*Contempt of Court*). Por último, los jueces se seleccionan, generalmente, entre abogados de cierta experiencia o prestigio por el Poder Ejecutivo.⁵⁷

Autores como Fabrega y Arjona nos informan que en los Estados Unidos de Norteamérica los tribunales pueden adoptar medidas cautelares innominadas mediante la utilización de las figuras de *injunction* y *contempt of court*⁵⁸. Las *injunction* son órdenes o mandatos que imponen conductas

55 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor. *Diccionario jurídico*. Buenos Aires. Ed. Heliasta. 1990. Tomo I. p. 47.

56 PIZZORUSSO, Alessandro. *Ob. Cit.* p. 55-56.

57 VÉSCOVI, Enrique. "Nuevas tendencias y realidades del proceso civil. El Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica. La experiencia uruguaya del proceso oral. El Código Judicial Uniforme para la Nueva Unión Europea". En: MORELLO, Augusto M. *La prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata - Argentina. Ed. Platense. 1.996. p. 486.

58 FÁBREGA, Jorge y ARJONA, Adán Arnulfo. "Medidas cautelares innominadas". En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. Ed. Librería del profesional. 1989. Volumen II N° 8. p. 114.

y aquel que no la obedece incurre en el *contempt* y en la sanción correspondiente⁵⁹.

La *injunction* (en Canadá, *injonction*) constituye un remedio propio del Derecho privado y es definida como "(...) una orden del tribunal en la que requiere a alguna parte que realice una o varias acciones (*injunction* positiva o *mandatory*) o que se abstenga de realizarlas (*injunction* negativa o *prohibitory*)"⁶⁰, bien para evitar un mal o para evitar las causas que lo producen, siendo normalmente de carácter cautelar (*interim/ interlocutory/ preventive injunction*) y recurribles (*appeal against an interim injunction*).⁶¹ En tal sentido, "(...) el concepto traduce una orden terminante con mandato o conminación categórica"⁶², que, al no comportar una mera resolución simple, ya que la providencia busca hacer efectiva y materializar la forma en que la sentencia sea ejecutada, carece de semejanza absoluta con instituciones procesales del sistema jurídico argentino⁶³ ni, agregamos nosotros, con el venezolano. Pueden también clasificarse por el tiempo en que la orden permanezca en vigor, y así tenemos, por una parte, las *permanent injunctions*⁶⁴, las cuales son perpetuas, al equipararse a una sentencia definitiva, por lo que sólo se conceden después de un juicio, excepción hecha que el demandado acepte otra cosa⁶⁵, y por la otra, las *interlocutory injunctions*⁶⁶, medida

59 BARBERO, Omar y CARBONE, Carlos "Crónica sobre aspectos de la tutela de urgencia cautelar y anticipatoria en el derecho europeo". En: GREIF, Jaime (Coord.) *Medidas cautelares*. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. p. 466-467.

60 DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *Judicial review y justicia cautelar*. Madrid. Ed. Marcial Pons. 1997. p. 81.

61 ALCARAZ VARÓ, Enrique. *El inglés jurídico*. Textos y documentos. Barcelona - España. Ed. Ariel. 2da ed. 1996. p. 26.

62 MORELLO, Augusto Mario. *Anticipación de tutela*. La Plata. Ed. Platense. 1996. p. 74.

63 GANDOLFO DE STIGLITZ. *Apud*. MORELLO, Augusto Mario. p. 74.

64 John F. DOBBYN. (*Injunctions in a Nutshell*. St. Paul. Ed. West Publishing. 7ma reimpression. 1992. p. 150), las define así "(...) *Permanent injunctions are those issued as complete injunctive relief to the petitioner (so far as this is possible) after a full hearing on the merits of the petition.*"

65 DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *Ob. Cit.* p. 81.

66 J. F. DOBBYN. *Ob. Cit.* p. 150-151, nos dice respecto de las *interlocutory injunctions*: "(...) *are those issued at any time during the pendency of the litigation for the short-term purpose of preventing irreparable injury to the petitioner prior to the time that the court will be in position to either grant or deny permanent relief on the merits. In*

provisional tomada
oportunidad de escu
por las partes, perma
el procedimiento o
cuando los derecho
tema que puedan s
otra parte (*injuncti*
como desacato al tri
un remedio prevent
tiene el propósito de
antijurídico que ha
de Snider vs. Sulliva
se pliega a las más v
sensu provisoria y e

En cuanto al C
como menosprecio,

*accordance with th
some specified leng
case on the merits.
distinct types which
to as a preliminary
after the responde
hearing on whether
referred to as a t
injunction primary
heard granted to t
relief in those situa
is not granted imm
notice or the holdi*

67 DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *Ob. Cit.* p. 81.

68 BLACK, Henry Ca
1990. p. 784.

69 TARZIA, Giusepp
processo civile". Er
Aprile - giugno 19

70 Los *Contempts* so
implícitos, según s
a la presencia de
procedimientos le
del tribunal, y sin e
(BLACK, Henry Ca

provisional tomada antes de que el órgano jurisdiccional tenga la oportunidad de escuchar y valorar completamente las pruebas presentadas por las partes, permaneciendo en vigor, comúnmente, hasta que se termine el procedimiento o se ordene otra cosa, pudiendo concederse incluso cuando los derechos del demandante no hayan sido infringidos, pero se teme que puedan serlos (*injunction quia timet*), o sin audiencia de la otra parte (*injunction ex parte*), y cuyo incumplimiento es castigado como desacato al tribunal, mediante multa o prisión⁶⁷. Generalmente, es un remedio preventivo y protector, dirigido a actos futuros, y que no tiene el propósito de reparar o compensar las consecuencias de un acto antijurídico que ha causado un daño en el pasado, como se desprende de *Snider vs. Sullivan*⁶⁸, especialmente la *interlocutory injunction* la cual se pliega a las más variadas exigencias, entre ellas las de naturaleza *lato sensu* provisoria y conservativa.⁶⁹

En cuanto al *Contempt of Court*⁷⁰, el vocablo debe ser entendido como menosprecio, desprecio o desacato al tribunal, por lo que debemos

accordance with their purpose, interlocutory injunctions are limited in duration to some specified length of time, or at the very outside, to the time of conclusion of the case on the merits. Within the category of interlocutory injunctions there are two distinct types which must be considered individually. The first is generally referred to as a preliminary injunction, and includes any interlocutory injunction granted after the respondent has been given notice and the opportunity to participate in a hearing on whether or not that injunction should issue. The second is generally referred to as a temporary restraining order, and differs from a preliminary injunction primarily in that it is issued ex parte, with no notice or opportunity to be heard granted to the respondent. Temporary restraining orders supply the need for relief in those situations in which the petitioner will suffer irreparable injury if relief is not granted immediately, and time simply does not permit either the delivery of notice or the holding of a hearing."

67 DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *Ob. Cit.* p. 86.

68 BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. ST. Paul. Ed. West. Sixth ed. 1990. p. 784.

69 TARZIA, Giuseppe. "Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile". En: *Rivista di diritto processuale*. Dir: E.T. Liebman. Padova. CEDAM. Aprile - giugno 1985. Anno XL. N° 2. p. 242.

70 Los *Contempts* son, generalmente, directos o indirectos, también denominados implícitos, según sean cometidos en presencia del tribunal o en forma tan cercana a la presencia del tribunal que obstruya o interrumpa el normal curso de los procedimientos legales; o bien que no sean realizados en o cerca de la presencia del tribunal, y sin embargo tiendan a obstruir o impedir la administración de justicia (BLACK, Henry Campbell. *Ob. Cit.* p. 319)

enfocar el asunto desde la óptica del Tribunal, vale decir, desde el *Contempt power*, expresión que alude a la potestad judicial de castigarlo⁷¹, la cual se presenta como una de las garantías de la independencia de los jueces y tiene "(...) el propósito de permitirle a los tribunales impedir o castigar las conductas cuyo objetivo fuere obstaculizar o perjudicar la buena administración de la justicia, o de denigrarla, bien sea en un caso particular o en general", tal como se informa en el *Report of the Committee on Contempt of Court* (1947).⁷² El *Contempt of Court* está dirigido a asegurar la ejecución en forma específica de las obligaciones de hacer no cumplidas y puede exceder el campo de lo cautelar, pues el juez puede determinar discrecionalmente las sanciones pertinentes las cuales, inflingidas acumulativamente, pueden consistir en el encarcelamiento del autor, en una multa cuyo monto viene determinado por la Corte, o en el secuestro de los bienes.⁷³ El ámbito de discrecionalidad del *Contempt power* en orden al cual el juez inglés puede dictar medidas para prevenir o corregir un posible daño al normal y eficaz desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, el que ha llevado al autor venezolano Ortiz a analizar esta institución como un posible antecedente mediato del poder cautelar general del juez y, particularmente, del parágrafo primero del art. 588 del código adjetivo venezolano⁷⁴.

Siendo el *Anglo-American Law* ajeno, en principio, a nuestra tradición jurídica de país adscrito al Civil Law, consideramos que el mencionado autor ha incurrido en un error contextual al tratar de

También son clasificados como civiles o penales. "El contempt civil consiste en no respetar un mandato del tribunal que solicita una cierta conducta por parte de una de las partes en una acción civil. Puede ser castigado con una multa o una pena de encarcelamiento" (JOLOWICZ, J. A. *Ob. Cit.* p. 112) El contempt penal o criminal está conformado por actos realizados en irrespeto del tribunal o de sus procedimientos o por aquellos que obstruyen la administración de justicia o tiendan a impulsar el irrespeto contra el tribunal, (BLACK, Henry Campbell. *Ob. Cit.* p. 319).

71 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Cuestiones de terminología procesal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1972. p. 70-71.

72 JOLOWICZ, J. A. *Ob. Cit.* p. 112.

73 BARBERO, Omar y CARBONE, Carlos. *Ob. Cit.* p. 466.

74 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 32-33.

fundamentar una
lo es el poder ca
una familia de de
cuando constituy
Law han consag
innominadas en s

3.2 Sistema pro germánico

Con la expre
o Civil Law quere
en último término
sistema jurídico p
que lo han adopta
en Turquía y en e
de España o de P
América Latina y E

75 No queremos co
en países del *Ci*
con lo que, en
manera la unive

proceso de harm
al cobrar consis
diferente ante la

76 JAMES, Philip. *C*

77 PIZZORUSSO, A

Entre los Derech
verbigracia, el s
Oriental, no obs
(comunista) y de
Ob. Cit. p. 486),
de los medios d
76).

El proceso en c
fundamentalme
particularmente
Público (*Proku*
el contralor por
resulta elegido p
aplicar la Ley) y

fundamentar una institución vigente en nuestro derecho positivo, como lo es el poder cautelar general del juez, con base a una figura típica de una familia de derecho diversa a la de nuestras raíces jurídicas, máxime cuando constituye un hecho notorio que otros países del propio Civil Law han consagrado la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas en sede judicial con suficiente precedencia a Venezuela.⁷⁵

3.2 Sistema procesal continental o de derecho codificado, romano-germánico o del Civil Law

Con la expresiones Derecho continental, sistema romano-germánico o Civil Law queremos aludir a aquellos países cuyo Derecho se deriva, en último término, del Derecho romano⁷⁶, o más modernamente, el "(...) sistema jurídico propio de los pueblos de Europa continental y de otros que lo han adoptado por propia elección espontánea (como por ejemplo en Turquía y en el Japón) o porque han sufrido la influencia de Francia, de España o de Portugal durante la época colonial (como los países de América Latina y los del África francófona)."⁷⁷ Los Derechos capitalistas

75 No queremos con tal planteamiento negar la existencia de un proceso de receptación en países del *Civil Law* de varias de las manifestaciones de la legislación anglosajona, con lo que, en palabras de MORELLO (*Ob. Cit.* p. 72), se corrobora "(...) de esa manera la universalización de las técnicas instrumentales, así como el avance del proceso de armonización y uniformación de las respuestas jurídicas homogéneas al cobrar consistencia en reglas, principios y estándares similares. No podía ser diferente ante la acelerada globalización del comercio y de los fenómenos jurídicos"

76 JAMES, Philip. *Ob. Cit.* p. 21.

77 PIZZORUSSO, Alessandro. *Ob. Cit.* p. 56.

Entre los Derechos Continentales tenemos un grupo que difiere ideológicamente, verbigracia, el sistema soviético o *soviet law*, el cual se mantiene en la Europa Oriental, no obstante los cambios estructurales de la Unión Soviética, y en China (comunista) y demás países de influencia (Corea del Norte, etc.) (VÉSCOVI, Enrique. *Ob. Cit.* p. 486), y que se ha caracterizado por su actitud negativa ante la apropiación de los medios de producción por los particulares (CARBONNIER, Jean. *Ob. Cit.* p. 76).

El proceso en el sistema soviético no se rige por el principio dispositivo y es fundamentalmente oral, mas con un fuerte predominio estatal, manifestado particularmente por la preponderancia del Juez y por los poderes del Ministerio Público (*Prokuratura*), así como por el sistema de Alta Inspección el cual permite el contralor por vía de los recursos, donde también existe la apelación. El Juez resulta elegido por el Gobierno y el Partido, tiene amplios poderes (sin perjuicio de aplicar la Ley) y normalmente actúa sin jurados, no obstante, existen los Tribunales

del Continente, a pesar de que todos manejan un instrumental técnico-jurídico derivado de las "Instituciones" de Justiniano, no resultan homogéneos, y en especial en lo que toca al Derecho privado, tradicionalmente se ha distinguido entre el sistema germánico (acogido por Alemania, Suiza y países escandinavos) y el sistema francés (del cual han hecho recepción los países que se dicen latinos), distinción que aún hoy se justifica por la mayor importancia que el sistema germánico confiere a la costumbre (así, en la transmisión sucesoria), la manera peculiar con que los "pandectistas" alemanes han acuñado el Derecho romano y por las diversas orientaciones que, en ambos sistemas, ha recibido el Derecho civil, en razón de acontecimientos políticos (la Revolución) o religiosos (la Reforma).⁷⁸

Las características generales del proceso en el Civil law son explanadas por Véscovi⁷⁹ en el sentido siguiente: se establece un sistema oral y público, con régimen de audiencias sin jurado, en el que el Juez posee amplios poderes, de mayor entidad que los de la Common law,⁸⁰ siendo nombrado por el Consejo de la Judicatura (o Magistratura), existiendo también una Escuela Judicial y una carrera. Se establece una segunda instancia (apelación) y, por influjo francés, la casación. Por otra parte, la generalidad de los países, a partir del modelo austriaco, que siguió a su vez las ideas de Kelsen, ha creado un Tribunal Constitucional,

de Camaradas estructurados solamente por legos o acompañados por un Juez técnico (VÉSCOVI, Enrique. *Ob. Cit.* p. 486)

78 CARBONNIER, Jean. *Ob. Cit.* p. 76-77.

79 VÉSCOVI, Enrique. *Ob. Cit.* p. 487.

80 Las opiniones en este punto, sin embargo, no son pacíficas: "El resultado es que aunque existe una similitud superficial de funciones entre el juez del derecho civil y el juez del derecho común anglosajón, hay disparidades de importancia en sus papeles. En parte el juez en el sistema de derecho civil contemporáneo hereda una posición y realiza una serie de funciones determinadas por la tradición que se remonta hasta el *iudex* romano. Esta tradición en que el juez nunca ha sido considerado como parte de una actividad creadora se vio influida por la ideología de la revolución europea y por las consecuencias lógicas de la doctrina nacionalista de una estricta separación de poderes. El juez en el sistema de derecho civil desempeña así un papel mucho más modesto que el de su colega en el derecho común anglosajón y el sistema de selección y de inamovilidad del juez civilista es coherente con este muy diferente estado de la profesión judicial" (John Henry MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, México. Fondo de Cultura Económica. 1968. p. 71-72).

el cual puede derogatorios.

Dentro de como expresa de las legislaciones genérico.⁸¹ RAMOS de la AIJA, relaciones naci Francia, Gran

Según se adoptan de lado existe cautela que preceptos la medida concretas adquieren pueden ci administr facultades

Pasemos importantes a investigación⁸²

81 BARBOSA Paulo. Ed. :

82 RAMOS ME Ed. Bosch.

83 Un gran número de que los arts. 760 de República Rusia; 15, suizos de (FÁBREGA *Revista del profesional* cuyo artículo de la acción

el cual puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes con fines derogatorios.

Dentro de la familia de derecho continental se pone de manifiesto, como expresa Barbosa Moreira, una generalizada y avasalladora tendencia de las legislaciones de nuestro tiempo a la consagración del poder cautelar genérico.⁸¹ Ramos Méndez, en relación general presentada en el Congreso de la AIJA, realizado en Bourdeaux, Francia, y elaborada con base a las relaciones nacionales de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Italia, Suecia y Suiza, expresó:

Según se desprende de las relaciones presentadas, las legislaciones adoptan dos grandes sistemas que coexisten en todas ellas. Por un lado existe como una disposición general que permite adoptar cualquier cautela que mejor se adapte a una determinada situación. Son como preceptos en blanco que permiten salvar cualquier eventualidad con la medida que mejor convenga. Por otro lado, se regulan medidas concretas tanto en sus presupuestos como en el procedimiento, que adquieren así una tipicidad legal determinada. Entre éstas últimas pueden citarse, a título de ejemplo: el embargo preventivo, depósito, administración judicial, prohibiciones de disponer, suspensión de facultades, etc.⁸²

Pasemos a analizar sucintamente algunos de los sistemas más importantes a los efectos de nuestro sistema jurídico y de nuestra investigación⁸³.

- 81 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. Primeira série. Sao Paulo. Ed. Saraiva. 2da. ed. 1988. p. 144.
- 82 RAMOS MENDEZ, Francisco. *Arbitraje y proceso internacional*. Barcelona - España. Ed. Bosch. 1987. p. 194-195.
- 83 Un gran número de países han establecido en sus códigos procesales la potestad de que los tribunales decreten medidas cautelares innominadas, *exempli gratia*, arts. 760 del CPC japonés; 27 de las Bases del Procedimiento civil para la URSS y República Federadas y 83 a 93 del CPC de la República Federativa Soviética de Rusia; 15, sección 3, del Código de Procedimiento Judicial sueco; códigos procesales suizos de los Cantones de Friburgo (art. 369), Ginebra (art. 12), Berna (art. 326) (FÁBREGA, Jorge y ARJONA, Adán Arnulfo. "Medidas cautelares innominadas". En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. Ed. Librería del profesional. 1989. Volumen II N° 8. p. 113-114), del Cantón de Ticino de 1971, cuyo artículo 376 establece que "el juez ordena, incluso antes de la interposición de la acción, en la instancia de parte, proveídos cautelares idóneos, cuando hay

3.2.1. Alemania

Fue la Ordenanza Procesal Civil alemana (*Zivilprozeßordnung*, en adelante ZPO) de 1877 reformada en 1934, con sus "disposiciones provisionales" (*Einstweilige Verfügungen*) de los parágrafos 935 a 945,

motivo fundado para temer que por el retardo en proceder en las vías ordinarias, podría derivar un daño considerable", del Cantón de Zurigo de 1976 en el § 110, el cual prevé: "el juez adopta los proveídos cautelares necesarios, si la parte aparece amenazada de un perjuicio no fácilmente reparable, especialmente en caso de mutación de la situación de hecho" (BARBERO, Omar y CARBONE, Carlos. *Ob. Cit.* p. 460-461); y del Cantón de Neuchâtel (art. 95), el cual dispone que "el juez puede, según las circunstancias, acordar otras medidas ... a condición de que exista peligro de retardo..." (MONTERO AROCA, Juan. *Trabajos de derecho procesal*. Barcelona - España. Ed. Bosch. 1988. p. 443); así como el art. 682 del Código procesal griego de 1968, que dispone que "en casos de urgencia y para obviar un peligro inminente, los tribunales pueden ordenar medidas provisionales para asegurar o conservar un derecho o para regular una situación; ellos pueden también modificarlos o revocarlos" (BARBERO, Omar y CARBONE, Carlos. *Ob. Cit.* p. 463); y los ordenamientos de Bélgica y el código procesal civil polaco de 1964 (TARZIA, Giuseppe. *Ob. Cit.* p. 240).

En sentido similar, códigos en Iberoamérica igualmente consagran la potestad cautelar genérica, así los arts. 692 del Código Procesal Civil paraguayo, el cual faculta al juez a "...disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia y naturaleza del derecho que se intentare proteger" ("Repuestas del profesor Hugo Allen". En: GREIF, Jaime (Coord.) *Medidas cautelares*. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. p. 441); 530 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala de 1963; regla número 56.1 de las Reglas de Procedimiento Civil de Puerto Rico, los Códigos de Procedimiento Civil de los estados mexicanos de Zacatecas (art. 722), Sonora (art. 722) y Morelos (art. 691) (FABREGA, Jorge y ARJONA, Adán. *Ob. Cit.* p. 114); los Códigos Procesales Civiles de las Provincias argentinas de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Formosa, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Luis y Santiago del Estero, Entre Ríos (art. 229), La Pampa (art. 234), La Rioja (art. 120), San Juan (art. 237), Santa Cruz (art. 233) (PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires. Ed. Abeledo - Perrot. 1989. Vol. VIII. p. 82).

No obstante esta tendencia mayoritaria a favor de la previsión legal de un poder general cautelar, existen en Iberoamérica Códigos Procesales que no han admitido tal posibilidad aún. Como ejemplos podemos mencionar el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de México (OVALLE FAVELA, José. *Derecho procesal civil*. México. Ed. Harla. 4ta ed. 1991. p. 37-39) y el moderno Código de Procedimiento Civil de Colombia, del 6 de agosto de 1970, reformado en 1989, del cual comenta Héctor QUIROGA (*Procesos y medidas preventivas*. Bogotá Ed. Librería del Profesional. 1985. p. 41): "La cautela deberá estar taxativamente autorizada por la ley, ya que en esta materia son muy pocos los casos de discrecionalidad para que

la que juntame
del 27 de mayo

el juez pueda
determinado.
colombiano, e
juez civil colo
leves en el pro
(citado en QU
(Instituciones
799) muestra
659, núm. 6º d
de protección
84 Explica WALK
cautelares ale
ejecutivo austr
caracteriza por
variadas exige
también un car
otras medidas
sustancial o sit
La justificación
Ordenamiento
y detallados de
atender a toda
concurso fortui
también que
restringidos en
determinado re
fijación de tale
del instituto y
de tener que p
cautelares sino
86).
En tal sentido
la par del aler
germana, encu
general de cau
función jurisdic
desmejorar la
encuentra vinc
únicamente ap
situaciones jur
del sujeto pasi
decisiones me

la que juntamente a las creadas en el ordenamiento ejecutivo austriaco del 27 de mayo de 1896⁸⁴, dio lugar al nacimiento en el derecho moderno

el juez pueda decretar otras según las circunstancias que observe en un momento determinado...". En sentido diverso se expresa uno de los redactores del Código colombiano, el maestro Hernando MORALES, para quien, si bien reconoce que el juez civil colombiano no está dotado del poder cautelar oficioso con excepciones leves en el proceso sucesoral, aboga porque se llegue a la cautela oficiosa o genérica (citado en QUIROGA, Héctor. *Ob. Cit.* p. 42). Por su parte, Hernán LÓPEZ BLANCO (*Instituciones de derecho procesal civil*. Bogotá. Ed. ABC. 5ta. ed. 1991. Tomo I. p. 799) muestra como ejemplo de medida cautelar innominada el contenido del art. 659, núm. 6° del CPC colombiano al estatuir: "También se podrá decretar las medidas de protección personal del paciente que el juez considere necesarias".

- 84 Explica WALKER (*Apud*. ARIETA, Giovanni. p. 18) que, al igual que las medidas cautelares alemanas, la *einstweilige Verfügungen* prevista en el Ordenamiento ejecutivo austriaco del 27 de mayo de 1896, repudia el sistema de la tipicidad y se caracteriza por la adaptabilidad de un único poder cautelar del juez a las más variadas exigencias de forma de la tutela preventiva de los derechos, teniendo también un carácter residual (en el sentido de no operar donde estén disciplinadas otras medidas cautelares) y pueden ser invocadas respecto de cualquier relación sustancial o situación jurídica subjetiva.

La justificación para la consagración de este instituto la encontramos en el propio Ordenamiento ejecutivo austriaco, cuando observaba que "delinear casos específicos y detallados de estas medidas, sería renunciar a ofrecer en la ley los medios para atender a todas las necesidades que pueden surgir de la variedad de la vida y del concurso fortuito de circunstancias diversas". Y a un mayor abundamiento, expresaba también que se: "Requiere que los poderes del juez no resulten demasiado restringidos en lo que concierne a la escogencia de los medios para asegurar un determinado resultado procesal y de ejecución al cual aspira la parte. Una taxativa fijación de tales medios, podría fácilmente en muchos casos, frustrar el propósito del instituto y el juez podría llegar a encontrarse en una desagradable posición: la de tener que permanecer impedido de actuar y no poder proveer a las necesidades cautelares sino con medios inadecuados" (*Apud*. RENGEL-ROMBERG. *Ob. Cit.* p. 86).

En tal sentido observa Giovanni ARIETA (*Ob. Cit.* p. 18) que el sistema austriaco, a la par del alemán y en general conforme a las orientaciones de la vieja doctrina germana, encuadra las medidas mencionadas, no ya como expresión de un poder general de cautela del juez civil vinculado a cualquier forma de ejercicio de la función jurisdiccional, mas sí como un remedio contra cualquier peligro que pueda desmejorar la futura ejecución forzosa, de manera tal que la tutela cautelar se encuentra vinculada a la ejecución coactiva, en tanto las medidas cautelares son únicamente aplicables a las relaciones susceptibles de realización forzosa y no ya a situaciones jurídicas subjetivas que se concretan en comportamientos incoercibles del sujeto pasivo, ni para asegurar preventivamente la eficacia práctica de futuras decisiones mero-declarativas.

de ese poder cautelar genérico, el cual fue concebido en abstracto para dar mayor extensión de posibilidades prácticas dentro de cada caso en concreto.

En Alemania, a partir de Jauernig, la doctrina ha distinguido tres tipos de disposiciones provisionales. Así tenemos la disposición de seguridad (*Sicherungsverfügung*), cuyo objeto es la seguridad de una pretensión no dineraria y su fundamento la presunción de que por la modificación del estado existente se podría frustrar la realización del derecho del peticionante o dificultarlo esencialmente (§ 935); la disposición regulatoria (*Regelungsverfügung*), cuyo objeto es la regulación de situación provisional en una relación jurídica controvertida y su fundamento la percepción de que tal regulación aparece como necesaria para despejar desventajas esenciales o para impedir amenaza de violencia o por otros motivos (§ 940); y, por último, la disposición de satisfacción o de prestación (*Befriedigungs-oder Leistungsverfügung*), creada por la jurisprudencia germánica, cuyo objeto conduce a que el acreedor, de manera excepcional, sea satisfecho en vista de su pretensión, creándose una relación definitiva, constituyendo su fundamento de disposición la necesidad del acreedor de obtener tanto la seguridad de su pretensión como su inmediata ejecución provisional, por no poder esperar a obtener un título en el procedimiento de demanda normal.⁸⁵ *A contrario sensu* de las disposiciones de satisfacción o de prestación, las disposiciones de seguridad (§ 935) y las disposiciones regulatorias (§ 940), en expresión de Fritz Baur, constituyen al mismo tiempo un *minus* y un *aliud* en comparación con la consecuencia jurídica que surge del derecho material, por lo que, al tener un contenido diverso de la sentencia que ordena el cumplimiento de la pretensión de derecho material, la providencia no debe, de ordinario, llevar a una satisfacción del acreedor, pudiendo solo

85 LEIBLE, Stefan. *Proceso civil aleman*. Trad. Rodolfo Witthaus. Fundación Konrad Adenauer. Medellín-Colombia. Biblioteca jurídica Dike. 1999. p. 537-540. Se cuestiona en la actualidad la ubicación de las disposiciones de omisión (*Unterlassungsverfügung*), las cuales por vía de ordenes de prohibición permiten asegurar pretensiones de omisión, principalmente en el derecho de competencia y en el de prensa. La más moderna doctrina las incluye en las disposiciones provisionales de satisfacción, en tanto la prohibición provisional de la pretensión de omisión debe ser cumplida provisionalmente (*Ibidem*. p. 540).

coincidir con el derecho material⁸⁶.

Sintetizando de las medidas de la siguiente manera en todas aquellas específicas medidas entendido como cautelar, que las disposiciones de aplicación de juicio objetivo una modificación frustrar la regulación necesaria sobre de violencia; obtener en su completa realización.

3.2.2 Francia

En Francia de la cual es por sin fuerza de al término de provisionalmente Arieta⁸⁹, med resolver difícil

86 BAUR, Fritz. *Proceso civil portugués*. 1985. p. 7.

87 ARIETA, Carlos.

88 ESTOUP. *Proceso civil extra*. 128.

89 ARIETA, Carlos.

coincidir con una obligación accesoria –contractual o legal– de ese derecho material⁸⁶.

Sintetiza Arieta, las características y los presupuestos de aplicación de las medidas provisionales de seguridad del sistema alemán de la siguiente manera: 1) Los Parágrafos 935 y 940 no pueden ser invocados en todas aquellas hipótesis en las cuales esté expresamente prevista una específica medida cautelar; 2) No resulta admisible un decreto provisorio, entendido como la providencia final de este particular tipo de proceso cautelar, que este dirigido a paralizar o, en todo caso, a contradecir las disposiciones de otro decreto provisorio; 3) El presupuesto para la aplicación del parágrafo 935 es la existencia de un temor, conforme al juicio objetivo de un hombre medio, que sin el decreto provisorio acaecerá una modificación del estado existente de una magnitud tal que puede frustrar la realización de la pretensión; en tanto que, para el parágrafo 940, la regulación provisorio de la relación jurídica litigiosa aparece necesaria sobretodo a fin de prevenir daños sustanciales o una amenaza de violencia; 4) En todo caso no resulta posible, a través de tales medidas, obtener en sede cautelar aquello que no puede ser satisfecho con la completa realización de la tutela en vía ordinaria.⁸⁷

3.2.2 Francia

En Francia, existe la denominada *jurisdiction des référés* por virtud de la cual es posible que sean pronunciadas “(...) decisiones provisionales, sin fuerza de cosa juzgada, dictadas en condiciones de extrema rapidez al termino de una instancia regida por el principio de contradicción, y provisionalmente ejecutorias de pleno derecho”⁸⁸, o como lo expresa Arieta⁸⁹, medio excepcional instituido para los casos de urgencia o para resolver dificultades en la ejecución, el cual permite obtener de manera

86 BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Traductor del alemán al portugués: Armindo Edgar Laux. Porto Alegre-Brasil. Ed. Sergio Antonio Fabris. 1985. p. 75 y 85-86.

87 ARIETA, Giovanni. *Ob. Cit.* p. 17.

88 ESTOUP. *Apud.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Medidas cautelares de proceso civil extranjero* (art. 24 del convenio de Bruselas). Granada. Ed. Comares. 1998. p. 128.

89 ARIETA, Giovanni. *Ob. Cit.* p. 18-19.

extremadamente rápida (incluso en el término de un solo día), por parte del Presidente del Tribunal, una decisión que se caracteriza por su provisoriedad, en el sentido de su absoluta inidoneidad para adquirir la autoridad de cosa juzgada, y, por ende, sin incidir o establecer prejuzgamiento alguno respecto al mérito de la causa.⁹⁰

El *référé* –literalmente, referido– constituye un poder general de cautela amplio y totalmente desvinculado del juicio de mérito⁹¹, y es definido por el art. 484 del actual Código de Procedimiento Civil de Francia como “*une decision provisoire rendue à la demande d’ une partie, l’ autre presente ou appelée dans les cas où la loi confère à une juge qui n’ est a pas saisi du principal le pouvoir d’ ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”.⁹² El nuevo Código de Procedimiento Civil francés, contenido en el decreto n. 75-1223 del 5 de diciembre de 1975 y que entró en vigor a partir del 1 de enero de 1976, prevé tres tipos de medidas provisionales: las medidas urgentes (*référé en cas _urgence*) del art. 808, necesarias en situaciones de urgencia para la salvaguarda de derechos; las medidas *conservatoires ou de remise en état* del art. 809.1, las que en una situación de urgencia, previenen de danos inminentes o evitan perturbaciones manifiestamente ilícitas; y las

90 Explica ALCALÁ-ZAMORA, Niceto (*Ob. Cit.* p. 157-158) que tal institución constituye un procedimiento esquemático que se desenvuelve en forma oral y concentrada ante el Presidente del tribunal de primera instancia, y que abarca un “pedimento de ejecución provisoria”, una audiencia (en forma de conversación entre el demandante y el Presidente del tribunal) y la resolución, auto o decreto (*ordonnance*) que éste dicta, caracterizada por ser una sentencia provisional, sin autoridad de cosa juzgada.

91 Precisamente, según GASCÓN (*Ob. Cit.* p. 129), lo que diferencia las “*ordonnances de référé*” de las medidas cautelares es la posibilidad de que aquellas sean acordadas sin vincularse de modo necesario con un proceso sobre el fondo, vale decir, que la medida conserva su validez sin que se de la necesidad de incoar un proceso principal.

92 ARIETA, Giovanni. *Ob. Cit.* p. 19. Su origen presunto ha sido vinculado a un edicto del Rey del año 1685, en virtud del cual el lugarteniente civil quedaba autorizado para ordenar en una serie de casos que “*les partie comparaitraient le jour même, dans son hôtel, pour y être entendus et être par lui ordonné par provision ce qu’ il estimerait juste*”, más sólo es a partir del antiguo Código de Procedimiento Civil Francés de 1806, en sus artículos 806 al 812, que se reglamenta como norma general este instituto (*Ibidem.* p. 18), estableciéndose que “*Dans tous les cas d’urgence, ou lorsqu’ il s’agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l’ exécution d’ un titre exécutoire ou d’ un jugement, il sera procédé ainsi qu’ il va être réglé ci-après*” (art. 806 *eiusdem*) (ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Ob. Cit.* p. 158).

référé-provision del art. 809.2, que en situaciones de urgencia, permiten pronunciar una suma de dinero, la cual es definitiva.⁹³

El mismo Código prevé también medidas de este tipo de medidas (arts. 808, 848, 849, 872 y 873), que se pronuncian o por vía de las “*ordonnances de référé inaudita altera pars*”.⁹⁴ Normalmente se presentan en situaciones jurídicas y jurisdiccionales que ya le estaba reconociendo que “*Requête*” se relaciona con el requerimiento de parte de la institución se encuentran en situaciones que carece de cosa juzgada, el emisor, recae, tanto en situaciones de jurisdicción voluntaria, como en jurisdicción indispensable la motivación.

93 PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Ob. Cit.* p. 128 y 130. Barcelona- España. Ed. 1999.

94 En Venezuela, según se puede apreciar en la *Suprema de Justicia y Jurisprudencia de la Corte Suprema*, N° 7. 1999. p. 521:

“Este tipo de medidas provisionales se pronuncian por parte de esta Sala; en las sentencias de fecha 11 de noviembre de 1992 (caso *Esther Martín*) y 11 de noviembre de 1992 (caso *Esther Martín*) y 11 de noviembre de 1995 (caso *Esther Martín*), una de ellas, se ha ordenado que se proceda al asunto debatido, el pago del derecho que tiene el actor a recuperar el monto global de la sentencia c”

94 ARIETA, Giovanni. *Ob. Cit.* p. 19.

95 ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Ob. Cit.* p. 158.

référé-provision del art. 809.2, que sin necesidad de una situación de urgencia, permiten pronunciar al Juez una condena provisional a pagar una suma de dinero, la cual es imputada posteriormente a la condena definitiva.⁹³

El mismo Código establece dos procedimientos para la adopción de este tipo de medidas, las "*ordonnances de référé*" (arts. 808, 809, 811, 848, 849, 872 y 873), que presuponen la instauración del contradictorio, o por vía de las "*ordonnances sur requête*" (arts. 812, 851 y 875), dictadas *inaudita altera pars*.⁹⁴ Según Clemenceau⁹⁵, las *ordonnances sur requête* normalmente se presentan como "*ejercicio de poderes de policía a la par jurídicos y jurisdiccionales, vinculados con el imperium del magistrado, que ya le estaba reconocido por el derecho romano.*" Aclara Alcalá-Zamora que "*Requête*" se relaciona con la adopción de medidas asegurativas a requerimiento de parte interesada, por lo que los dos términos de la institución se encuentran estrechamente vinculados, ya que la *ordonnance*, que carece de cosa juzgada pudiendo ser revocada por el magistrado emisor, recae, tanto en asuntos contenciosos como en negocios de jurisdicción voluntaria, a continuación de la *requête*, sin que sea indispensable la motivación de aquella, insertándose, para el caso de

93 PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*. Barcelona- España. Ed. Bosch. 1996. p. 58; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Ob. Cit.* p. 128 y 130.

En Venezuela, según sentencia N° 987 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 29 de julio de 1999 (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas. Ed. Apud. PIERRE TAPIA. N° 7. 1999. p. 521):

"Este tipo de medidas innovativas o de efectos positivos han sido objeto de examen por parte de esta Sala; en diferentes oportunidades, entre las cuales cabe mencionar, las sentencias de fechas 15 de octubre de 1992 (caso Rafael Inciarte); del 12 de noviembre de 1992 (caso Rafael Gutierrez vs. República de Venezuela); del 19 de noviembre de 1992 (caso Mayor Freddy Enrique Davalillo); y del 19 de octubre de 1995 (caso Esther Martínez vs. Banco Central de Venezuela), entre otras; y, en cada una de ellas, se ha ordenado, con carácter provisional mientras se decide el fondo del asunto debatido, el pago de sumas de dinero a la parte actora, con la advertencia del derecho que tiene el órgano administrativo demandado de ser resarcido y recuperar el monto global de los pagos realizados, de resultar vencida la parte actora en la sentencia definitiva".

94 ARIETA, Giovanni. *Ob. Cit.* p. 19; PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Ob. Cit.* p. 58.

95 ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Ob. Cit.* p. 161.

surgir dificultades, la reserva "d'en référer" al Presidente del tribunal, convirtiéndose de tal manera el *référé* en una especie de recurso respecto de ellas.⁹⁶

3.2.3. España

En lo que respecta a España, Fairén comenta que era en torno al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sobre el cual se había centrado la doctrina como potencial lugar de penetración del poder cautelar general; pero que era casi total la unanimidad en cuanto a declarar que el mismo quedó esterilizado "a nativitate" por la exigencia de que fuera basada la petición de la medida cautelar en un título ejecutivo.⁹⁷ A

96 *Ibidem.* p. 161-162.

El famoso procesalista francés Roger PERROT (*Apud.* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro.* Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2da ed. 1991. p. 155-157; del mismo autor. *Teoría de la acción cautelar.* Tr.: Martha Olivar. Porto Alegre - Brasil. Ed. Sergio Antonio Fabris. 1993. p. 12-13) ha criticado la "jurisdicción presidencial" de urgencia indicando que ante ella se decide hoy una parte cada vez más considerable de la jurisdicción común, de manera provisional y sin "perjuicio del principal", legitimándose así, por medio de un procedimiento sumario y urgente, la adopción de medidas francamente satisfactivas que no sólo interfieren en el mérito de la demanda principal, realizando concretamente el derecho litigioso, sino que, en ciertos casos, constituyen providencias judiciales irreversibles en sus efectos, tornando superflua e inútil la futura sentencia de mérito ante el hecho consumado, por vía de medidas restitutorias (*remise en état*), como ocurre con los interdictos, e inclusive mediante la concesión de provisionales atípicas, que por no estar previstas por el derecho sustantivo pueden ser concedidas por el juez del *référé*.

97 FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Temas del ordenamiento procesal.* Madrid. Ed. Tecnos. 1969. Tomo II. p. 922. La legislación chilena, aún cuando según informa la doctrina (BERIZONCE, Roberto Omar. "La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva [con particular referencia a la materia mercantil]"). En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y otros. Santa Fe de Bogotá. *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.* Universidad Externado de Colombia. 1996. p. 651-652) continua adscrita de manera importante al esquema clásico de las Leyes de Enjuiciamiento españolas del siglo XIX, instituyó la atribución del juez para disponer medidas precautorias no autorizadas "cuando lo estime necesario", con caución suficiente. Efectivamente, la parte final del art. 298 del Código de Procedimiento Civil de la República de Chile es del tenor siguiente: " (...) Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen" (REPÚBLICA DE CHILE. *Código de procedimiento civil.* Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. 13ra ed. 1995. p. 114).

partir de la reforma de 1984, el art. 1.428 términos:

Cuando se pres que aparezca co entregar cosas o instancia del den que, según las efectividad de la

Recientemente Enjuiciamiento Civil BOE del día 8 de e regulado dentro del cautelares". La Expo Civil española nos il

En cuanto a las n unitario de prece más adelante se e procesos civiles caracterizada po de 1881 y en otr "El referido con agrupar la regu considerarse "o procedimiento. características ge evitar que se frus unos presupuest resulte un régimen número limitado vaguedad, incon jurisprudencia só

La puerta gené o inominadas la pre "Conforme a lo esta entre otras, las sigu

partir de la reforma de la ley de Enjuiciamiento Civil española de agosto de 1984, el art. 1.428 consagró el poder cautelar general en los siguientes términos:

Cuando se presenta en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayeren.

Recientemente ha sido sancionada en España una novísima Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de 2000, publicada en el BOE del día 8 de enero de 2000), en la que el sistema cautelar está regulado dentro del Libro III "De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares". La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española nos ilustra sobre el fundamento de dicho sistema:

En cuanto a las medidas cautelares, esta Ley las regula en un conjunto unitario de preceptos, del que sólo se excluyen, por las razones que más adelante se dirán, los relativos a las medidas específicas de algunos procesos civiles especiales. Se supera así una lamentable situación, caracterizada por escasas e insuficientes normas, dispersas en la Ley de 1881 y en otros muchos cuerpos legales.

"El referido conjunto de preceptos no es, empero, el resultado de agrupar la regulación de las medidas cautelares que pudieran considerarse "clásicas", estableciendo sus presupuestos y su procedimiento. Esta Ley ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado. Pero la generalidad y la amplitud no son vaguedad, inconcreción o imprudencia. La Ley se apoya en doctrina y jurisprudencia sólidas y de general aceptación.

La puerta genérica para la adopción de medidas cautelares atípicas o innominadas la prevé el art. 727 cuando en su encabezamiento dispone "Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares (...)" (cursivas nuestras).

Asimismo, de manera más contundente y mediante redacción que no deja lugar a dudas, cuando después de enumerar las medidas cautelares específicas, el propio artículo 727, en su aparte *in fine*, establece expresamente la posibilidad de que el Juez acuerde "11.ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio", lo cual configura, en criterio de Ortells Ramos, un desarrollo ilustrativo de las posibilidades de configuración judicial de medidas de acuerdo con los conceptos jurídicos indeterminados del art. 726 *eiusdem*.⁹⁸

3.2.4 Italia

El art. 700 del Codice di Procedura Civile de 1942⁹⁹, prevé que:

Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo

98 ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Madrid. Ed. La Ley. 2000. p. 125-126.

99 El artículo 700 del *Codice di Procedura Civile* ha tenido fuerte influencia en Latinoamérica. En dicho precepto de la República peninsular se basan las providencias de urgencia del art. 530 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala de 1963, el cual constituye una traslación al idioma castellano de la redacción de la norma italiana. El artículo en cuestión es del siguiente tenor: "Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores y en otras disposiciones de éste Código sobre medidas cautelares, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en éste Código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo".

También se fundamenta en el Código adjetivo italiano, el Código de Procedimiento Civil de Bolivia, vigente desde el dos de abril de 1976, el cual, por vía del artículo 169 (Otras medidas precautorias), establece que "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

necesario para h
amenazado de un
juez los providenc
más idóneas para
decisión sobre el

Carnelutti era c
italiano consagra
de ejecución.¹⁰¹

Proto Pisani est
se encuentra inserido
atipicidad del derecho
según el cual la dura
que tiene la razón. Ad
dictada para dar satis
todos los derechos, r
apreciados como episc
como mercedores de

De manera similar, c
adoptado por las Ley
con una principal me
ad litteram: "Además
justificado para teme
su derecho sufrirá u
medidas conservat
provisionalmente, de
sobre el fondo. El
correspondiente fian
La petición se trami
este título" (FABREG

100 CARPI, Federico y ot
Cedam. 2da. 1988. p.
Código de Procedim
el poder cautelar ger
providencias provisio
hacer cesar la injusti
Mariolga. *El poder ca*
13).

101 CARNELUTTI, France
Buenos Aires. EJE

necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, éste sea amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar al juez las providencias urgentes que aparezcan, según las circunstancias, más idóneas para asegurar de manera provisoria los efectos de la decisión sobre el mérito.¹⁰⁰

Carnelutti era de la opinión que también el art. 610 del Código italiano consagraba medidas cautelares innominadas dentro del proceso de ejecución.¹⁰¹

Proto Pisani estima que el artículo 700 del código adjetivo italiano se encuentra inserido en dos contextos: como valor realizado de la atipicidad del derecho de acción y en el principio general del ordenamiento según el cual la duración del proceso no debe producir daño al actor que tiene la razón. Además, es una típica norma de clausura del sistema dictada para dar satisfacción a exigencias de tutela sumaria urgente a todos los derechos, respecto de supuestos de hecho no previsibles o apreciados como episódicos o marginales, por no haber sido considerados como merecedores de específicos procedimientos sumarios (cautelares

De manera similar, el art. 558 del Código Judicial de la República de Panamá, adoptado por las Leyes 29, de 25 de octubre de 1984, y 18, de 8 de agosto de 1986, con una principal modificación mediante Ley 15 del 9 de julio de 1991, establece *ad litteram*: "Además de los casos regulados, a la persona a quien asista un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho sufrirá un peligro inmediato o irreparable, puede pedir al juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo. El peticionario presentará prueba sumaria y, además, la correspondiente fianza de daños y perjuicios.

La petición se tramitará y decidirá en lo conducente de acuerdo con las reglas de este título" (FABREGA - ARJONA. *Ob. Cit.* p. 116-117).

100 CARPI, Federico y otros. *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*. Padova. Cedam. 2da. 1988. p. 1025. De la misma época al precepto italiano encontramos el Código de Procedimiento Civil de la Ciudad del Vaticano de 1946 el cual establece el poder cautelar genérico en su artículo 894, a cuyo tenor "el juez podrá adoptar providencias provisionales aptas para evitar que el peligro se verifique, o para hacer cesar la injustificada inferioridad (SIC) de una de las partes" (QUINTERO, Mariolga. *El poder cautelar general en Venezuela*. Caracas. Ed. La torre. S/f. p 12-13).

101 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJE. 1973. Tomo III. p. 251-252.

o no cautelares) *ad hoc*, por lo que, por una parte, ostenta un carácter residual, y por la otra, ofrece un tipo de justicia que remite, en último análisis, a la discrecionalidad del juez por la necesaria generalidad de las disposiciones de ley.¹⁰² En efecto, sobre las *provvedimenti d'urgenza* nos indica Gascón que la doctrina italiana les otorga un carácter residual o subsidiario respecto de las medidas expresamente previstas por la Ley; que sus presupuestos son los mismos que los de cualquier otra medida cautelar, salvo que el perjuicio ha de ser "inminente" e "irreparable"; y que su contenido dependerá de las circunstancias del caso concreto, aunque se admite en doctrina y jurisprudencia que pueden tener un carácter anticipatorio del contenido del fallo.¹⁰³

No obstante, sobre este último aspecto cabe mencionar opiniones disidentes, como la de Morello, para quien, tanto el art. 700 de esa legislación procesal como las *Einstweilige verfügungen* reguladas en la ZPO alemana, §§ 935 y 940, "(...) no revisten carácter cautelar, pues al acordar una tutela anticipada lo hace porque existen razones -evaluadas a través de un juicio suficiente de probabilidades- como para conocer ahora lo que debería ser admitido al final (en el mérito) pero que si se postergara, el derecho que demanda protección quedaría desconocido en grado irreparable. El trámite del proceso continua, sin embargo, hasta la sentencia final".¹⁰⁴

102 PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari. Ed. Cacucci. 1982. p. 333, 334, 358, 359, 361 y 363.

103 GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Ob. Cit.* p. 116-117.

104 MORELLO, Augusto M. *Ob. Cit.* p. 63. La doctrina italiana, en el sentir de Salvatore SATTA (*Derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires. EJE. 1971. Tomo II. p. 230), se ha mostrado incierta, y en general ha tendido a reconducir sus *provvedimenti d'urgenza* a las providencias cautelares, lo que no pareciera del todo exacto, si la fórmula "asegurar los efectos de la decisión sobre el fondo" tiene algún significado. Así se ha sostenido que las providencias de urgencia tienen naturaleza cautelar y función instrumental respecto de una futura decisión de mérito, de la cual aseguran provisoriamente sus efectos (CARPI, Federico y otros. *Ob. Cit.* p. 1025), y que por ello, las características propias del instituto son su función instrumental (y por ello cautelar) respecto de la decisión sobre el fondo y su función subsidiaria con relación a las medidas cautelares típicas o nominadas, así como su estructura atípica no predeterminada por el legislador, mediante la cual puede asumir un contenido ya anticipatorio o ya meramente conservativo (MANDRIOLI, Crisanto. *Ob. Cit.* Tomo III. p. 314 -316).

3.2.5 Portugal

El nuevo Código de Procedimiento Civil de 1981, art. 28 de diciembre de 1981, establece que las "providencias cautelares"

Cuando alguien interpusiere una acción sea por el objeto de la acción sea por el valor de la acción difícilmente representable, si conviniere ningunamente a las providencias cautelares, la práctica de ellas se abstenga de ellas en materia de inmuebles, que el depositario.¹⁰⁵

Actualmente el artículo 329-A/95 de 12 de mayo de 1995 por Decreto ley 188/95 de 375-A del 20 de septiembre de 1995 en su artículo 381º especificadas en los

1. "Sempre que alguma providencia com a finalidade de assegurar a eficácia de uma decisão judicial grave e difícilmente representável, não seja necessária a providencia cautelar, a pratica de ella se abstenga de ella em materia de immoveis, que o depositario."
2. "O interesse do depositario em interpor a providencia cautelar não é suficiente para a sua concessão, quando a providencia cautelar não for necessária para assegurar a eficácia de uma decisão judicial grave e difícilmente representável, a pratica de ella se abstenga de ella em materia de immoveis, que o depositario."
3. "Nao sao applicaveis as providencias cautelares quando a providencia cautelar não for necessária para assegurar a eficácia de uma decisão judicial grave e difícilmente representável, a pratica de ella se abstenga de ella em materia de immoveis, que o depositario."
4. "Nao é admittida a providencia cautelar quando a providencia cautelar não for necessária para assegurar a eficácia de uma decisão judicial grave e difícilmente representável, a pratica de ella se abstenga de ella em materia de immoveis, que o depositario."

105 BARBOSA MORENO

3.2.5 Portugal

El nuevo Código procesal civil portugués (Decreto ley 44129, de 28 de diciembre de 1961) dedicó inicialmente una sección a las "providencias cautelares no especificadas" y en su art. 399 indicaba:

Cuando alguien muestre fundado temor de que otro, antes de que una acción sea propuesta o en la pendencia de ella, cause lesión grave o difícilmente reparable a su derecho, puede requerir, si en el caso no conviniere ninguno de los procedimientos regulados en este capítulo, las providencias adecuadas a la situación, como una autorización para la práctica de determinados actos, la intimación para que el reo se abstenga de cierta conducta, o la entrega de bienes muebles o inmuebles, que constituyan el objeto de la acción, a un tercero, su fiel depositario.¹⁰⁵

Actualmente y luego de una revisión profunda mediante Decreto ley 329-A/95 de 12 de diciembre de 1995, así como por las modificaciones por Decreto ley 180/96 de 25 de septiembre de 1996 y Decreto-ley N° 375-A del 20 de septiembre de 1999, el *Código de Processo Civil* portugués, en su artículo 381°, prevé el ámbito de las *providencias cautelares nao especificadas* en los siguientes términos:

1. *"Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesao grave e difícilmente reparable ao seu direito, pode requerer a providencia conservatoria ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameacado.*
2. *"O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisao a proferir em acao constitutiva, já propousta ou a propor.*
3. *"Nao sao aplicaveis as providencias referidas no N° 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesao especialmente prevenido por alguma das providencias tipificadas na seccao seguinte.*
4. *"Nao é admisible, na dependencia da mesma causa, a repetição de providencia que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado".*

105 BARBOSA MOREIRA; José Carlos. *Ob. Cit.* p. 144.

3.2.6. Argentina

Anterior a la promulgación del Código Procesal Civil y Comercial (ley 17.454 del 7 de noviembre de 1967), no existía en el orden nacional argentino norma alguna que autorizare la aplicación de medidas cautelares no previstas específicamente por la ley, sin embargo, la jurisprudencia del país sureño concedió medidas cautelares atípicas bajo el fundamento de que en el poder de juzgar está implícita la facultad de evitar la posibilidad de que los pronunciamientos judiciales resulten eventualmente inoperantes o inocuos. Luego, con basamento en tal criterio jurisprudencial, y secundando el adoptado por los códigos de Jujuy (art. 279) y Mendoza (art. 115), los cuales a su vez reconocen como antecedente el art. 700 del Codice di Procedura Civile italiano, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1968, reformado en 1981, consagró la norma del art. 232 el cual dispone que

Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.¹⁰⁶

3.2.7. Brasil

En Brasil, el art. 675, I y II, del Código Procesal Civil de 1939 preveía:

Además de los casos en que la ley expresamente lo autoriza, el juez podrá determinar providencias para cautelar el interés de las partes: Cuando del estado de hecho de la litis surgieren fundados temores de discordia o violencia entre los litigantes; cuando, antes de la decisión, fuera probable la ocurrencia de actos capaces de causar lesiones, de difícil e incierta reparación, al derecho de una de las partes.¹⁰⁷

106 PALACIO, Lino Enrique. *Ob. Cit.* p. 81-82.

107 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 85.

Actualmente
5869, de 11 de ene
arts. 798 y 799¹⁰⁸.

Art. 798: Además
por el Código e
las medidas p
fundado temor
derecho de la c
Art. 799: En e
daño, podrá au
ordenar la cust
imponer la pres

En reforma po
por virtud del art. 2
de 13/12/94), el cua

El juez podrá a
los efectos de la
pruebas inequív
y: I - Haya funda
- quede caracte
propósito dilato
tutela, el juez i
convencimiento
hubiera peligro
ejecución de la
lo dispuesto en

108 En dichos precepto
del Código Proces
de 1989) conform
centroamericano:
podrá determinar l
fundado temor de
otra parte una lesi
"Para evitar el dañ
actos, ordenar el o
(Asamblea Legisla

109 LACERDA, Galeno

Actualmente, el *Código de Processo Civil* brasileño vigente (Ley 5869, de 11 de enero de 1973), inserta el poder cautelar atípico en sus arts. 798 y 799¹⁰⁸:

Art. 798: Además de los procedimientos cautelares específicos, regulados por el Código en el Capítulo II de este libro, podrá el juez determinar las medidas provisionales que considere adecuadas, cuando exista fundado temor que una parte, antes de la decisión de la litis, cause al derecho de la otra lesión grave y de difícil reparación.

Art. 799: En el caso del artículo precedente, el juez, para evitar el daño, podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar la custodia judicial de personas y el depósito de bienes e imponer la prestación de caución.¹⁰⁹

En reforma posterior, se introduce la denominada tutela anticipativa por virtud del art. 273 del Código Procesal Civil de Brasil (Ley nº 8.952, de 13/12/94), el cual estipula:

El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I - Haya fundado temor de daño irreparable o difícil reparación; o II - quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. 1º En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso las razones de su convencimiento. 2º No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria. 3º La ejecución de la tutela anticipatoria observará, en lo que corresponda, lo dispuesto en los incs. I y II del art. 588. 4º La tutela anticipatoria

108 En dichos preceptos del código adjetivo brasileño se basa la redacción del art. 242 del Código Procesal Civil de la República de Costa Rica (Ley 7.130, de 16 de agosto de 1989) conforme al cual se consagran las medidas cautelares atípicas en ese país centroamericano: "Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación.

"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" (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, s/f: p. 62).

109 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 85.

podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada. 5º Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final.

3.2.8. Perú

El Código Procesal Civil del Perú, Decreto legislativo 768 de fecha 29 de febrero de 1992, regula en la Sección Quinta, Título IV, el "Proceso Cautelar", mediante un Capítulo I sobre "Medidas cautelares", arts. 608 al 641 (Sub-capítulo 1º: Disposiciones generales; Sub-capítulo 2º: Procedimiento cautelar), y un Capítulo II destinado a regular las "Medidas cautelares específicas", arts. 642 al 687 (Sub-capítulo 1º: Medidas para futura ejecución forzada; Sub-capítulo 2º: Medidas temporales sobre el fondo; Sub-capítulo 3º: Medidas innovativas; Sub-capítulo 4º: Medida de no innovar).

En su artículo 629 establece la posibilidad de que sea dictada una medida cautelar genérica en los términos siguientes: "Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva". La medida cautelar genérica, como todas las demás medidas cautelares que prevé dicho instrumento legal, está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (art. 608), importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable (art. 612), y será dictada por el Juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa, considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable (art. 611).¹¹⁰ Asimismo, el

110 La doctrina procesal peruana (MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima-Perú. Comunidad. 2002. p. 356-357 y 359-360) estima que el poder cautelar genérico es una norma de remisión que otorga al juez la posibilidad de crear una situación jurídica -aseguratoria, provisional, etc.- basada únicamente en su libertad interpretativa, enmarcada en criterios de teoría cautelar y puesta al servicio de la resolución justa del proceso; que no es una potestad especial sino una de las diversas posibilidades que tiene el juzgador de actuar adecuadamente en un proceso judicial; y que constituye una muestra de que la libertad de interpretación del juez no se restringe al plano normativo, sino que el peso de su función debe ubicarse en la solución del problema concreto (tópica). Además, sostiene que no sólo es el artículo 629 el único enunciado normativo que otorga la posibilidad de conceder las medidas cautelares atípicas, pues con un

acápito del artículo
medidas cautelares
destinadas a evitar
la ejecución de

3.2.9. Uruguay

El moderno
de octubre de 1992
tiene por fuente
Procesal Civil pa

tenor similar
temporales so
del Código P
medidas no re
111 Sobre el proce
Modelo establ
"En la regulac
modernos Có
"Se regulan, e
Tribunal y de
"Se ha creído c
por la parte, h
perseguida, si
"Se menciona
del proceso ca
la jurispruden
Finalmente, s
existencia de
inclusión, den
anticipativas"
procesal civil
Ciencias Polít
Advierte Enriq
Código Proce
oral. El Códig
Augusto M. La
Plata - Argent
Latinoamérica
Modelo, si bie
mejoramiento,

acápito del artículo 618 prevé la medida anticipada pues "Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva".

3.2.9. Uruguay

El moderno Código General del Proceso de Uruguay (Ley 15.982 de octubre de 1988), prevé en el encabezamiento de su art. 316, el cual tiene por fuente básica el art. 279 del Anteproyecto de Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica¹¹¹, que: "El tribunal podrá disponer las

tenor similar aparecen los artículos 628 (medida anticipativa), 674 (medidas temporales sobre el fondo), 682 (medida innovativa) y 687 (medida de no innovar) del Código Procesal Civil del Perú, en tanto permiten al juzgador disponer de medidas no reguladas.

111 Sobre el proceso cautelar, la exposición de motivos del Anteproyecto de Código Modelo establece:

"En la regulación de este proceso, se han seguido las orientaciones de los más modernos Códigos del área o de aquellos que les han servido de modelo.

"Se regulan, en el articulado, los elementos del proceso cautelar, las facultades del Tribunal y de las partes, así como sus respectivos deberes.

"Se ha creído del caso facultar al Tribunal, no sólo para modificar la medida solicitada por la parte, haciéndola menos gravosa cuando, aún así, cumple con la finalidad perseguida, sino también para reformar, en ese sentido, la decisión ya adoptada.

"Se mencionan, asimismo, las principales medidas que pueden ser dispuestas dentro del proceso cautelar, incluyendo las más recientemente aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia.

Finalmente, se recoge la moderna solución del derecho comparado respecto a la existencia de un derecho cautelar genérico del órgano jurisdiccional, así como la inclusión, dentro del género del proceso cautelar, de las medidas provisionales y anticipativas" (INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *El código procesal civil modelo para Iberoamérica*. Caracas. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2da ed. 1994. p. 84).

Advierte Enrique VÉSCOVI ("Nuevas tendencias y realidades del proceso civil. El Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica. La experiencia uruguaya del proceso oral. El Código Judicial Uniforme para la Nueva Unión Europea". En: MORELLO, Augusto M. *La prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata - Argentina. Ed. Platense. 1.996. p. 491; *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Santa Fe de Bogotá. Ed. Temis. 1996. p. 20-21) que el Código Modelo, si bien aún se encuentra en la etapa de Anteproyecto y se procura su mejoramiento, mediante una Comisión que analiza múltiples sugerencias de reformas,

medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor; la de interventor o cualquiera idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar".¹¹²

Alguna doctrina¹¹³ ha interpretado que el art. 316 del Código General del Proceso prevé una enunciación de medidas cautelares que no es taxativa por lo que en el mismo se recoge la denominada "potestad cautelar general". Otros han afirmado¹¹⁴ que a pesar de que el moderno código adjetivo uruguayo tiende a buscar una mayor eficiencia de la justicia —estableciendo, entre otros, el principio de que la finalidad del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales, art. 14 del Código General del Proceso—, si bien ha aumentado los poderes cautelares del

y por otra parte, no se trata de una legislación uniforme como la proyectada para la Comunidad Económica Europea, pues no pretende regir en ninguna región, país o Estado (provincia, etc.), constituye un "modelo" o "tipo" que sirva de guía para los países de Iberoamérica que estructuran las reformas de sus códigos procesales, adaptándolas a sus circunstancias y posibilidades, a fin de permitir la mejor integración, en especial la cooperación judicial.

En este orden de ideas, Sandro SCHIPANI ("Principios para un 'Código-tipo' de Derecho de las personas para América Latina". En: Universidad Externado de Colombia y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*. Contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de personas. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1995. p. 17-18) aprecia que los proyectos de "código-tipo", como expresión de los principios, son obra de una doctrina que no busca soluciones abstractas, *a contrario sensu*, se trata de interpretar el sistema, no con el objetivo de efectuar un censo estadístico de las legislaciones actualmente en vigor en los diversos ordenamientos, para, sobre tal base, adherir a las variadas normas registradas como mayoría o minoría, sino para proponer nuevamente las soluciones más justas por vía de una labor crítica de orientación y selección de los datos, yendo a las raíces del sistema y uniendo el análisis histórico con el dogmático, colocando el primero al servicio del segundo, en una constante apertura hacia el futuro y protección de los caracteres básicos y de la originalidad del sistema; convirtiéndose, en última instancia, en propuestas para los legisladores.

112 Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay, 1990. p. 72.

113 ABAL OLIÚ, Alejandro. "Proceso cautelar y proceso provisional". En: Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. *Curso sobre el código general del proceso*. Montevideo - Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 3ra reimpresión. 1992. Tomo II. p. 90-91.

114 VÉSCOVI, Enrique. *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Santa Fe de Bogotá. Ed. Temis. 1996. p. 109-110.

juez, introducié
no ha plasmado
previó una norm
perjuicio de cua
y asegurar el res
diferenciados de
de ser irreversible

CAPÍTULO II. LAS VENEZOLANO

Específica
CPC venezolano
Proyecto Sánch
del Juez, vale c
sede procesal, a
para salvaguarda
de la parte soli
judicial con fue
atípicas¹¹⁵. Dich

115 Lo preventivo
ser para lo su
eventual no a
de la decisio
servicio de a
eficacia, vale
procesal, y qu
BIDART, Adé
Manoel Arruc
Debemos, er
implica preve
"preventivo"
queremos log
Por otra pa
"indetermin
individualida
el *quid* del as
que estudiam
y por ello, no

juez, introduciendo nuevas medidas cautelares, como la de no innovar, no ha plasmado el "poder cautelar genérico del Juez", a pesar de que previó una norma la cual expresa que las medidas enumeradas lo son sin perjuicio de cualquier otra que el juez adopte para prevenir daños futuros y asegurar el resultado del proceso, así como anticipar la tutela (en casos diferenciados de necesidad) por vía de medidas que tienen la característica de ser irreversibles.

CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

Específicamente el párrafo primero del mencionado art. 588 del CPC venezolano de 1987, el cual no estaba previsto inicialmente en el Proyecto Sánchez Bueno de 1975, consagra el Poder Cautelar General del Juez, vale decir, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, en sede procesal, adopte las medidas cautelares atípicas que mejor se adecuen para salvaguardar la eficacia del proceso así como los eventuales derechos de la parte solicitante mientras es proferida la respectiva declaración judicial con fuerza de cosa juzgada, y por ende, las medidas cautelares atípicas¹¹⁵. Dicha norma establece *ad litteram*:

115 Lo preventivo se contrapone a satisfactivo ó sancionatorio ó resarcitorio y puede ser para lo sustantivo, dado que puede ser solución definitiva para que un daño eventual no acontezca, como para lo procesal, cuando se evita el riesgo en espera de la decisión definitiva dentro de un proceso; mientras que lo cautelar está al servicio de algo ulterior (proceso, actividad, acto o diligencia) para asegurar su eficacia, vale decir, un elemento procesal en asistencia o garantía de otro elemento procesal, y que por tanto se opone a lo principal que se satisface a si mismo (GELSI BIDART, Adolfo. "Tutela procesal 'diferenciada'". En: *Revista do processo*. Dir: José Manoel Arruda Alvim. No 44. Ano 11. Outubro - dezembro 1986. p. 102-103).

Debemos, entonces, hablar de "medida o providencia cautelar" en cuanto esta implica prevención en y para el proceso, y dejar a un lado el adjetivo más genérico "preventivo" para lo que se garantiza fuera del proceso, en ámbito sustantivo, si queremos lograr una precisión conceptual en el tema que tratamos.

Por otra parte, si analizamos los vocablos "innominada" (no nombrada), "indeterminada" (no definida o fijada), "no especificada" (explicada sin individualidad) y "genérica" (común a muchas especies), encontramos que no tocan el *quid* del asunto, pues si bien es cierto que las medidas o providencias cautelares que estudiamos, en principio, no se nombran en específico ni se definen en la ley, y por ello, no resultan individualizadas conformado un género dentro del cual se

Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que

pueden agrupar todas las medidas cautelares que la ley no concretiza, tales adjetivos no establecen una diferencia de fondo, aunque sí de forma, respecto de las providencias cautelares previstas específicamente en la ley.

Frente a esta circunstancia debemos acudir a las ideas de tipo y de tipicidad. La noción de tipo legal podemos extrapolarla del derecho penal y afirmar que "...es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley..." (JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires. Ed. Losada. 4ta ed. 1963. Tomo III. p. 747), en el caso que nos ocupa, como medida o providencia cautelar. A su vez, la tipicidad es "un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos; ordenación que se efectúa a través y por medio de la noción de tipo" (GETE - ALONSO. *Apud*. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles*. Medellín Ed. DIKE. 2da ed. 1992. Tomo II. p. 14-15).

Explica ARRUBLA (*ibidem*. p. 15) que la tipicidad viene a constituir el factor de conexión entre el hecho social y el tipo jurídico, cumpliendo una doble función: la individualizadora, por medio de la cual se extrae de la observación de la realidad la manera y el propósito de cada rama y especie; y la función jurídica, que implica individualizar y observar la conducta humana en sus distintos elementos y aspectos (tipicidad de configuración), para lograr una regulación determinada en estrecha armonía con esos mismos elementos y caracteres (tipicidad de regulación).

También asienta el mismo autor que: "así tenemos una idea de tipicidad tomada como un mecanismo jurídico que con fundamento al tipo social, elabora el tipo jurídico. Tendremos, como resultado, que la conducta será típica en la medida que coincida o se adecue a los tipos consagrados en el sistema y será atípica cuando no se presenta la adecuación de la conducta con la figura jurídica" (1992: II, 15).

En síntesis, podemos afirmar con Eugenio Raúl ZAFFARONI (*Manual de derecho penal*. Parte general. Buenos Aires. EDIAR. 5ta ed. 1986. p. 373), que "a) Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no la presenta); b) Tipicidad es la adecuación de una conducta a un tipo; c) tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta".

En el ámbito de las medidas o providencias cautelares, la conducta a valorar será el producto de la decisión del juez que otorga la tutela cautelar. Así, si dicta una medida cautelar con regulación determinada, *verbi gratia*, un embargo de bienes muebles, una prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles o un secuestro de cosa determinada (art. 588, *caput*), se producirá la tipicidad al adecuar éste el ejercicio de la tutela cautelar a un tipo legal, pudiéndose calificar la providencia cautelar como típica ya que presenta la característica específica de la tipicidad.

A *contrario sensu*, si el propio juez dictare una medida cautelar en la que no concurren todos los elementos del tipo descrito en el CPC o en alguna norma procesal especial, o que la misma ley no describa la providencia y sin embargo se

considere
las partes p
de la otra. I
o prohibir l
que tengar

La extinta
sentencia de 1
Hildegard Rond
Carlos Andrés Pe
sobre el mencio

Por una pa
reconocimie
para evitar
retardo del
las medidas

nos presenta
ausencia de ti
medida que si
no adecuarse
como atípica
por la ley par
Es nuestra op
institución en
argumentos a
especifico es
materiales o ju
de ORTIZ (*Ob*
cautelares inn
primera expre
que la denon
alude a circum
que no consio
como sostiene
no sólo abarc
aquellas provi
las cuales, al
requieren ent
HENRIQUEZ
de Estudios Ju

considere adecuadas, cuando hubiese fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.¹¹⁶

La extinta Corte Suprema de Justicia, actuando en Corte Plena en sentencia de 15 de febrero de 1995, siendo ponente la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó en el caso "República de Venezuela contra Carlos Andrés Pérez Rodríguez y otros", hizo las siguientes consideraciones sobre el mencionado precepto:

Por una parte se señalaba que el sistema cautelar general implica el reconocimiento de un poder de tutela genérico que faculta al juez para evitar que se produzca un peligro de daño jurídico derivado del retardo del pronunciamiento de la providencia definitiva y para dictar las medidas que considere más aptas para impedir que el mismo se

nos presenta en la realidad con una función netamente cautelar, se generará la ausencia de tipicidad de los medios utilizados, mas no de los presupuestos de la medida que sí se encuentran previstos en el párrafo primero del art. 588 CPC, al no adecuarse la práctica del poder cautelar a un tipo legal, calificándose la medida como atípica pues no responde a la característica específica de la tipicidad exigida por la ley para cada uno de los supuestos que de manera expresa determina. Es nuestra opinión, en definitiva, que el término adecuado para referirse a la institución en estudio es el de "medida o providencia cautelar atípica" por los argumentos anteriormente explanados, y a pesar de que la atipicidad en el caso específico es relativa por referirse al contenido de las medidas u operaciones materiales o jurídicas y no a los presupuestos de las mismas, por lo que disentimos de ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 368) quien adopta como preferente la denominación "medidas cautelares innominadas" y no la de "atípicas" pues, a pesar de que reconoce que la primera expresión no refiere los elementos esenciales del fenómeno, considera que la denominación de "atípicas" se aleja aún más al entender que la palabra alude a circunstancias no propias, no calificadas en determinada categoría, alegato que no consideramos de peso en virtud de los razonamientos expuestos. Además, como sostiene MONROY PALACIOS (*Ob. Cit.* p. 210-211), el término "innominado" no sólo abarca a las cautelares no previstas por el ordenamiento, sino igualmente a aquellas providencias a las que se hace referencia de manera indirecta o no expresa, las cuales, al ser reguladas por el ordenamiento jurídico, resultan típicas y no requieren entonces del poder general de cautela.

116 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 320-321.

genere. Ese poder se manifiesta en la facultad de dictar tanto medidas nominadas o típicas, como las no previstas expresamente en la norma. La concepción antes señalada, se opone así al sistema cautelar taxativo, que reconoce sólo un poder de tutela restringido a las medidas cautelares previstas específica y taxativamente en la Ley; en la cual se determinan para cada caso las condiciones de procedencia y se cumplen mediante medidas nominadas o típicas.

Una posición sincrética, concibe la existencia de un sistema cautelar mixto que, por una parte, reconoce medidas cautelares de carácter específico reguladas en la Ley (medidas nominadas o típicas) y, asimismo, un poder cautelar genérico que autoriza al juez para decretar independientemente de aquéllas, las medidas que considere más eficaces para el fin que pretende alcanzar.

En el derecho venezolano, con anterioridad a la reforma del Código de Procedimiento Civil, existían dos posiciones respecto al reconocimiento de la potestad cautelar general. En efecto, una corriente estimaba, que una interpretación amplia de nuestro sistema permitía reconocer en él una potestad cautelar general: La corriente predominante, sin embargo, era en el sentido de considerar que el Código de Procedimiento Civil taxativamente señala las únicas medidas cautelares que el juez podía acordar (medidas taxativas).

Con la reforma de la norma procesal aparece una notable innovación en materia de procedimientos cautelares. Aun cuando la doctrina nacional haya comentado muy limitadamente el alcance de tal innovación; sin embargo, del texto del artículo que lo consagra (artículo 588, parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil) se pone en evidencia que la medida cautelar innominada tiene como especialidad la discrecionalidad del juez para establecer la cautela que considere adecuada al caso, por lo cual no es posible una clasificación general, dada la infinidad de supuestos que podrían plantearse, ya que dependerá de cada situación específica, el contenido de la orden cautelar. En efecto, la norma señala que la cautela es ejercida mediante autorización o prohibición de ejecución de determinados actos; pero no se limita a estos dos supuestos sino que faculta al juez para adoptar cualquier tipo de providencia a fin de que cese la continuidad de la lesión de una de las partes respecto de la otra. La cautela innominada se basa en los mismos elementos que rigen para las medidas típicas y posee las características de toda actuación cautelar, esto es, como lo señala Calamandrei, la provisoriedad; la instrumentalidad; la revocabilidad; la mutabilidad; la accesoriedad y la responsabilidad: A lo anterior se une, por tratarse de medidas discrecionales, la necesidad de que obedezcan a los principios de racionalidad y proporcionalidad

que son propios del
libre del órgano y
Las características de
de la norma trans
Se rigen por las
cautelares procesal
Procedimiento Civ
quede ilusoria la
existir presunción
C.- deben aportars
mora como al fum

1. ANTECEDENTE LEGISLATIVO

La primera parte
con el art. 798 brasileño
se corresponde en forma
Código Procesal brasileño

El elemento de
estrictamente literal, es
fuente inmediata los art
sino también la redacción
Civil portugués de 196
el poder general de ca
IX ("Dei provvedimenti
di Codice di Procedu
Carnelutti¹¹⁷.

117 En tal virtud, resulta
doctrinarios, que como
especial referencia a
En: *Derecho procesal*
Instituto de Estudios J
cuanto el legislador v
utiliza el termino "prov
la figura de las medida
debido a la semejanza
provvedimenti, de los
En definitiva, la referen
italiano, más no con t
hemos señalado, con

que son propios de las mismas por constituir el límite entre la voluntad libre del órgano y la arbitrariedad.

Las características de estas medidas cautelares innominadas que emergen de la norma transcrita son las siguientes:

Se rigen por las condiciones generales para la procedencia de las cautelas procesales previstas en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, esto es: A.- debe existir riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*); B.- debe existir presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*); C.- deben aportarse medios de prueba relativos tanto al *periculum in mora* como al *fumus boni iuris*.

1. ANTECEDENTE LEGISLATIVO INMEDIATO

La primera parte de la norma venezolana coincide esencialmente con el art. 798 brasileño. A su vez, la parte *in fine* de la norma venezolana se corresponde en forma parcial con lo preceptuado por el art. 799 del Código Procesal brasileño.

El elemento diferenciador, derivado de una interpretación estrictamente literal, estriba en que no sólo nuestro precepto tiene por fuente inmediata los arts. 798 y 799 del *Código de Processo Civil* de Brasil, sino también la redacción original del art. 399 del Código de Processo Civil portugués de 1961, por lo que, entonces, tiene por fuente mediata el poder general de cautela a favor del juez civil contenido en el Título IX (*"Dei provvedimenti cautelari"*, arts. 324-335) del Libro II del *Progetto di Codice di Procedura Civile* presentado en 1926 por Francesco Carnelutti¹¹⁷.

117 En tal virtud, resulta una toma de posición apresurada de algunos acreditados doctrinarios, que como Hildegard RONDÓN (*"Medidas cautelares innominadas [con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo]"*). En: *Derecho procesal civil*. XXII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar". Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. p. 329), consideran que, por cuanto el legislador venezolano cuando se refiere a las cautelares innominadas utiliza el término "providencias cautelares", se debe concluir que pudo haber tomado la figura de las medidas cautelares innominadas del moderno proceso civil italiano, debido a la semejanza terminológica entre "providencia" con la palabra *provvedimenti*, de los *provvedimenti d'urgenza*.

En definitiva, la referencia en realidad es indirecta respecto al sistema procesal italiano, más no con relación al *Codice di Procedura Civile* de 1942 sino, como hemos señalado, con el *Progetto del Codice di Procedura Civile* presentado por

Haciendo un análisis comparativo de nuestra norma respecto de aquellas que le son más cercanas, se observa que el párrafo primero del art. 588 supera: i) la redacción del art. 700 del código procesal italiano, legislación base para la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1987, pues no exige la "irreparabilidad" del perjuicio, cuya interpretación literal haría inejecutable el poder cautelar general¹¹⁸; ii) también la redacción de los arts. 798 y 799 Código de rito brasileño y 242 costarricense, primero, porque al igual que los artículos 405 y 399 de los códigos procesales portugueses de 1939 y 1967, habla de "lesiones graves o de difícil reparación" y no de "lesión grave y de difícil reparación" como lo hace la normativa brasileña; segundo, porque sólo prevé que "el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos", sin mencionar de modo expreso algún tipo de medida, lo que evita una restricción taxativa de las providencias; tercero, la intención de

CARNELUTTI en 1.926, en el que también es utilizado el término *provvedimento*, el cual, según autorizada opinión (ALCALA-ZAMORA *Ob. Cit.*, p. 149), puede ser traducido por "medida" en relación con las resoluciones de tipo cautelar, aunque puede aceptarse en un sentido amplio, como providencia, proveído y proveimiento, siendo el sentido preferido "acción de proveer".

El art. 324 del *Progetto Carnelutti* de 1926 preveía lo siguiente: "Cuando del estado de hecho de la litis surja razonable temor de que los litigantes cometan violencia, o practiquen antes de la decisión actos capaces de lesionar de modo grave, aunque de difícil pero segura reparación, un derecho controvertido, o cuando en el proceso una de las partes se encuentre en situación de grave inferioridad ante la otra, el juez puede tomar las providencias provisionales adecuadas para evitar que el peligro se verifique. En particular, aparte de disposiciones especiales de la ley, puede ordenar el secuestro de cosa mueble o inmueble, prohibir o autorizar la práctica de determinados actos, atribuir valores provisionales, imponer sanciones" (*Apud.* SATTI, Salvatore. *Commentario al Codice di Procedura Civile*. Milano. Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi. Ristampa riveduta e corretta. 1966. Tomo IV. p. 269(ARIETA, Giovanni. *Ob. Cit.* p. 21; LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 85).

118 Como comenta DITTRICH, Lotario (*Ob. Cit.* p. 195), en Italia, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia dominante, ante la severa limitación que implica para la tutela cautelar atípica la exigencia de la irreparabilidad del perjuicio, han debido reconstruir el concepto de *pregiudizio irreparabile* en terminos relativos, estableciendo como tal el dano no facilmente ni integralmente reparable a la conclusión del juicio sobre el merito, tomando en consideración para tal valoración no solo el derecho objeto inmediato de la pretensión cautelar, sino tambien la función que tal derecho despliega en relacion con los concretos intereses del recurrente.

la norma venezolana sólo a prevenir o presunto (tutela explícitamente por lesión cierta o ac

Por el contrario art. 324 del Proyecto controvertido" sin sabe con certeza el Código italiano códigos adjetivos

2. Importancia y j

La función encargada al Poder justificación, en p daños que pueda introducción de la decir, por la inelu poder instrumenta el aseguramiento ordinarias.¹²⁰

A su vez, jurisprudencial, jurisdiccionales, s enseña Podetti¹²¹,

(...) la natura insatisfacción facultades ju

119 DUQUE CORRE Caracas. Edicion

120 REDENTI, Enric Ayerra Redin. B

121 PODETTI, J. Ra 1956. p. 45-46.

la norma venezolana aparentemente no va dirigida, como la brasileña, sólo a prevenir o evitar un daño o perjuicio aún no actualizado y por ello presunto (tutela inhibitoria provisoria, de la doctrina italiana), sino que explícitamente prevé la posibilidad de hacer cesar la continuidad de una lesión cierta o actualizada.

Por el contrario, la norma venezolana no supera la redacción del art. 324 del *Progetto Carnelutti* de 1926 pues no habla de "derecho controvertido" sino de "derecho" sin adjetivos, y en sede cautelar no se sabe con certeza si el derecho existe o no. Igual situación se presenta en el Código italiano de 1942, en el portugués de 1961 y en los dos últimos códigos adjetivos brasileños de 1939 y 1973, respectivamente.

2. Importancia y justificación

La función cautelar, como parte de la función jurisdiccional encargada al Poder Judicial por la Constitución y las leyes, tiene como justificación, en palabras de Duque Corredor, "(...) evitar los peligros y daños que puedan derivarse por el transcurso del tiempo entre la introducción de la demanda y el pronunciamiento de la sentencia, es decir, por la ineludible demora en los procesos"¹¹⁹; a manera de un poder instrumental, en el sentido expresado por Redenti, el cual permite el aseguramiento previo de la eficacia practica de futuras providencias ordinarias.¹²⁰

A su vez, el establecimiento, bien por vía legislativa o bien jurisprudencial, de un poder cautelar general para los órganos jurisdiccionales, se justifica dentro de la función cautelar, como bien enseña Podetti¹²¹, porque cumple con:

(...) la natural apetencia de seguridad de todo derecho en peligro de insatisfacción, se ajusta al principio de flexibilidad y cabe entre las facultades judiciales. Esta justificación teórica, tiene también su

119 DUQUE CORREDOR, Román J. *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Caracas. Ediciones Fundación Projusticia. 1999. Tomo II. p. 138.

120 REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires. EJE. 1957. Tomo II. p. 245

121 PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires. EDIAR. 1956. p. 45-46.

justificación práctica, si observamos que aun careciendo un ordenamiento jurídico de una regla expresa al respecto, la doctrina y la jurisprudencia, una en la teoría y otra en la práctica, han reconocido la necesidad y la posibilidad de decretar medidas no previstas especialmente en la ley.¹²²

122 Los procesalistas FABREGA y ARJONA (*Ob. Cit.* p. 113) han llegado a afirmar, desde una perspectiva de derecho comparado, que en razón de las apremiantes necesidades de justicia de las sociedades modernas los ordenamientos procesales de diversas "familias" jurídicas han coincidido en conferir a los jueces, cada vez con mayor amplitud, poderes adecuados para la conducción de los procesos, verbigracia, la facultad para adoptar y recibir pruebas de oficio, represión de fraudes procesales, y la más importante, instrumentos mediante los cuales se aseguren efectivamente a las partes los derechos reconocidos en la ley sustancial.

Este nuevo sentido de la función del juez civil surge, particularmente en los sistemas de derecho continental, como resultado, según nos dice José RODRÍGUEZ URRACA (*Autoridad del juez y principio dispositivo*. Caracas. Ed. Lithobinder. 2da ed. 1984. p. 97), de una concepción evidentemente publicista de la naturaleza del proceso, el cual ya no debe ser considerado como un instrumento al servicio de las partes, sino como un medio del cual se vale el Estado para asegurar sus fines y lograr la continuidad del orden jurídico.

La cautela no ha resultado inmune a esta época de reformas en la política procesal y con Mariolga QUINTERO (*Ob. Cit.* p. 10-11; "Medidas innominadas". En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Ed. Vadell Hermanos. Enero - junio 1990. No 7-1. p. 143-144) podemos clasificar los sistemas cautelares del derecho comparado en tres tipos:

a) *Sistema cautelar general*, en el cual existe un poder de tutela cautelar genérico sin que sea acompañado por la consagración de medidas cautelares específicas ya que estas se encuentran comprendidas en aquél, siendo éste el caso del derecho anglo-americano y del derecho alemán.

b) *Sistema cautelar taxativo*, según el cual el poder de tutela cautelar se concretiza sólo a través de medidas específicas determinadas por la ley apriorísticamente incluso en sus condiciones de procedencia. Es este el caso del código procesal civil colombiano.

c) *Sistema cautelar mixto*, dentro del cual confluyen un poder de tutela cautelar limitado que se realiza mediante las medidas reguladas en específico por la ley y un poder de tutela cautelar genérico que autoriza al juez para decretar las providencias que considere más eficaces al fin que se pretende alcanzar. Son los casos, por ejemplo, de Italia, Brasil, Costa Rica y Venezuela, cuya Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional en sentencia del 19 de julio de 1995 (*Apud*. PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1995: N° 7. p. 102), ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el presente tópico de la manera siguiente: "...La Sala estima pertinente reiterar que el Juez de la instancia tiene, por una parte, una "función cautelar específica" en ejercicio de la cual pueda acordar las providencias asegurativas expresamente previstas en la ley, como por

Mas el ante
del procedimiento

ejemplo, las prev
que son denon
determinadas o
genérica" (poder
- con estricta suje
de las anteriorme
cuando hubiere
graves o de difi
cautelar puede au
para que no se c
hacer cesar la cor
se trata es de evit
Dentro de un sist
del poder genera
GRECO FILHO (C
Justitia. Sao Paul
prever todas las
estén en peligro
evitar que ese da
De modo tal, pu
máximo Tribunal
Ob. Cit. 1988. N°
encuentra amplísi
Guillen, para qui
toda regulación
prever toda la ca
En tal sentido, Fr
Sentís Melendo. E
por tanto (...) m
debía prever gene
proceso cautelar,
Incluso nuestra p
en el nuevo Cód
Hermanos. 1988.
ha dicho: "...en e
no se satisface co
esto será útil para
otras precaucione
a que cese el c
Administrativa de
(MORALES CABE
Caracas. Distribu

Mas el anterior enfoque comporta una visión puramente técnica del procedimiento, del derecho procesal sólo como técnica garantista, la

ejemplo, las preventivas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar que son denominadas indistintamente, por eso, como típicas, nominadas, determinadas o singulares, y por otra parte, también tiene la "función cautelar genérica" (poder cautelar general), por medio de la cual está facultado para decretar - con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585 procesal- y además de las anteriormente señaladas, la providencia asegurativa que considere "adecuada" cuando hubiere fundado temor de que una de las partes "pueda" causar lesiones graves o de difícil reparación "al derecho de la otra", a cuyos fines el Juez de la cautelar puede autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos (prevención para que no se cause la lesión), o adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión (ya el acto lesivo se ha manifestado y lo que se trata es de evitar la prosecución del mismo)".

Dentro de un sistema cautelar mixto como el venezolano se justifica la existencia del poder general cautelar del juez pues, como señala el jurista brasileño VICENTE GRECO FILHO ("Notas sobre medidas cautelares e provimento definitivo". En: *Justitia*. Sao Paulo. 46 (125). Abril - junio 1984. p. 87), no podría el legislador prever todas las hipótesis en que los bienes jurídicos 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, pues, que como ha explicado la Sala de Casación Civil de nuestro máximo Tribunal en auto del 25 de mayo de 1988 (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1988. N° 5. p. 199), "... la justificación doctrinal de esta nueva Institución encuentra amplísimas explicaciones en procesalistas eminentes, como Víctor Fairén Guillen, para quien 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 ofrece".

En tal sentido, Francesco CARNELUTTI (*Instituciones del proceso civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJE. 1973. Tomo III. p. 219) ha expresado: "Existen, por tanto (...) medidas cautelares innominadas, que el legislador ha creído que debía prever genéricamente por el temor de que la necesidad, a la que responde el proceso cautelar, se manifieste en formas diversas de las formas conocidas (...)".

Incluso nuestra propia doctrina (ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Providencias cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Valencia. Ed. Vadell Hermanos. 1988. p. 39) ha ponderado la importancia del instituto en estudio cuando ha dicho: "...en efecto, muchas veces el objeto del litigio o el derecho reclamado no se satisface con una mera prohibición, embargo o secuestro, porque nada de esto será útil para impedir la lesión, sino que ha menester de otras providencias, de otras precauciones o cautelas tendientes no ya a la futura ejecución del fallo, sino a que cese el daño", argumentación ésta que ha esgrimido la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de agosto de 1994 (MORALES CABELLO, Oswaldo. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas. Distribuidora Samadi. 1994. N° 8-9. p. 319).

cual, como enseña Candido Rangel Dinamarco¹²³, no va más allá de la descripción de los actos procesales, de las exigencias formales que los condicionan, de las articulaciones entre ellos y de las consecuencias por los desvíos que se hubieren realizado, vale decir, en palabras de Augusto Morello¹²⁴, sólo le basta el análisis de la esencia y funcionamiento mecánico de las reglas de procedimiento.

Somos del criterio de fundamentar la importancia y justificación de un poder atípico de cautela dentro de un sistema cautelar mixto como el venezolano, sobre la ingente necesidad de colmar la laguna de una más adecuada tutela tanto de aquellos supuestos de hecho que, si bien pueden ser acautelados mediante la función cautelar específica, pudieran ser objeto de un servicio de justicia más eficaz por vía de la función cautelar genérica; como de los denominados "casos marginales", los cuales son definidos por el ilustre procesalista italiano Virgilio Andrioli¹²⁵ como aquellos casos cuyas características, por no entrar en el "*id quod plerumque accidit*" (lo que generalmente sucede), no son necesariamente comprendidos en el esquema de la *fattispecie* abstracta prevista en la norma, y en consecuencia –agregamos–, al no poder el legislador prever

Algunos, sin embargo, han calificado la previsión de un poder cautelar general del juez dentro de un sistema cautelar mixto, como redundante o pleonástico, al lado de tantas medidas específicas, y como un defecto o inseguridad del legislador en el conocimiento de la práctica legislativa, razonamientos que han sido repelidos por el magistrado brasileño Julio Carlos DE MIRANDA BEZERRA ("Consideraciones sobre el poder cautelar geral do juiz". En: *Revista do curso de direito da Universidade de Uberlandia*. Dir: Jacy de Assis y Dinah Fernandes de Carbalho. Uberlandia. Volume 14. No 1. Janeiro - dezembro 1985. p. 341) cuando ha aclarado que el poder cautelar general del juez, antes que constituir un reforzamiento de la actividad del Juez, representa la convicción de que la ley, por más específica que sea, por más casuística que sea o completa que pretenda ser, no agota las situaciones que la vida social crea, no abarca la totalidad de los casos posibles que demandan una providencia pronta del juzgador, quien debe, al final, decir el derecho.

- 123 DINAMARCO, Cándido Rangel. "El futuro del derecho procesal civil". En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y otros. Santa Fe de Bogotá. *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Universidad Externado de Colombia. 1996. p. 295.
- 124 MORELLO, Augusto Mario. *Los abogados*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 2ª ed. 1999. p. 201.
- 125 ANDRIOLI, Virgilio. *Diritto processuale civile*. Volume primo. Napoli. Ed. Jovene. 1979. p. 251.

las hipótesis de
providencias cau
de un eventual
cuando, en la ar
de octubre de 1
legislación inter
procedimientos
de manera espe

Además, p
debe sustentars
representado po
técnica, sólo se
de los objetivos
sus instrumentos
los efectos sustar
efectivos." 127 No
cuando en sente
de 2.000 (Caso
Nueva Esparta e
derecho constitu
26 de la Constitu

126 Apud. PIERRE

127 DINAMARCO
Por ello, en c
que a la par
innominadas,
podrían ser a
do direito pro
330) ha consi
adjetivo de su
que se trata d
cual no deb
inimaginables

las hipótesis de *periculum in mora* en tales casos, mal podría predecir las providencias cautelares adecuadas para evitar o hacer cesar la ocurrencia de un eventual daño. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia cuando, en la antigua Sala de Casación Civil y mediante sentencia del 9 de octubre de 1996, ha indicado, que "(...) con este tipo de medida la legislación intenta llenar los vacíos que forzosamente se abren en los procedimientos de medidas cautelares, dada la imposibilidad de regular, de manera específica, toda la casuística que la vida ofrece".¹²⁶

Además, pensamos que la aplicación de la potestad cautelar general debe sustentarse también en la necesidad de utilizar el método representado por el proceso civil de resultados. Si el proceso es en sí una técnica, sólo se puede legitimar con el conocimiento y con penetración de los objetivos por realizar, por lo que se debe proceder a adecuar "(...) sus instrumentos y sus técnicas a los objetivos por realizar, de modo que los efectos sustanciales externos de la experiencia procesal sean justos y efectivos."¹²⁷ No es otra la interpretación del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en sentencia de la Sala Político Administrativa del 17 de febrero de 2.000 (Caso Alcaldía del Municipio Autónomo Villalba del Estado Nueva Esparta en nulidad), sostuvo que el poder cautelar deriva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

126 *Apud*. PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1996. Nº 10. p. 235.

127 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. Cit.* p. 325 y 298.

Por ello, en casos como el del art 799 del *Código de Processo Civil* de Brasil, en el que a la par de establecerse la posibilidad del decreto de medidas cautelares innominadas, el legislador previo una lista del contenido de las resoluciones que podrían ser adoptadas, la doctrina (PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Novas tendencias do direito processual*. Río de Janeiro. Ed. Forense Universitária. 2da. ed. 1990. p. 330) ha considerado de manera indiscutible que la enumeración legal del código adjetivo de su país no agota el objeto del poder cautelar general, pues se sostiene que se trata de un enunciado meramente ejemplificativo (SANCHES, LACERDA), el cual no debe limitar en modo alguno la saludable posibilidad de decretar inimaginables medidas que no entran en las hipótesis legales.

3. Finalidad

Se sostiene¹²⁸ que las medidas cautelares atípicas no tienen por finalidad garantizar o asegurar sobre los bienes del deudor el proceso de ejecución del fallo, sino lograr, a manera de fin mediato, asegurar la efectividad del proceso, mientras éste dure, por vía de la satisfacción anticipada y útil de los derechos mismos que han sido desconocidos o violados, y a objeto de -he aquí la finalidad inmediata- lograr preservar o reestablecer la situación jurídica discutida, o simplemente evitar o eliminar durante el *iter* procesal los perjuicios que puedan ser causados por conductas lesivas de cualquiera de las partes, a través de un mandato judicial de hacer o de no hacer, para que la sentencia que se dicte resulte adecuada a aquella situación, evitándose así su inoficiosidad.

Compartimos el planteamiento hecho respecto de la finalidad mediata e inmediata de la potestad cautelar genérica, por cuanto con ella se cubre tanto el deber abstracto de impartir justicia de parte del Estado como el derecho concreto a obtener justicia por parte de los particulares, mas no pensamos que deba ser excluida la posibilidad de que por vía de tal potestad puedan asegurarse bienes, pues si bien es cierto que la norma que nos ocupa persigue evitar la inminencia de un daño o interrumpir su actualización mediante mandatos autorizatorios o prohibitorios del juez, tal objetivo no resulta incompatible con el aseguramiento de las resultas del juicio concebido en un sentido amplio, ya que al controlar la eventual ocurrencia del daño temido, en la mayoría de los casos, se propende a garantizar, aún indirectamente, los bienes involucrados para una eficaz y ulterior ejecución del fallo definitivo.¹²⁹ En este sentido, la entonces denominada Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de octubre de 1996, aunque sustentándose en la tesis de

128 ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires. Ed. Compañía Argentina de Editores. Reimpresión. 1982. Tomo III-I. p. 288-289; DUQUE CORREDOR, Román J. *Ob. Cit.* p. 148, 152-153 y 154; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 16, 281, 283 y 286-288.

129 También debe ser tomada en consideración la opinión vertida por María Pia CALDERON CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid. Ed. Civitas. 1992. p. 146) según la cual la finalidad pretendida con la tutela cautelar sólo se logrará si *in fine* el litigante victorioso obtiene la satisfacción de su derecho en los términos que fue concedido por la resolución judicial, ya que en caso contrario la sentencia no será efectiva, o si lo es, lo será parcialmente.

la subsidiariedad en sentido la afirmación por objeto el aseguramiento de la medida se tiene las medidas cautelares gravar (...)." 130 conforme a la conducta de las 588 del Código de el Tribunal podrá (...)" , y conforme entenderse que si la misma norma tengan por objeto traspassa con tal partes y se debe discrecional al me

4. Definición

Las medidas cautelares son disposiciones judiciales de carácter discrecional en su contenido, y por lo tanto un tipo legal sino a un resultado concreto bien el probable daño le pueda causar, reparación, o bien sobre el fondo p

130 *Apud.* PIERRE

131 ORTIZ-ORTIZ,

132 En lo que toca al tratadista italiano Sentís Melendo 1977. Tomo V, define como: "2 en previsiones

la subsidiariedad de las innominadas, sostuvo "(...) que carece de todo sentido la afirmación de que las medidas innominadas no pueden tener por objeto el aseguramiento de bienes cuando (...) el decreto y la ejecución de la medida se condiciona a la ineficacia que en el proceso puedan tener las medidas de embargo, secuestro o prohibición de enajenar y gravar (...)." ¹³⁰ Por otra parte, no compartimos la afirmación de Ortiz conforme a la cual las medidas cautelares atípicas sólo versan sobre las conductas de las partes¹³¹, pues si bien el parágrafo segundo del artículo 588 del Código adjetivo expresa "(...) En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos (...)", y conforme a una interpretación literal del precepto podría entenderse que se limitan a regular directamente conductas de las partes, la misma norma también expresa "(...) y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión", por lo que se traspasa con tal redacción el ámbito limitado de las conductas de las partes y se debe entender que el juez posee en este campo un poder discrecional al momento de adoptar un tipo de medida cautelar específico.

4. Definición

Las medidas o providencias cautelares atípicas son aquellas disposiciones judiciales caracterizadas porque se basan en un criterio discrecional en virtud del cual es valorada su oportunidad, urgencia y contenido, y porque, como corolario, no se adecuan necesariamente a un tipo legal sino a las necesidades de una situación, persona u objeto y a un resultado concretos, teniendo por finalidad tutelar en sede cautelar bien el probable derecho de una parte ante el fundado temor de que se le pueda causar, en forma presunta o cierta, una lesión grave o de difícil reparación, o bien el aseguramiento provisorio de los efectos de la decisión sobre el fondo para que no se haga ilusoria.¹³²

¹³⁰ *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* . 1996. N° 10. p. 235.

¹³¹ ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 550.

¹³² En lo que toca a la definición de las medidas o providencias cautelares atípicas, el tratadista italiano Ugo ROCCO (*Tratado de derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires, Ed. Depalma. 2da reimpresión. 1977. Tomo V. p. 421) las prefiere denominar acciones cautelares atípicas y las define como: "Aquella acción que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas y que según la naturaleza del interés, el

En cuanto al poder general de cautela del juez podemos afirmar que es aquella potestad instrumental-discrecional, ínsita al poder

carácter del peligro que lo amenaza y las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica, forma el juez según su criterio discrecional, por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias dañosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de dicho interés, y en consecuencia, de los efectos obligatorios o ejecutivos, de la decisión sobre el mérito, si ésta ha declarado cierta la existencia del interés protegido por el derecho objetivo, afirmado existente por el solicitante".

Otro maestro de la imponente escuela italiana de derecho procesal, Salvatore SATTA (*Derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires. EJE. 1971. Tomo II. p. 230) prefiere fundamentarse en la definición del Código Procesal italiano (art. 700) y nos explica que "... estas providencias tienden a asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo y pueden también pedirse por la parte que, durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, tiene fundado motivo para temer que el mismo sea amenazado por un perjuicio grave e irreparable...".

En Argentina, Ramiro J. PODETTI (*Ob. Cit.* p. 45) señala que "la medida cautelar genérica o innominada, es la que puede dictar el juez, atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento", al tanto que la jurisprudencia argentina ha establecido que tales medidas "...son aquellas que pueden ser dispuestas para satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional específica, a cuyo respecto resultan insuficientes o excesivas las medidas precautorias expresamente contempladas en la ley" (Sent. 15-1972. *Apud.* RAMÍREZ, Jorge Orlando. *Medidas cautelares*. Buenos Aires. Ed. Depalma. Reimpresión. 1979. p. 240)

En Venezuela, RENGEL-ROMBERG (*Ob. Cit.* p. 91) ha definido las medidas cautelares innominadas como "... aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra".

Otro autor venezolano, SÁNCHEZ NOGUERA (*Ob. Cit.* p. 83) nos ofrece en primer lugar un concepto que califica como "eminente teórico": "... Pueden considerarse las medidas cautelares genéricas como aquellas que dicta el juez atendiendo a las necesidades de cada caso si no existe en la ley una medida específica que satisfaga el aseguramiento, y, que están dirigidas a asegurar la efectividad y el resultado de la sentencia definitiva a dictarse en el proceso, o a evitar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de las partes, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos o adoptando las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión".

Seguidamente el mismo autor (*Ibidem.* p. 84) expresa otro concepto ya adecuado al contenido del párrafo primero del art. 588 CPC: "...son aquellas que el juez puede dictar en el proceso, atendiendo a las necesidades de cada caso, para asegurar

jurisdiccional del juez de la cual tiene la potestad de imponer medidas o providencias

el resultado (SIC) de las lesiones graves o de difícil reparación, prohibiendo la ejecución de determinados actos o adoptando las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. Para ORTIZ (*Ob. Cit.*) la medida cautelar cuyo contenido está expresamente determinado y acordado por el juez, es adecuada para evitar la realización fáctica de cualesquiera de los hechos que misma es de carácter preventivo. Nuestra jurisprudencia ha adoptado el tópico y así tenemos: "La Justicia en Pleno de la Sala IV de Embarcaciones barcos, en sentencia de 15 de mayo de 1972, conforme a la cual los buques no obedecen a la orden del juez, en atención a las exigencias de la actividad. Tenemos también, en sentencia del 29 de junio de 1972, de PIERRE TAPIA. *Ob. Cit.* Las medidas innominadas han sido reconocidas por el órgano jurisdiccional del legislador, pero en virtud de las medidas cautelares que aseguran la efectividad de la sentencia. El juez puede cautelar en el Contencioso Administrativo definiciones basadas en el derecho que constituye la sentencia definitiva que se expresa: "... La doctrina ha denominado a estas providencias aseguradoras de los derechos de las partes que puede adoptar el juez para lo cual puede dictar las medidas que hacen pronunciamiento de la lesión." (*Apud.* RAMÍREZ y Garay. N° 159. p. 4)

jurisdiccional del juzgador, salvo limitaciones legales expresas, por virtud de la cual tiene la posibilidad de dictar, dentro de un proceso determinado, medidas o providencias cautelares atípicas. El poder cautelar general lo

el resultado (SIC) otras medidas de cautela que hubiese decretado, o para evitar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de las partes, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos o adoptando las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión".

Para ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 194, 259, 364-365) es el conjunto de medidas de naturaleza cautelar cuyo contenido, por ser producto del poder cautelar general del Juez, no está expresamente determinado por el legislador que, a solicitud de parte, puede determinar y acordar el juez, siempre que las considere -a su prudente arbitrio- adecuadas para evitar que se produzca una lesión en el derecho o en la situación fáctica de cualesquiera de los litigantes, o para impedir que continúe la lesión si la misma es de carácter continuo en el tiempo.

Nuestra jurisprudencia también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tópico y así tenemos definiciones como la de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 13 de julio de 1999 (Asociación Nacional de Propietarios de Embarcaciones bajo régimen de Puerto Libre de Nueva Esparta y otros en nulidad), conforme a la cual las medidas cautelares innominadas son las "(...) medidas que no obedecen a la clásica tipología normativa, sino que, han de ser dictadas en atención a las exigencias del caso específico (...)" (Ramírez & Garay Nº 156: 673). Tenemos también definiciones basadas en aportaciones doctrinales, como la sentencia del 29 de julio de 1999 proferida por la Sala Político Administrativa (*Apud.* PIERRE TAPIA. *Ob. Cit.* 1999. Nº 7. p. 520) a cuyo tenor: "Las medidas cautelares innominadas han sido definidas como '...el instrumento procesal mediante el cual el Órgano jurisdiccional, en aquellos casos expresamente no regulados por el legislador, pero en virtud de una cláusula general o residual adopta todas aquellas medidas cautelares que considera necesarias y pertinentes para garantizar la efectividad de la sentencia definitiva...' (Hernández Mendible, Víctor. *La tutela cautelar en el Contencioso Administrativo*, p. 23). También se han manejado definiciones basadas en el rigor de la letra del Código adjetivo y muestra de ello lo constituye la sentencia de la misma Sala de fecha 25 de noviembre de 1.999 en la que se expresa: "... el juez de instancia tiene una función cautelar genérica, que la doctrina ha denominado poder cautelar genérico, que lo faculta para decretar providencias asegurativas cuando considere que hay temor fundado de que una de las partes puede causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, para lo cual puede prohibir o autorizar la realización de determinados actos y hacer pronunciamientos que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión." (*Apud.* RAMIREZ Y GARAY. *Jurisprudencia venezolana*. Caracas. Ed. Ramírez y Garay. Nº 159. p. 465).

actualiza o realiza el juez, entonces, a través de la adopción de esta clase de medidas o providencias cautelares¹³³.

133 ¿Cómo ha sido definido en la doctrina el poder cautelar general del Juez? Por ejemplo, CALAMANDREI (*Ob. Cit.* p. 65) lo definía como aquel poder "... confiado al juez fuera de los institutos singulares (...), y en virtud del cual el juez puede siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso".

Asimismo, el egregio jurista REDENTI (*Ob. Cit.* p. 284) nos dice que es "... la posibilidad de obtener providencias de carácter preventivo - cautelar, dejando en cada caso al juez, no sólo el valorar las razones de su oportunidad y urgencia, sino también el formar su contenido, como anticipo de lo que podrá después ser el posible o probable contenido de una futura providencia de fondo".

También Luigi MONTESANO (*Apud.* PROTO PISANI, Andrea. *Ob. Cit.* p. 376) ha tenido oportunidad de definir el llamado poder general de cautela como el conferido a la autoridad judicial, para adoptar, caso por caso, las medidas que considere más oportunas a fin de asegurar el mejor resultado del proceso (de conocimiento y ejecutivo) y sobre todo para evitar que el tiempo de producción de la tutela jurisdiccional no frustre en concreto su efectividad y utilidad.

Por su parte, FAIRÉN (*Ob. Cit.* p. 927) nos dice que la potestad cautelar general concedida a los jueces consiste en "... la introducción en un Código de una norma general que les dé posibilidades de adoptar medidas cautelares innominadas apriorísticamente, por específicamente adecuadas a una situación, a una persona u objeto y a un resultado concretos "

El magistrado brasileño Sydney SANCHES ("Poder cautelar geral do juiz". En: *Revista curso de direito Universidade Federal Uberlandia*. Dir: Jay de Assis y Dinah Fernandes de Carvalho. Volume 18. Nos 1,2. 1989. p. 82) entiende que es aquella jurisdicción que ejerce el juez, cautelando el probable derecho de una parte, con medidas no previstas específicamente sino admitidas genérica o abstractamente por el Código. Para QUINTERO (*El poder cautelar general en Venezuela*. Caracas. Ed. La torre. s/ f p. 10) el poder de tutela genérico es aquel "... que faculta al juez para dictar, cada vez que se produzca un peligro de daño jurídico derivado del retardo en el pronunciamiento de la providencia definitiva, las medidas cautelares que estime más aptas para obviarlo".

ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 280) dice que es una función otorgada a los órganos jurisdiccionales en el proceso mediante el cual, las partes pueden pedir y el juez acordar, con relación al material fáctico *subjudice*, las medidas innominadas para evitar una situación de daño o de peligro, o para evitar la continuidad del mismo, pudiendo las partes suplir el silencio de la Ley en cuanto al contenido de la providencia y el juez evaluar la pertinencia o adecuación de las mismas. El mismo autor estima (*Ibidem.* p. 353) que el poder jurisdiccional mencionado es "cautelar" por cuanto está destinado fundamentalmente a que no quede ilusoria la ejecución del fallo y a evitar un daño inminente de una de las partes contra la otra; y es "general" en tanto las reglas del CPC se aplican a todos los procesos en los cuales

¿Se puede interpretar el art. 588 del CPC consagra la "abstracta posibilidad de cualquier derecho subjetivo"?

Ha observado autor incorporadas al vigente considerarse que se dio cautelar que abarque todas las personas y las pruebas últimas medidas se expl

no haya regulación expresa del "contenido de la medida del juez para apreciar su

134 DITTRICH, Lotario. *Ob. Cit.* recientemente derogada CUADRADO (*Ob. Cit.* p. 1) objetivo de aplicación de española por obligaciones otras legislaciones, la ab queda, al menos en parte, que contenga una potestad a cualquier situación toma refiere el precepto. En e inclinarse por un poder ge cautelares típicas subordin las cuales introdujo a mod crear una norma omnicom de tutela cautelar, sino sin posible insuficiencia de la Por lo que toca a la nov comentario al que fuera VÁZQUEZ SOTELO ("La c de L.E.C." En: PICÓ I JUNC España. Ed. Bosch. 1998. proceso cautelar, como ter y al de ejecución, ni hablé cautela parejo al correspon cautelas sustanciales o m tutela interesada; por el habla de "medidas", que

¿Se puede interpretar que en Venezuela el párrafo primero del art. 588 del CPC consagra un poder general de cautela, entendido como la "abstracta posibilidad de parte del Juez de tutelar cautelarmente cualquier derecho subjetivo."¹³⁴

Ha observado autorizada doctrina que, no obstante las innovaciones incorporadas al vigente Código de Procedimiento Civil no puede considerarse que se dio cabida a una regulación general del instituto cautelar que abarque todas sus manifestaciones, como las medidas sobre las personas y las pruebas anticipadas, omisión que en el caso de estas últimas medidas se explica porque no son providencias propiamente

no haya regulación expresa, y además por cuanto no hay una regulación expresa del "contenido de la medida", dependiendo su configuración de la discrecionalidad del juez para apreciar su pertinencia, y la determinación de su finalidad.

134 DITTRICH, Lotario. *Ob. Cit.* p. 203. En cuanto a esta interrogante, respecto de la recientemente derogada legislación procesal civil española, María Pía CALDERON CUADRADO (*Ob. Cit.* p. 110-111 y 157) informa que al quedar constituido el ámbito objetivo de aplicación del art. 1428 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil española por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa específica, a diferencia de otras legislaciones, la abstracta tutela que parecía desprenderse de tal precepto queda, al menos en parte, concretada, y consecuentemente, no es factible sostener que contenga una potestad cautelar general en cuanto tal función viene referida no a cualquier situación tomada en consideración, sino sólo a las que taxativamente se refiere el precepto. En efecto, el legislador español -dice esta autora-, lejos de inclinarse por un poder general de cautela, prefirió establecer una serie de medidas cautelares típicas subordinada a la existencia de condiciones específicas, junto a las cuales introdujo a modo de cierre el artículo 1428. En ningún momento decidió crear una norma omnicompreensiva de todos los supuestos y situaciones necesitadas de tutela cautelar, sino simplemente clausurar el sistema cautelar español ante una posible insuficiencia de la regulación típica.

Por lo que toca a la novísima ley de enjuiciamiento civil española de 2000, en comentario al que fuera el Anteproyecto del nuevo instrumento legal, José Luis VÁZQUEZ SOTELO ("La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de L.E.C." En: PICÓ I JUNOY, Joan (dir) *Presente y futuro del proceso civil*. Barcelona-España. Ed. Bosch. 1998. p. 670-672) increpa que el mismo no dedique un libro al proceso cautelar, como tercera categoría procesal junto al proceso de conocimiento y al de ejecución, ni hable de tutela cautelar, ni reconozca un derecho genérico de cautela parejo al correspondiente derecho subjetivo material, el cual permite otorgar cautelas sustanciales o medidas autosatisfactivas, que por sí solas suministran la tutela interesada; por el contrario, conforme a un anticuado punto de partida, habla de "medidas", que deben ser acordadas sobre "bienes y derechos del

cautelares.¹³⁵ Lamentamos no compartir la opinión de este brillante jurista. Ya hemos constatado que la norma venezolana se basa de manera mediata en el art. 324 del *Progetto Carnelutti* de 1926, el cual es considerado por autorizadísima doctrina italiana como un ejemplo de introducción de una cláusula cautelar general¹³⁶, y que, por otra parte, supera en contenido a los arts. 798 y 799 brasileños y al art. 700 italiano, básicamente porque en su redacción no se establecen límites, fuera de los ordinariamente exigidos, a la admisibilidad de la tutela cautelar atípica. Aunado a esto, el

demandado", y regula el "procedimiento cautelar", admitiendo, sólo para regular ciertas medidas cautelares, normas en blanco que faciliten su adopción.

En el Uruguay, por su parte, alguna doctrina (ABAL OLIÚ, Alejandro. *Ob. Cit.* p. 90-91) ha interpretado que el art. 316 del Código General del Proceso prevé una enunciación de medidas cautelares que no es taxativa por lo que en el mismo se recoge la denominada "potestad cautelar general", la que establecía ya antes el art. 62 de la ley 13.355, y aún cuando esta norma no lo hubiera aclarado, tal potestad resulta igualmente del acápite del art. 312 del Código General del Proceso el cual estipula: "Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso." (PODER LEGISLATIVO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. 1990. p. 71).

Se entiende que se encuentran comprendidas dentro de esta "potestad cautelar general" tanto las medidas cautelares conservativas como las innovativas, pues si bien ambas implican en mayor o menor grado una alteración de la realidad existente para asegurar la ejecución de la providencia principal, las primeras deben ser entendidas como aquellas que conducen a mantener la situación que hace viable la ejecución, hasta que ésta se produzca; mientras que las segundas conllevan a modificar la situación de que se trate para que sea viable la ejecución cuando la misma proceda (ABAL OLIÚ, Alejandro. *Ob. Cit.* p. 91-92)

A *contrario sensu*, otros han afirmado (VESCOVI, Enrique. *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Santa Fe de Bogotá. Ed. Temis. 1996. p. 109-110) que a pesar de que el moderno código adjetivo uruguayo tiende a buscar una mayor eficiencia de la justicia - estableciendo, entre otros, el principio de que la finalidad del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales, art. 14 del Código General del Proceso-, si bien ha aumentado los poderes cautelares del juez, introduciendo nuevas medidas cautelares, como la de no innovar, no ha plasmado el "poder cautelar genérico del Juez", a pesar de que previó una norma la cual expresa que las medidas enumeradas lo son sin perjuicio de cualquier otra que el juez adopte para prevenir daños futuros y asegurar el resultado del proceso, así como anticipar la tutela (en casos diferenciados de necesidad) por vía de medidas que tienen la característica de ser irreversibles.

135 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 140-141.

136 SATTA, Salvatore. *Apud.* DITTRICH, Lotario. *Ob. Cit.* p. 204.

art. 26 de la Cons
en sede judicial,
una justicia, ent
indebidas, de me
prontitud la dec
sustentarse el insti
civil de resultado
extensión del sent
sea por razones de
a toda norma jurío
el recurso a una
entendió nuestro S
pleno, en sentenc

Lo anterior se
medidas innov
cuanto, si bie
prohibiciones
actos, sin emb
del juzgador d
cesar la contin
facultad acor
declaraciones
concretas...

Por todo lo
nuestro país, pue
para el juez civil d
de Procedimiento

137 SPOTA, Alberto
jurisprudencia.

138 *Apud.* CANOVA
contencioso adm

139 Según la Sala C
fecha 9 de marzo
actuó como pon
de dictar medida
genéral que asis
aseguramiento y
partes, tanto si s

art. 26 de la Constitución venezolana de 1999 garantiza a toda persona, en sede judicial, la tutela efectiva de sus derechos e intereses mediante una justicia, entre otros atributos, idónea y expedita, sin dilaciones indebidas, de modo tal que se le permita al justiciable el obtener con prontitud la decisión correspondiente. A mayor abundamiento, al sustentarse el instituto en estudio en la aplicación del método del proceso civil de resultados, bien sea, como expresa Spota¹³⁷, por una mera extensión del sentido gramatical, sea por una necesidad de lógica jurídica, sea por razones de equidad o porque lo exige el elemento social inherente a toda norma jurídica, en última instancia, se justifica y debe legitimarse el recurso a una interpretación extensiva del precepto, tal y como lo entendió nuestro Supremo Tribunal de Justicia, actuando como Corte en pleno, en sentencia de 15 de enero de 1995¹³⁸.

Lo anterior se refuerza con el alcance que el legislador le ha dado a las medidas innominadas en el párrafo primero del artículo 588, por cuanto, si bien las enuncia inicialmente como autorizaciones o prohibiciones que el juez puede acordar a la ejecución de determinados actos, sin embargo, de inmediato señala en forma amplia la posibilidad del juzgador de "adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión". Con esta última frase se amplía la facultad acordada, por cuanto excede del simple ámbito de las declaraciones autorizatorias o prohibitivas, para referirse a otras medidas concretas...

Por todo lo anterior, consideramos que, por lo que corresponde a nuestro país, puede mantenerse la tesis de un poder cautelar general para el juez civil derivado del párrafo primero del art. 588 del código de Procedimiento Civil¹³⁹, por cuanto debe entenderse que el verdadero

137 SPOTA, Alberto G. *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 2a reimpresión. 1989. p. 68.

138 *Apud.* CANOVA GONZALEZ, Antonio. *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*. Caracas. Ed. Sherwood. 1998. p. 278.

139 Según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2.000 (Caso Dominga Bracho y otros en amparo) en la cual actuó como ponente el Magistrado José Manuel Delgado Ocando, "... 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..."

sustento de la potestad cautelar del Juez es, hoy en día, la preeminencia en el derecho procesal moderno del principio de lo preventivo sobre lo reparador¹⁴⁰, de modo tal que, como lo expresara el Maestro Humberto J. La Roche en voto salvado a una sentencia de la Sala Político Administrativa del 3 de julio de 1996 (caso Asociación de Productores de Cerdos Zuata), estamos asistiendo a una "etapa universal de desarrollo de los poderes cautelares del Juez en el proceso, como indispensable garantía del derecho a la tutela judicial efectiva."¹⁴¹

También la Sala Político Administrativa del máximo tribunal se ha pronunciado en sentido similar. Mediante sentencia 788 del 10 de abril de 2000, siendo ponente el Magistrado Carlos Escarrá, expresó: "En todo caso, debe indicarse, que la garantía a la tutela judicial efectiva, actualmente consagrada en el Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, obliga a reconocer que el Juez cuenta con un poder cautelar general, amplio, que le permite adoptar, con prudencia y sin excesos, e independientemente de la pretensión principal, la medida cautelar provisional pertinente o adecuada para garantizar la eficacia de la sentencia principal". Anteriormente, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de noviembre de 1995 (Caso Lucía Hernández y Arnoldo J. Echegaray) cuya ponente fue la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, mantuvo un criterio, ya no referido concretamente a la potestad del Juez de dictar medidas cautelares atípicas sino a la institución cautelar en general, conforme al cual "...-en defensa del derecho constitucional a la defensa- debe acudir al poder cautelar general que a todo juez, por el hecho de tener la atribución de decidir y ejecutar lo juzgado, le es inherente. Lo anterior, por cuanto una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a una tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada".

En similar sentido, la sentencia de la misma Sala del 10 de octubre de 1996 (Caso A.E. Delmont Mauri) con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, en la cual se argumenta que "Ciertamente, la existencia de un proceso, no implica a priori la necesidad de que sean dictadas medidas preventivas, pero no cabe duda de que sí presupone una potestad cautelar general por parte del juez para asegurar la efectividad de aquél. En efecto, de nada serviría disponer de facultades para componer la litis al final del proceso, si durante el proceso no se tuviesen adicionalmente las facultades necesarias para hacer posible esta definitiva composición procesal..."

140 MORELLO, Augusto Mario. *Los abogados*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 2ª ed. 1999. p. 197.

141 La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 1 de febrero del 2000, ha podido afirmar de manera análoga que "(...) sin duda el pilar fundamental de la tutela judicial efectiva lo constituye la institución de las medidas cautelares (...)" (consultada en original).

5. Características

Duque Corredor cautelares, tanto típicas cuando exista riesgo de fallo " (art. 585 del Código de Procedimiento Civil) que su finalidad es la de dictarse en un proceso de sentencia del 8 de abril de 2000 tuvo oportunidad de expresarse se caracterizan por:

- 142 DUQUE CORREDOR,
- 143 La doctrina venezolana *Ob. Cit.* p. 309-315), derecho comunitario, teoría de las medidas tradicionales se mantiene suficiencia cautelar, urgencia retroceso en su aplicación medidas; como corolario contenidas en disposiciones ser solicitadas expresamente demuestran circunstancias pronunciamiento sobre definitivo, ni afectar el En sustitución de tales principios modernos de A.- Las medidas cautelares judicial efectiva, ya que sea ejecutable y eficaz Comunidades Europeas B.- Son el instrumento contra quien tiene la responsabilidad C.- Son instrumentos independientes dependiendo de una responsabilidad D.- Son parte de un proceso que las tipifique. E.- Protegen cualquier F.- Pueden ser anticipadas G.- El interés general cuando estas protegen
- 144 *Apud.* RAMIREZ Y GARCÍA

5. Características

Duque Corredor¹⁴² estima que la característica¹⁴³ de las medidas cautelares, tanto típicas como atípicas, es que "las decretara el Juez, solo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo" (art. 585 del Código de Procedimiento Civil), de lo cual se deduce que su finalidad es la de asegurar la eficacia de la sentencia que llegue a dictarse en un proceso pendiente. Por su parte, la Casación Civil, en sentencia del 8 de abril de 1999¹⁴⁴, actuando como Tribunal Constitucional, tuvo oportunidad de establecer una vez mas que las medidas preventivas se caracterizan por:

142 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 148.

143 La doctrina venezolana (CANOVA, Antonio. *Ob. Cit.* p. 256-282; RONDÓN, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 309-315), haciendo recepción de los desarrollos que en materia de derecho comunitario, sobre todo en la década de los años noventa, ha tenido la teoría de las medidas cautelares, menciona que algunos caracteres o principios tradicionales se mantienen vigentes en su regulación, como los de discrecionalidad, suficiencia cautelar, urgencia e igualdad procesal, mas otros se encuentran en franco retroceso en su aplicación, a saber, el carácter excepcional o extraordinario de las medidas; como corolario, su interpretación restrictiva y su taxatividad (deben estar contenidas en disposición expresa); el que sean potestativas para el juez, debiendo ser solicitadas expresamente por las partes, y que solo procedan cuando se demuestran circunstancias extraordinarias; el que no pueden suponer un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, el que no puedan anticipar el fallo definitivo, ni afectar el interés general (carecen de contenido anticipativo).

En sustitución de tales principios tradicionales, se han desarrollado los denominados principios modernos de protección cautelar, entre ellos los siguientes:

A.- Las medidas cautelares son manifestación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, ya que son instrumentos de la justicia dispuestos para que el fallo sea ejecutable y eficaz (Decision "Factortame" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 19 de junio de 1990).

B.- Son el instrumento destinado a impedir que el transcurso del proceso atente contra quien tiene la razón.

C.- Son instrumentos inherentes a la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, no dependiendo de una rígida aplicación del principio dispositivo.

D.- Son parte de un poder cautelar general, por lo que no exige norma especial que las tipifique.

E.- Protegen cualquier tipo de pretensión.

F.- Pueden ser anticipatorias del fallo definitivo.

G.- El interés general en abstracto, no puede oponerse a las medidas cautelares cuando estas protegen un derecho fundamental.

144 *Apud.* RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1999. CLIII. p. 389-390.

a) la instrumentalidad, pues anticipan los efectos de la sentencia definitiva para asegurar su eficacia; b) la provisionalidad, porque no son definitivas, sino surten efectos mientras dure el juicio principal, al cabo de lo cual su efecto será sustituido por otro de carácter permanente; c) la urgencia, en razón de que su objeto es impedir que se verifique un daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva, por lo que deben ejecutarse rápidamente, mediante un procedimiento sumario, y será luego de ejecutadas que se admitirá la intervención de las otras partes; d) la variabilidad, lo cual implica que pueden ser modificadas o revocadas si varían las circunstancias de hecho que le sirven de sustento, pues no producen cosa juzgada y se revocarán si la pretensión es desestimada o, por el contrario, serán sustituidas por otra de carácter permanente, si la pretensión da lugar a un pronunciamiento favorable.

Procedamos, entonces, a analizar las diferentes características que le han sido otorgadas a las medidas cautelares.

5.1. *Anticipación de la garantía.* Como explica Angel Landoni Sosa¹⁴⁵, la medida cautelar procura anticipar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva, con la finalidad de prevenir el daño que podría derivarse del retardo en el pronunciamiento sobre el fondo. En otras palabras, las medidas cautelares constituyen uno de los actos que comportan la "idea" cautelar en tanto configuran la anticipación sustitutiva y provisoria de un momento procesal hipotético, o de las condiciones que lo hagan posible, a los efectos de evitar su imposibilidad o mayor dificultad en un momento futuro, frustrando legítimas expectativas, en razón del peligro en la demora de su producción.¹⁴⁶

145 LANDONI SOSA, Angel. "La cooperación jurídica internacional en el Proyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica y en el nuevo código general del proceso del Uruguay". En: *XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal*. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990. Vol. I. p. 323.

146 BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*. Exhortos. Prueba. Embargos en el extranjero; ejecución, quiebra. Sucesión; extradición; arbitraje. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1989. p. 292; *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 284; *Teoría del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1979. p. 258; SATTI, Salvatore. *Commentario al Codice di Procedura Civile*. Milano. Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi. Ristampa riveduta e corretta. 1966. Tomo IV. p. 270.

5.2. *Jurisdicción*
reserva el poder de
una función propia
toda actividad que
medidas preventiva
potestad, vale decir
jurisdiccionales. En
consecuencia, y a
venezolano (art. 58
dictadas por el órga
pero bajo el enten
cualidad jurisdiccio
del desarrollo del
concretización de tal
otorga preponderanc
Rondón¹⁴⁹, las med
bajo los términos en
procedimiento adm
de Ley faculte a la A
dilucidan intereses
procedimientos vinc
colectividad (interés

5.3. *Instrumental*
como la "(...) relac
proceso principal, c
para garantizar la e
encontrándose previ
señala que las med
"las decretará el Juez
ilusoria la ejecución
si no existe una deci
contenido, no podr

147 ORTIZ-ORTIZ, Raf
148 *Ibidem*. p. 493-494
149 RONDÓN, Hildega
150 CALDERÓN CUAD
151 ORTIZ-ORTIZ, Raf

5.2. *Jurisdiccionalidad*. Expresa la doctrina¹⁴⁷ cuando el Estado se reserva el poder de resolver los conflictos entre los particulares, ejecuta una función propiamente jurisdiccional. Debe inferirse, entonces, que toda actividad que está destinada a garantizar esa función, como las medidas preventivas o cautelares, debe enmarcarse dentro de esa misma potestad, vale decir, que las medidas cautelares son necesariamente jurisdiccionales. Entendemos que la jurisdiccionalidad aparece como consecuencia, y así lo establece el propio ordenamiento jurídico venezolano (art. 588, *caput*), el que las medidas cautelares deben ser dictadas por el órgano judicial "en cualquier estado y grado de la causa", pero bajo el entendido que lo esencial para las mismas es la propia cualidad jurisdiccional, siendo el hecho de que puedan ser dictadas dentro del desarrollo del proceso de cognición, una ratificación y a la vez concretización de tal condición, característica a la que sin embargo Ortiz¹⁴⁸ otorga preponderancia principal. En razón de la jurisdiccionalidad, advierte Rondón¹⁴⁹, las medidas cautelares no son susceptibles de aplicación, bajo los términos enunciados en el Código adjetivo civil, en el campo del procedimiento administrativo, a excepción de que una disposición expresa de Ley faculte a la Administración para aplicarlas, verbigracia, cuando se dilucidan intereses contrapuestos de los particulares o en caso de procedimientos vinculados a los intereses fundamentales del Estado y la colectividad (interés público, orden público).

5.3. *Instrumentalidad o accesoriedad*. Es definida por la doctrina como la "(...) relación de servicio que vincula a toda cautela con un proceso principal, de tal modo que no es fin en sí misma sino medio para garantizar la efectividad de los resultados de ese proceso (...)"¹⁵⁰, encontrándose prevista en nuestro Código de Procedimiento Civil, cuando señala que las medidas preventivas establecidas en el título respectivo "las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (...)". Luego, argumenta con lógica Ortiz¹⁵¹, si no existe una decisión judicial de la cual se tema que quede ilusorio su contenido, no podrá decretarse una medida preventiva; de lo cual se

147 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 453.

148 *Ibidem.* p. 493-494.

149 RONDÓN, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 320.

150 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 39 y 75-76.

151 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 484.

puede deducir que sólo dentro de un proceso previo, puede decretarse alguna de las medidas preventivas previstas en el texto procesal.¹⁵²

Duque Corredor¹⁵³, quien sigue a Calderón¹⁵⁴, resume en cuatro las implicaciones del carácter instrumental de las medidas o providencias cautelares: i) Su subsistencia se encuentra vinculada a un proceso pendiente o por iniciarse; ii) Se extinguen al finalizar el proceso principal, bien porque no se consideran necesarias o ya porque, tratándose de condenas, pueden ser sustituidas por otras medidas ejecutivas dentro del procedimiento de ejecución de sentencias (arts. 526 y 527 del Código de Procedimiento Civil); iii) Su duración es temporal por estar supeditadas al proceso principal¹⁵⁵; iv) Deben adecuarse al posible contenido de la sentencia.

152 Sostiene ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 484 y 478) que doctrinariamente es posible distinguir dos tipos de instrumentalidad, una que llama "instrumentalidad mediata", esto es, aquella propiedad del sistema cautelar, mediante la cual las partes pueden solicitar una medida, en orden a preservar la ejecución o efectividad de la decisión de mérito y en un proceso aún no iniciado pero el cual debe instaurarse en un lapso o término fijado por la ley o el juez, y otra que denomina "instrumentalidad inmediata", verbigracia, aquella situación mediante la cual las partes pueden solicitar una medida cautelar en orden a preservar la ejecución del fallo que habrá de dictarse en un proceso actual en el cual, al menos, se ha presentado el libelo de la demanda y aún la parte afectada no estuviere citada, debido a que no todos los ordenamientos jurídicos de los países han adoptado el mismo esquema, e incluso en algunas legislaciones coexisten ambas situaciones. Opina que en nuestro Derecho no está prevista la posibilidad -entendemos que como regla general- de solicitar una medida innominada si previamente no se ha iniciado un juicio, por lo que rige en nuestro sistema la instrumentalidad inmediata.

153 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 143-144.

154 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 35-36.

155 La sentencia N° 528 de la Sala Político-Administrativa del 1 de agosto de 1996 nos dice al respecto: "...la naturaleza jurídica de toda medida cautelar la hace depender necesariamente de la suerte de la causa principal; de manera que, si en un caso concreto como el de autos, la acción es declarada inadmisibile, aquélla deja de surtir efectos legales y es a ello a lo que se refirió el Juzgado de Sustanciación al estimar que, en relación al pedimento de revocatoria de la referida medida cautelar, resultaba '...inoficioso pronunciarse al efecto, en vista de la decisión adoptada...' 'Pero, como quiera que existe una decisión judicial por la cual fue decretada la medida cautelar en cuestión, esta Sala considera necesario su revocatoria expresa y así se decide' (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. Agosto 1996. p. 269-270).

5.4. *Provi...*
provisionales, pe
mediante un cor
otra parte, segú
situaciones temp
con el proceso p
iniciación, por lo
situaciones peró
hecho, explica Fa
principal, desapa
según aquél, pu
torna a surgir en
aparecer la medi
urgencia se entien
cautelares que, s
fundado de que
retardo de la adm
una atiende a la s
en el tiempo; y o
materia de fond
antes de procede

5.5. *Dispos...*
medidas cautela
discrecionalidad
la adecuación, p
actuar sólo de of
esté interesado e
son los derechos
lo que toca a la f
Fairén, que proc
resulta alterado

156 LANDONI SOS

157 CALDERON CU

158 FAIREN GUILL

Bosch. 1990. p

159 HENRIQUEZ I

160 ORTIZ-ORTIZ

5.4. *Provisionalidad y urgencia.* Las medidas cautelares son provisionales, por una parte, como asienta Landoni Sosa, pues se decretan mediante un conocimiento sumario que además es unilateral¹⁵⁶, y por la otra parte, según entiende Calderón, en cuanto resultan en esencia situaciones temporales cuya duración está limitada, por su vinculación con el proceso principal, a la resolución definitiva del litigio, o a su no-iniciación, por lo que bajo ningún supuesto pueden considerarse como situaciones perdurables, no obstante predicarse su variabilidad¹⁵⁷. De hecho, explica Fairén, si en un momento procesal determinado del proceso principal, desaparece el *fumus boni iuris* "(...) la medida cautelar adoptada según aquél, puede y aun debe desaparecer; sin perjuicio de que, si torna a surgir en el proceso principal, aquél 'fumus boni iuris' torna a aparecer la medida cautelar (u otra más adecuada)." ¹⁵⁸ Por su parte, la urgencia se entiende una característica fundamental del sistema de medidas cautelares que, según Henríquez La Roche¹⁵⁹, se justifica frente al temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo por el peligro de retardo de la administración de justicia y que presenta dos manifestaciones: una atiende a la simplicidad de las formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo; y otra, a la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución.

5.5. *Dispositividad y flexibilidad o variabilidad.* En materia de medidas cautelares, expone Ortiz, rige el principio dispositivo, y la discrecionalidad del Juez en esta materia se agota en la determinación de la adecuación, pertinencia y el análisis de los presupuestos, pudiendo actuar sólo de oficio cuando una norma expresa lo establezca o cuando esté interesado el orden público, pues en la materia están involucrados son los derechos de las partes y se afectan intereses individuales¹⁶⁰. Por lo que toca a la flexibilidad o variabilidad de la función cautelar, enseña Fairén, que procede la aplicación del principio *Rebus sic stantibus*; si resulta alterado "el estado de las cosas", pues por la natural dinámica

156 LANDONI SOSA, Angel. *Ob. Cit.* p. 325.

157 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 34.

158 FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona. Ed. Bosch. 1990. p. 47.

159 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 294.

160 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 512-515.

evolutiva del proceso declarativo o ejecutivo, "(...) el cautelar, a su vez debe evolucionar: de ahí que se haya dicho que 'las medidas cautelares no surten efectos de cosa juzgada', cuando sí la surten, pero limitada a 'aquel estado de cosas que no ha dejado de existir', pasándose a otro y a otra medida o a una mayor o menor intensidad –las adecuadas– de la anterior"¹⁶¹.

Respecto de la novedad que justifica la variabilidad o flexibilidad de la medida cautelar, Calderón indica: i) en cuanto a su momento, se excluyen tanto las cuestiones deducidas, como las que pudieron deducirse en el transcurso del proceso; pero sí será posible otorgar el carácter de nuevo a aquellas circunstancias cuya invocación hubiera sido realmente imposible; ii) en cuanto a su objeto, los hechos afirmados y cualquier otro dato apto para influir en el sentido de la resolución que pretende lograrse, cuya utilización no fue posible en el proceso cautelar por imposibilidad de acceso a los medios de acreditamiento; iii) en cuanto a la calidad de la novedad, la doctrina se inclina únicamente por admitir la iniciación de un nuevo proceso cuando la modificación producida tiene carácter esencial, vale decir, si influye de manera relevante en la decisión que pueda adoptar el órgano jurisdiccional.¹⁶²

5.6. *Adecuación.* Se asevera, principalmente en un sector de la doctrina española, el cual es seguido en Venezuela por Ortiz¹⁶³, que, como toda medida cautelar está íntimamente preordenada a la ejecución, debe existir una homogeneidad entre el contenido de la medida cautelar decretada y la relación sustancial debatida en el proceso principal, para que aquella pueda ejecutarse sobre el contenido de éste; pero tal relación no puede comportar una identidad pues estaríamos en presencia de una ejecución anticipada de la sentencia que podría hacer inejecutable la decisión definitiva en caso de que sea adversa a quien salió favorecido con la medida cautelar de que se trate.

Calderón resume las principales consecuencias de tal postura, enunciadas en sentido negativo por la doctrina española: Primero, la exclusión de protección cautelar a todas aquellas sentencias cuyos

161 FAIREN GUILLEN, Víctor. *Ob. Cit.* p. 47.

162 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 266-269.

163 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 476.

pronunciamientos declarativos o cons garantizar su efect cualitativamente la podrán concederse posible la ejecución legal en esta mate reducido.¹⁶⁴ No o homogeneidad per la ejecución forzosa óptica viene referi cautelares respecto cierta y en conside *statu quo* inicial, in resultado práctico considera que al ha de la sentencia, di medida no simple parte a la ejecutiva con el fin de que la estará dentro del o siempre y cuando presupuestos y cara

164 CALDERON CUAD

165 *Ibidem.* p. 61 y 71

166 La propia autora como la que prop lado, la no equipar en torno al asegu hacen valer en el campo de la tutela de esa naturaleza va a intentar evitar de tardanza de la r va a ser factible, si sea necesaria para solicitudes no sim

pronunciamientos no sean de condena, como las pretensiones meramente declarativas o constitutivas, pues su preordenación a la ejecución impedirá garantizar su efectividad; segundo, si la medida cautelar debe revestir cualitativamente las mismas características que la medida ejecutiva, sólo podrán concederse aquellas que sin coincidir vayan destinadas a hacer posible la ejecución y, consecuentemente, dada la deficiente regulación legal en esta materia, el contenido de la cautela se verá notablemente reducido.¹⁶⁴ No obstante, Calderón¹⁶⁵ no se adhiere a la tesis de la homogeneidad pero no-identidad de las medidas cautelares respecto de la ejecución forzosa, con base al argumento de que el error inicial de tal óptica viene referido a que la propia preordenación de las medidas cautelares respecto a la ejecución se verifica sin una base normativa cierta y en consideración al mero aseguramiento del estado de hecho o *statu quo* inicial, impidiendo aquellos cambios que pudieran frustrar el resultado práctico del proceso principal. *A contrario sensu*, esta autora considera que al hablar el legislador español de "asegurar la efectividad" de la sentencia, dicha efectividad puede garantizarse a través de una medida no simplemente parecida sino incluso idéntica en todo o en parte a la ejecutiva, para modificar e incluso innovar el mundo exterior con el fin de que la resolución despliegue toda su eficacia, con lo cual se estará dentro del cumplimiento estricto de la función encomendada, siempre y cuando se respeten a todo evento la concurrencia de los presupuestos y características exigidos por la Ley.¹⁶⁶

164 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 60.

165 *Ibidem.* p. 61 y 71.

166 La propia autora (*Ibidem.* p. 71-73) menciona las ventajas de una interpretación como la que propugna con base a lo dispuesto por la legislación española: Por un lado, la no equiparación efectividad-ejecución elimina los problemas que se plantean en torno al aseguramiento de las pretensiones diversas a las de condena que se hacen valer en el proceso principal. Por otra parte, se permite también ampliar el campo de la tutela cautelar posibilitando en caso necesario la adopción de medidas de esa naturaleza en el proceso de ejecución. Además, no sólo la medida cautelar va a intentar evitar ese *periculum* clásico de infructuosidad, sino también el peligro de tardanza de la resolución principal, de manera tal que no sólo el aseguramiento va a ser factible, sino que la rotundidad de la norma para elegir aquella medida que sea necesaria para la efectividad de la sentencia, obligará en ciertos casos a permitir solicitudes no simplemente conservatorias, sino incluso satisfactivas.

En conclusión, si finalidad inherente a toda función cautelar es asegurar la efectividad del contenido sentencial, conduce a consecuencias ilógicas o inicuas limitar los efectos cautelares a una, valga la extrapolación, *capitis diminutio* frente a la probable decisión sobre el fondo, ya que por su propia naturaleza la amenaza de eventos dañosos en muchas ocasiones resulta más inminente y peligrosa durante el propio proceso, situación está que debe controlar la función cautelar, tanto es así que actualmente resulta permisible utilizar la técnica de la anticipación a fin de evitar la consumación del daño.

5.7. *Autonomía e independencia procedimental.* Se ha explicado¹⁶⁷ que las medidas cautelares atípicas tienen una autonomía relativa, pues resultan autónomas en relación con el proceso principal en lo que respecta a los trámites procedimentales, mas son dependientes e instrumentales del proceso principal en cuanto a su procedencia, por garantizar las resultados del mismo, pero no en lo que toca a su existencia. Tal afirmación encuentra fundamento, según explica el mismo autor, en varias razones: i) Las medidas cautelares pueden decretarse en cualquier estado y grado del proceso hasta tanto se produzca sentencia definitivamente firme, lo cual implica que no depende de ningún trámite previo –dentro del proceso– para hacer procedente dichas medidas; ii) Constituyen un procedimiento con sus propios trámites, se inicia con una solicitud motivada y al cual deben acompañarse elementos probatorios suficientes (art. 585 del Código de Procedimiento Civil), existe una valoración preliminar del juez en cuanto a las pruebas y el decreto de la medida debe hacerse el mismo día en que se haga la solicitud (art. 601 *eiusdem*), luego del decreto y la ejecución se abre automáticamente una articulación probatoria (art. 602 *eiusdem*) y luego, una decisión del juez contra la cual se concede apelación (art. 603 *eiusdem*); iii) Si sentenciada la causa, no se hubiere decidido todavía la articulación pendiente sobre las medidas decretadas, el Tribunal ante quien se haya promovido continuará conociendo de ella, aunque se haya admitido apelación en ambos efectos o recurso de casación contra la sentencia definitiva (art. 606 *eiusdem*), ello se explica pues la sentencia de fondo aún no ha adquirido el carácter de definitiva; iv) Es procedente el recurso de casación frente a las mismas,

167 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 458 y 471.

ya que la sentencia o
gravamen que se le
la igualdad de las pa
cautelar no prejuzga
sentido de que no c
acordó la medida, y r
(art. 604 *eiusdem*).¹⁶⁸

6. Clases de me

En lo que toca
Juez¹⁶⁹, según el crite
cuando exista riesgo

168 *Ibidem.* p. 458-459.

169 ¿De que manera se
Encontramos el den
por los tribunales
interlocutory injun
Cyanamid Co. vs Et
87): "En general,
adecuadamente al c
modo, si los daños
la injuncion pudie
posterior, entonces
Hay, además, otros
quo y, excepcional
esgrimidos a su fav
entre nosotros ha h
Ya dentro del Derec
por Carlos FERNAN
1990. p. 197-198),
derecho marcario, a
inspirarse el arbitrio
de la procedencia e
marca registrada. E
marca del demand
gratia, cuando el p
pretensor para des
lugar, el dato de que
puede traer consig
terceros. En tercer l

ya que la sentencia definitiva del juicio principal no podría reparar algún gravamen que se le cause a alguna de las partes, con lo cual se garantiza la igualdad de las partes en el proceso; v) La tramitación de la medida cautelar no prejuzga sobre el contenido definitivo o de fondo; en el sentido de que no cabe en modo alguno recusación contra el juez que acordó la medida, y menos aún impide la continuación del juicio principal (art. 604 *eiusdem*).¹⁶⁸

6. Clases de medidas

En lo que toca a las conductas que puede autorizar o prohibir el Juez¹⁶⁹, según el criterio de Ortiz se perfilan dos situaciones: en la primera, cuando exista riesgo de daño inminente el juez puede autorizar o prohibir

168 *Ibidem*. p. 458-459.

169 ¿De que manera se determina el tipo de medida a decretar en el derecho comparado? Encontramos el denominado "balance de conveniencia", *test* generalmente aplicado por los tribunales ingleses cuando consideran la posibilidad de otorgar una *interlocutory injunction*, y el cual es básicamente el contenido en *American Cyanamid Co. vs Ethicon Ltd.*, sobre el cual nos comenta DEL GUAYO (*Ob. Cit.* p. 87): "En general, si una eventual indemnización por daños compensaría adecuadamente al demandante, entonces no se otorgará la *injunction*. Del mismo modo, si los daños que el demandado sufriría a consecuencia del otorgamiento de la *injunction* pudieran ser adecuadamente compensados por una indemnización posterior, entonces hay argumentos poderosos para el otorgamiento de aquélla. Hay, además, otros elementos a considerar, tales como el mantenimiento del status quo y, excepcionalmente, la firmeza que, a primera vista, tienen los argumentos esgrimidos a su favor por las partes (éste es el llamado *strong prima facie case test*; entre nosotros ha hecho fortuna el aforismo latino *fumus boni iuris*) (...)." Ya dentro del Derecho continental, podemos mencionar los comentarios realizados por Carlos FERNÁNDEZ NOVOA (*Derecho de marcas*. Madrid. Ed. Montecorvo. 1990. p. 197-198), quien a pesar de hacer referencia a la materia específica del derecho marcario, apunta algunos factores generales en cuya consideración puede inspirarse el arbitrio equitativo del Juez para fundamentar la decisión judicial acerca de la procedencia de adoptar las medidas cautelares solicitadas por el titular de la marca registrada. En primer lugar, la circunstancia de que la usurpación de la marca del demandante por el demandado no ofrezca dudas razonables, *exempli gratia*, cuando el presunto infractor usa una marca idéntica o cuasi-idéntica a la del pretensor para designar productos o servicios idénticos o similares. En segundo lugar, el dato de que una continuada usurpación de la marca por parte del demandado puede traer consigo el eventual inicio de usurpaciones posteriores por parte de terceros. En tercer lugar, el hecho de que el demandado es insolvente o no dispone

la realización de determinados actos (sólo obligaciones de hacer o no hacer); y, en un segundo aspecto, cuando la lesión sea continua "puede adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión", es decir, obligaciones de hacer, o no hacer, y eventualmente obligaciones de dar, la cual sólo podría recaer sobre muebles. Ortiz también se pregunta: en los casos de un peligro inminente de daño, ¿podrá el juez ordenar la realización de obligaciones de dar? (Vgr. la entrega de equipos o bienes al solicitante de la medida); esto es, ¿podrá dictar las providencias que considera necesarias para evitar no ya la continuidad de la lesión sino la realización de la lesión?¹⁷⁰

Nosotros sostenemos que, en primer lugar, el principio general del párrafo primero del art. 588 es el de que el "Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas"; en segundo lugar, que las concretizaciones subsiguientes a tal principio son meras enunciaciones realizadas a título indicativo con la finalidad de ilustrar al órgano jurisdiccional (aplicación expansiva que se genera por virtud de la aplicación del principio del acceso a la justicia, contenido en el art. 26 de la Constitución de 1.999, y que tiene sus antecedentes en la interpretación efectuada en su caso por la doctrina y jurisprudencia brasileña); y, en tercer lugar, que para evitar el daño, el Tribunal podrá "autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos"¹⁷¹, expresión dentro de la que quedan incluidas, tanto las conductas de hacer y de no

de medios económicos suficientes para satisfacer al demandante la futura indemnización.

También menciona el autor español algunos factores que pueden repercutir de manera negativa en la solicitud de adopción de medidas cautelares, fundamentalmente la situación competitiva entre demandante y demandado en el mercado de que se trate, o bien la dimensión de la empresa del demandado y el impacto de su actividad sobre la cifra de ventas del demandante, pues cuanto menos significativa sea esta, menor será la posibilidad de un eventual daño irreparable que justifique la adopción de medidas cautelares.

170 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 288.

171 Por ejemplo, la extinta Corte Suprema de Justicia admitió que a través de una medida cautelar innominada sea decretada la inaplicación de un acto normativo a la situación jurídica concreta de una de las partes. Muestra de tal tendencia lo constituyen las sentencias de la Corte en Pleno de fechas 12 de febrero de 1998 (caso Enrique Yéspica Allup), 16 de junio de 1998 (caso Leongines Arellano Barrientos y otros), 13 de junio de 1.999 (caso de la Asociación Nacional de Propietarios de Embarcaciones bajo Régimen de Puerto Libre de Nueva Esparta), ratificada

hacer, como las c
del referido prec
realizado (o en
inherente caracte
sin que le sea dá
hecho el legislad

Además, au
Zamora hace un
cautelar genérico
consistentes en ha
entre las de hac
actividad construe

posteriormente
Occidental de F
de la Sala Polític
Lucía Hernández
En el fallo de la
de la Asociación
Puerto Libre de l
no es susceptible
Ley Orgánica de
a los actos de
suspensión de u
a la cual se de
voluntad de un
contrario a l de
surge sin embarg
de mecanismos
periculum in m
la decisión del
la reforma del C
innominadas, e
sino que, han c
facultad fue tras
y de la legalida
aplicación de l
recursos contra
para dictar una g
del acto normat
actuaciones u c

hacer, como las de dar, porque dentro del vocablo "acto", en el contexto del referido precepto, se debe entender todo suceso o acontecimiento realizado (o en este caso realizable) por la voluntad del hombre, de inherente carácter lícito por facultar su ejecución el órgano jurisdiccional, sin que le sea dable al interprete hacer distinciones, cuando no las ha hecho el legislador.

Además, aunque refiriéndose a la ejecución de sentencias, Alcalá-Zamora hace un comentario que consideramos extrapolable al instituto cautelar genérico: cuando se asocian y contraponen las resoluciones consistentes en hacer y no hacer, se debe diferenciar en el primer sector entre las de hacer propiamente tales, las cuales se traducen en una actividad constructiva, y las de deshacer, que se ejecutan mediante una

posteriormente en decisión proferida el 22 de diciembre de 1.999 (caso Compañía Occidental de Hidrocarburos, Inc. en nulidad y amparo); así como las sentencias de la Sala Político Administrativa en fallos de fecha 15 de noviembre de 1995 (caso Lucía Hernández) y del 13 de marzo de 1997 (caso Johnson & Johnson).

En el fallo de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de junio de 1.999 (caso de la Asociación Nacional de Propietarios de Embarcaciones bajo Régimen de Puerto Libre de Nueva Esparta) se señaló al respecto: "... un acto de efectos generales no es susceptible como tal de la suspensión contemplada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ya que la medida rige sólo respecto a los actos de efectos particulares. Esta limitación es justificada, por cuanto la suspensión de un acto general tiene una transcendencia sobre toda la colectividad a la cual se destina y, en consecuencia, su eficacia no puede depender de la voluntad de un solo sujeto o de una pluralidad de sujetos cuyo interés puede ser contrario a l de los restantes destinatarios de la normativa. Expresado lo anterior, surge sin embargo la necesidad, respecto a los actos de efectos generales, de disponer de mecanismos que permitan la asunción de medidas que puedan impedir el llamado *periculum in mora*, es decir, el eventual daño que produciría el retardo natural de la decisión del organismo jurisdiccional. Es así como, al consagrar el legislador en la reforma del Código de Procedimiento Civil la posibilidad de las medidas cautelares innominadas, esto es, medidas que no obedecen a la clásica tipología normativa, sino que, han de ser dictadas en atención a las exigencias del caso específico, tal facultad fue trasladada de inmediato al campo del control de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos. Es por ello que puede afirmarse que está admitida la aplicación de las medidas cautelares innominadas en los procedimientos de los recursos contra actos de efectos generales, facultando así al organismo jurisdiccional para dictar una gama de disposiciones que van, desde la inaplicación a los recurrentes del acto normativo, hasta formular órdenes que prohíban o autoricen determinadas actuaciones u ordenen la ejecución de otras" (Ramírez & Garay, Nº 156: 672-673).

actividad destructiva (demoler, suprimir, borrar, arrancar, extirpar, etcétera), ya que, a título ejemplificativo, una sentencia puede condenar a A) bien levantar un muro (hacer); B) bien no levantarlo (no hacer), o C) bien demoler el que se hubiese levantado indebidamente (deshacer), estando comprendido el derretimiento de una estatua en un establecimiento siderúrgico sub C mas no sub A¹⁷².

En lo concerniente a los tipos de medidas admisibles, compartimos la opinión de Duque Corredor¹⁷³ y Henríquez La Roche¹⁷⁴, entre otros autores, quienes consideran que el precepto en estudio comprende tanto las medidas anticipatorias de aseguramiento y de conservación de los bienes para garantizar la ejecución de las sentencias, como las medidas anticipatorias¹⁷⁵ e innovativas de autorización o prohibición a las partes de realizar determinados actos o de incurrir en omisiones a los efectos de asegurar la efectividad de las sentencias tardías.¹⁷⁶

172 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios procesales*. Madrid. Ed. Tecnos. 1975. p. 717-718.

173 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 142.

174 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 334-343; HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *El arbitraje comercial en Venezuela*. Caracas. Centro de Arbitraje de Camara de Comercio de Caracas. 2000. p. 231-233.

175 En anterior oportunidad (URDANETA SANDOVAL, Carlos. "Revisión de la tesis sobre la procedencia de la protección posesoria interdictal de la marca en el derecho venezolano". En *Anuario Jurídico del Colegio de Abogados del Estado Mérida*. Mérida. Colegio de Abogados del Estado Mérida. 1996. N° 4. p. 168-173), hemos sostenido la presencia de la técnica de la anticipación tanto en el amparo constitucional como en los interdictos posesorios y, bajo ciertas circunstancias, en las medidas cautelares atípicas.

176 Conforme explica Ricardo REIMUNDIN (*Apud*. Jorge Walter PEYRANO, *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1981. p. 13) mediante el proceso cautelar conservativo "(...) se trata de conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal. En el proceso cautelar innovativo la técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica"

Somos de la opinión de que las medidas de prohibición de conducta pueden ser clasificadas de dos maneras: las de abstención, que se verifica cuando el hecho que produce el periculum in mora aun no se ha materializado, y las de cesación, la cual procede en el supuesto de que tal hecho ya se haya verificado y amenace con repetirse en el tiempo.

Dentro de discrecional, Sábido dictar cualquier medida que estime adecuada y esto es así por lo art. 588 del Código a autorizar o prohibir de modo expreso

Por ejemplo, en (FERNANDEZ N futuro de la marca una acto repeticion de la concurrencia de marca así como En cuanto a la v produce daños adecuadamente productos del u danos permaner al riesgo de rep si el demandado o comercial con existencia del ri

177 SANCHEZ NOG

178 Conforme a ese (basadas en el la parte in fine QUINTERO ("L En: *Revista de Editorial. Ener tutelado, medic patrimonial (H Centro de estud como innovativ inominadas". Vadell Herman autorizatorias e eliminacion de la situacion de del proceso, o las partes de q*

Dentro de esa misma amplitud en el contenido del poder discrecional, Sánchez Noguera¹⁷⁷ expone que al juez se le faculta para dictar cualquier medida de carácter patrimonial o no patrimonial, que estime adecuada a las circunstancias personales y objetivos de cada caso, y esto es así por la fórmula amplia empleada en el párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil que posibilita el órgano judicial a autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, sin mencionar de modo expreso algún tipo de medida¹⁷⁸.

Por ejemplo, en materia de derecho marcario se habla de la *actio* de cesación (FERNANDEZ NOVOA. *Ob. Cit.* p. 192, 193 y 195), encaminada a prohibir el uso futuro de la marca infractora y cuya importancia estriba en que al ser el uso de la marca una acto continuo insertado en una actividad empresarial, es presumible la repetición de los actos de usurpación a futuro. Para su ejercicio se exige la concurrencia de una circunstancia objetiva, esto es, la violación del derecho de marca así como el riesgo de que la violación vaya a repetirse.

En cuanto a la violación del derecho del titular de la marca registrada, se dice que produce daños en muchos casos irreparables al no poder compensarse adecuadamente mediante una indemnización pecuniaria, como por ejemplo, si los productos del usurpador son de baja calidad, el goodwill de tal titular es objeto de daños permanentes los cuales no pueden ser fácilmente cuantificados. En cuanto al riesgo de repetición de la violación, su prueba no debe ser demasiado compleja si el demandado es un empresario, pues al desarrollar esta una actividad industrial o comercial con una continuidad potencialmente indefinida, se debe presumir la existencia del riesgo de repetición.

177 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Ob. Cit.* p. 87.

178 Conforme a ese poder discrecional, el juez puede adoptar medidas atípicas originarias (basadas en el párrafo primero del art. 588) o complementarias (sustentadas en la parte in fine del primer aparte del mismo precepto), según explica Mariolga QUINTERO ("Las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil". En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Servicio Gráfico Editorial. Enero - marzo 1986. Año 3 No 1. p. 178); conforme al tipo de bien tutelado, medidas que aseguren un derecho inalienable o que aseguren un derecho patrimonial (HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 74); medidas conservativas, como innovativas y hasta anticipativas (QUINTERO TIRADO, Mariolga. "Medidas innominadas". En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Ed Vadell Hermanos. Enero - junio 1990. No 7-1. p. 148); por sus efectos, medidas autorizatorias o prohibitivas de ejecución de determinados actos, u omisiones, o de eliminación de actos lesivos, bien sea conservativas, cuando para mantener inalterada la situación de hecho, el Juez autoriza la continuación de ciertos actos hasta el final del proceso, o bien asegurativas, en tanto consisten en la prohibición a alguna de las partes de que ejecuten determinados actos (DUQUE CORREDOR, Romás José.

Ahora bien, Zoppi¹⁷⁹, seguido por Duque Corredor¹⁸⁰, afirma que las providencias cautelares son medidas que no tienden a garantizar la ejecución del fallo sino a evitar o eliminar los daños producidos por conductas lesivas de cualquiera de las partes, principalmente mediante prohibiciones o autorizaciones, por lo que las engloba en el concepto "medida cautelar innovativa" para distinguirlas de las "medidas asegurativas o conservativas"¹⁸¹, vale decir, el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar, las cuales sí afectan la libre disponibilidad de bienes pues aseguran la ejecución del futuro fallo.¹⁸² Crítica Ortiz¹⁸³ la posición asumida por Zoppi en cuanto la medida innovativa, a la que éste autor también llama prohibición de innovar, pues no la considera equivalente a la medida innominada o genérica. El juez venezolano si bien puede ordenar no innovar, es decir, no modificar el status actual de los hechos o del derecho, hasta que sea dilucidado el derecho sustantivo previamente accionado; no puede retrotraer situaciones al estado anterior, ni paralizar obras —como sucede en la legislación argentina con la innovativa— pues se subvertiría el procedimiento interdictal. En todo caso, afirma que,

Ob. Cit. p. 156); medidas en las acciones de condena y también en las acciones mero declarativas o de mera certeza (*Ibidem.* p. 140), pues las medidas cautelares no se encuentran al servicio únicamente de las sentencias de ejecución, sino también de las sentencias constitutivas, o mero declarativas (DUQUE, 1999: 147).

179 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 34-35.

180 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 153.

181 Si ZOPPI (*Ob. Cit.* p. 34-35) ha sostenido en el sentido indicado que son innovativas mas no conservativas, Simón JIMÉNEZ SALAS (*Las medidas cautelares en la legislación venezolana*. Caracas. Ed. Paredes. 1986. p. 220) piensa que las medidas atípicas bajo análisis son asegurativas y conservativas entendiendo por tales "...aquellas que se decretan con la finalidad de mantener los bienes, las cosas o el status quo de ellas, en su estado original, como garantía de su entrega a quien resulte vencedor en una litis...".

182 La interpretación de ZOPPI tal vez provenga de aquel criterio según el cual el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa consiste en que la situación (de hecho o de derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un "daño irreparable" al pretensor (PEYRANO, 1981: 27), concepto de cierta similitud aunque no idéntico al exigido como *periculum in mora* específico por el parágrafo primero del art. 588 del CPC.

183 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 368; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 39-40.

tomando como prohibición sería una especie del

Nosotros, si bien lo que respecta a la modificación de la norma en estudio resulta comprometido el estado anterior o estado autorizar la ejecución de la lesión, sin subvertir constituir una acción tiene un ámbito de aplicación caducidad para su ejecución

Desde otro ángulo procesos cuya sentencia estamos de acuerdo en punto, para quien pretensiones declarativas Calderón¹⁸⁵, en las peticiones dirigen a declarar existencias pueden ser puestas en diversas que produzcan derecho pretendido, tanto se pretende la extinción de una relación tutela cautelar pues, en aquel cambio pretencional en lo que toca a los que niega la cautela innovativa recordar, con Ventura "aquietescentes", cuando alguna contraparte o

184 PALACIO, Lino Enrique

185 CALDERON CUADRADO

186 VENTURINI, Ali Jo
Anotaciones y comentarios

tomando como prohibición de innovar a la medida innovativa, esta sólo sería una especie del género medida cautelar genérica o innominada.

Nosotros, si bien aceptamos *prima facie* la observación de Ortiz en lo que respecta a la relación género-especie, pensamos que la redacción de la norma en estudio no impide que, si el resultado del proceso principal resulta comprometido desde el comienzo, pueda disponerse determinada modificación en el estado fáctico o jurídico, sea retro trayéndolo a un estado anterior o estableciendo uno nuevo¹⁸⁴ ya que el juez puede autorizar la ejecución de dicha actuación para hacer cesar la continuidad de la lesión, sin subvertir el procedimiento interdictal que, además de constituir una acción preventiva provisoria y no una medida cautelar, tiene un ámbito de aplicación restringido e incluso un límite temporal de caducidad para su ejercicio.

Desde otro ángulo ¿Serán procedentes las medidas atípicas en procesos cuya sentencia definitiva sea diversa a la de condena? En general, estamos de acuerdo con las consideraciones hechas por Ortiz en este punto, para quien procede la tutela cautelar atípica en los supuestos de pretensiones declarativa y constitutivas, pues, como bien expresa Calderón¹⁸⁵, en las pretensiones meramente declarativas, en cuanto se dirigen a declarar existente o inexistente una cierta relación jurídica, bien pueden ser puestas en peligro con el desenvolvimiento de conductas diversas que produzcan confusión sobre la legitimidad o ilegitimidad del derecho pretendido, mientras que en las pretensiones constitutivas, en tanto se pretende un cambio jurídico, constitución, modificación o extinción de una relación, se ven con más intensidad la necesidad de tutela cautelar pues, en caso contrario, podría frustrarse la realización de aquel cambio pretendido y así declarado en la sentencia. No obstante, en lo que toca a los casos de jurisdicción voluntaria, a los cuales Ortiz niega la cautela innominada por inexistencia de contradicción, debemos recordar, con Venturini¹⁸⁶, que los procesos voluntarios pueden ser "aquietescentes", cuando son conformados sin la integración obstativa de alguna contraparte o tercero, o en todo caso sin el consentimiento de

184 PALACIO, Lino Enrique. *Ob. Cit.* Tomo VIII. p. 179.

185 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 125-126.

186 VENTURINI, Ali José. *Aspectos adjetivos y sustantivos del derecho agrario.* Anotaciones y compilaciones. Valencia. Universidad de Carabobo. 1995. p. 33.

estos; y "contradictorios" o contradictorios, cuando se verifica la integración de una contraparte o tercero el cual obsta en forma real o virtual la acción voluntaria incoada, por lo que en estos últimos supuestos, al ser inminente la posibilidad de una lesión a una determinada situación jurídica, debe precaverse tal amenaza, entre otros recursos, mediante las medidas atípicas.

7. Semejanzas y diferencias con otros institutos

La doctrina ha establecido los elementos diferenciadores de las providencias cautelares atípicas del párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil en relación con otros institutos.

7.1. *Garantías jurídico-materiales.* Explica Calderón que las garantías jurídico-materiales, como la fianza, prenda, hipoteca, son, al igual que las medidas cautelares, instituciones accesorias dirigidas a asegurar la efectividad de aquellas otras, lógicamente principales, de las que dependen. Sin embargo, la diferencia básica estriba en que las medidas cautelares son instrumentales respecto a un proceso al que aseguran la efectividad de su resultado. Las garantías jurídico-materiales, *a contrario sensu*, están puestas al servicio de otro derecho garantizando, cuando el deudor no cumple la obligación principal, la satisfacción del mismo, de tal manera que la existencia de un proceso sólo se contempla como mera hipótesis.¹⁸⁷

7.2. *Proceso de conocimiento.* La técnica del proceso de conocimiento o cognición se caracteriza por: i) la realización plena del contradictorio en forma anticipada, por lo cual la providencia del juez emana sólo después que ha sido garantizada a ambas partes la posibilidad efectiva de hacer valer todas sus defensas; ii) por la realización del principio del contradictorio según modalidad predeterminada por la ley; iii) por el dominio del principio de la cognición plena y exhaustiva sobre todos los elementos de hecho (alegados por las partes) y de derecho relevantes para la decisión; iv) porque a la declaración contenida en la sentencia proferida en juicio se le atribuye autoridad de cosa juzgada en todos los futuros juicios entre las mismas partes.¹⁸⁸ Se vinculan las medidas cautelares al proceso de cognición, debido a la misma característica de

187 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 85-86.

188 PROTO PISANI, Andrea. *Ob. Cit.* p. 314-315.

jurisdiccionalidad de la principal de cognición formal del derecho a que con la llamada cosa juzgada concretamente a la protección. Adicionalmente, debemos no producir la resolución que permita la realización plena del conocimiento y exhaustiva de la

7.3. *Acción preventiva.* La acción preventiva de tutela jurisdiccional en cosa juzgada, en la permanencia innominada son provisiones judiciales posteriores, a cuyo

7.4. *Amparo constitucional.* Se les ha asimilado en lo inmediato, o al menos respecto de mayores perjuicios, por la instrumentalidad, ya que del juicio de conocimiento constitucional es un procedimiento de acciones y recursos legales o penal en la que se ha criterio de Sagues¹⁹², se medio de una acción por una medida cautelar de

189 ORTIZ-ORTIZ, Rafael C. *ordenamiento jurídico*

190 HENRIQUEZ LA ROCHE, jurídicos del Zulia. 3ra edición *procedimiento civil.* Caracas p. 321.

191 HENRIQUEZ LA ROCHE, jurídicos del Zulia. 3ra edición

192 SAGUES, Nestor Pedro. *Aires.* Ed. Astrea. 4ta edición

jurisdiccionalidad de las medidas cautelares, pero si bien el proceso principal de cognición persigue, según expone Ortiz¹⁸⁹, la declaratoria formal del derecho a quien hay probado mejor, la cual quedara protegida con la llamada cosa juzgada; las medidas cautelares se dirigen concretamente a la protección del cumplimiento del dispositivo sentencial. Adicionalmente, debemos afirmar que en el proceso cautelar, además de no producir la resolución cautelar autoridad de cosa juzgada, no hay una realización plena del contradictorio en forma anticipada, ni una cognición plena y exhaustiva de los elementos de hecho y de derecho.

7.3. *Acción preventiva definitiva.* También se han diferenciado de la acción preventiva definitiva, dirigida a la obtención de un tipo de tutela jurisdiccional en sede preventiva que tenga la eficacia de la cosa juzgada, en la permanencia de los efectos, pues los de la medida innominada son provisionales y dependen en su existencia de un acto judicial posterior, a cuyo servicio se dictan.¹⁹⁰

7.4. *Amparo constitucional.* Con relación al amparo constitucional, se les ha asimilado en lo que se refiere a su carácter urgente, la satisfacción inmediata, o al menos recurrente, del derecho lesionado y la prevención de mayores perjuicios, pero se les ha diferenciado también por virtud de la instrumentalidad, ya que los primeros están preordenados al resultado del juicio de conocimiento en el cual se dictan, en tanto que el amparo constitucional es un proceso preventivo autónomo, que deja a salvo las acciones y recursos legales dirigidos a hacer valer la responsabilidad civil o penal en la que se hubiere incurrido¹⁹¹. Asimismo, compartimos el criterio de Sagues¹⁹², según el cual si un asunto puede tutelarse por medio de una acción procesal distinta al amparo, combinada bien con una medida cautelar de no innovar o bien con una medida innovativa, el

189 ORTIZ-ORTIZ, Rafael (*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 16, 17 y 96.

190 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 37; HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 321.

191 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 74-75.

192 SAGUES, Nestor Pedro. *Derecho procesal constitucional*. Accion de amparo. Buenos Aires. Ed. Astrea. 4ta ed. 1995. p. 200-201.

amparo será inadmisibile, salvo que la medida cautelar en vigor sea insuficiente para tutelar el derecho de los afectados, hipótesis en la que el amparo si resultara viable. Finalmente, es inherente al amparo la tutela de derechos y garantías de naturaleza constitucional, mientras que no es esta una característica esencial de las medidas cautelares.

7.5. *Interdictos posesorios*. Igualmente se les ha asimilado a los interdictos posesorios y prohibitorios¹⁹³ llegándose a sostener que la providencia cautelar atípica permite realizar lo que ya no se podría hacerse por haber caducado la acción en vía interdictal, por ejemplo, cuando una obra nueva daña a otra y el afectado no puede acudir al interdicto prohibitivo, entonces demanda los daños y perjuicios ya ocasionados y para evitar los daños inminentes solicita al juez, como medida cautelar, que prohíba continuar la obra.¹⁹⁴

La diferencia entre ambas categorías se ubico en un principio en la clasificación de las providencias cautelares que hizo Calamandrei¹⁹⁵, pues mientras, en principio, las medidas cautelares atípicas, providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, no regulan el mérito de la relación sustancial controvertida, los interdictos consisten "... precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario...". Pero tal criterio de diferenciación ha venido difuminándose con la utilización, hoy en día, de la técnica anticipatoria en vía cautelar.

193 El maestro José Román DUQUE SÁNCHEZ nos ilustra en esta materia expresando (la acción interdictal en general es una acción posesoria, no petitoria, en la cual no se discute la propiedad sino la posesión. Por otra parte, la querrela mediante la cual se la ejerce, es una medida cautelar que tiene por fin mantener la paz social, mediante la tutela del Estado, con lo cual en este proceso entran dos intereses (el público y el privado (...)) (DUQUE SÁNCHEZ, José Román. *Procedimientos especiales contenciosos*. UCAB. Caracas. Ed. Sucre. 1983. p. 201). Así, las acciones interdictales propiamente dichas, más que proteger el derecho a la posesión, lo que busca es una tutela preventiva del Estado para el hecho físico o material de la tenencia de una cosa por una persona, cuya justificación estriba en que la posesión es una apariencia de propiedad (DUQUE CORREDOR, Román José. *Cursos sobre juicios de la posesión y de la propiedad*. Caracas. Ed. El Guay. 2001. p. 14)

194 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 39, 40-41, 44-45.

195 CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.* p. 59.

Ortiz, por su parte, ex si bien gozan de una difieren en su estruc materiales o sustancia

7.6. *Prueba anti* que se forma fuera del de control por no exist legal de valor probato le permite dirigirse ha la otra concreción del del control): la contrac impugnación.¹⁹⁷ En c asegura para el interes intervenir los órganos a tienden a asegurar el de principal y sólo pu (jurisdiccionalidad), co casación.¹⁹⁹

196 ORTIZ-ORTIZ, Rafael
197 CABRERA ROMERO, J
Caracas. Ed. Vadell. 1
198 ORTIZ-ORTIZ, Rafael
199 La Sala Político Admin
21 de noviembre de
objeto de una medida
se tema su desaparici
"...cabría preguntarse
evacuación de un me
el proceso esté en laps
por lo que de no obt
reparable por la defin
"En este sentido, entie
tal como lo alegó la r
813 al 818 del Códig
figura jurídica destina
el temor de parte del
(art. 815 CPC), por lo
de que desapareciera
capitalizables que dice

lida cautelar en vigor sea
ctados, hipótesis en la que
herente al amparo la tutela
cional, mientras que no es
s cautelares.

se les ha asimilado a los
gándose a sostener que la
que ya no se podría hacerse
ictal, por ejemplo, cuando
puede acudir al interdicto
perjuicios ya ocasionados y
ez, como medida cautelar,

ubico en un principio en la
e hizo Calamandrei¹⁹⁵, pues
atípicas, providencias que
a futura ejecución forzosa,
ontrovertida, los interdictos
anticipada y provisoria del
en que a esta regulación
preponga la regulación de
vés del más lento proceso
ha venido difuminándose
anticipatoria en vía cautelar.

stra en esta materia expresando
soria, no petitoria, en la cual no
rte, la querrela mediante la cual
por fin mantener la paz social,
proceso entran dos intereses(el
omán. *Procedimientos especiales*
D). Así, las acciones interdictales
a la posesión, lo que busca es
co o material de la tenencia de
ba en que la posesión es una
mán José. *Cursos sobre juicios*
ay. 2001. p. 14)

4-45.

Ortiz, por su parte, explica que los interdictos y las medidas innominadas si bien gozan de una misma característica: la urgencia y sumariedad, difieren en su estructura ontológica, los primeros protegen derechos materiales o sustanciales con carácter definitivo y no preventivo.¹⁹⁶

7.6. *Prueba anticipada.* La prueba preconstituida es un medio legal que se forma fuera del proceso, sin orden o dirección del juez ni necesidad de control por no existir contención alguna, otorgándosele una presunción legal de valor probatorio *iuris tantum* y *erga omnes* a su contenido que le permite dirigirse hacia cualquier juicio, procediendo contra la misma la otra concreción del derecho de defensa en materia probatoria (distinta del control): la contradicción de la prueba, bien sea por oposición o por impugnación.¹⁹⁷ En cuanto a la prueba preconstituida se dice¹⁹⁸ que asegura para el interesado una posibilidad de probar y en ella pueden intervenir los órganos administrativos; en cambio, las medidas cautelares tienden a asegurar el derecho sustantivo que sea declarado en un proceso principal y sólo pueden ser dictadas por un juez competente (jurisdiccionalidad), constituyendo verdaderas sentencias recurribles en casación.¹⁹⁹

196 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 290.

197 CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *La prueba anticipada o el retardo perjudicial.* Caracas. Ed. Vadell. 1990. p. 20-21.

198 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 19-20.

199 La Sala Político Administrativa del máximo tribunal, en sentencia Nº 750 de fecha 21 de noviembre de 1996, ha dilucidado la interrogante acerca de si puede ser objeto de una medida cautelar atípica la evacuación de un medio probatorio cuando se tema su desaparición, en el sentido que sigue:

"...cabría preguntarse si puede ser objeto de una medida cautelar innominada la evacuación de un medio probatorio cuando se tema su desaparición -antes de que el proceso esté en lapso probatorio- y que la parte considera esencial a su pretensión, por lo que de no obtenerse en forma inmediata se le producirían un daño no reparable por la definitiva.

"En este sentido, entiende la Sala que la respuesta ha de ser negativa, por cuanto, tal como lo alegó la representación del Banco Central de Venezuela, los artículos 813 al 818 del Código de Procedimiento Civil consagran el retardo perjudicial, figura jurídica destinada a la evacuación inmediata de alguna prueba cuando exista el temor de parte del solicitante de que 'desaparezcan algunos medios de prueba' (art. 815 CPC), por lo que si en el caso de autos el solicitante tuviere algún temor de que desaparecieran o confundieran los Títulos de Estabilización Monetaria capitalizables que dice haber entregado en el Banco Central de Venezuela para su

7.7. *Medidas típicas.* Se ha sostenido²⁰⁰ que las medidas nominadas e innominadas se asemejan en que ambas son especies del genero medidas preventivas, por lo que deben cumplir con los requisitos del artículo 585 y con el principio de suficiencia cautelar (art. 586), permitiéndose hacer oposición a la medida y levantarla mediante caución. Sin embargo se distinguen en que las cautelares nominadas son medidas conservatorias, esto es, actuaciones fácticas que aseguran bienes para la ejecución forzosa de la eventual sentencia definitiva, admitiendo medidas complementarias; en tanto que las atípicas tienen el carácter de medidas anticipatorias del proveimiento definitivo y están constituidas por pronunciamientos, ordenes, decisiones, vale decir, providencias que pueden ser autorizatorias, prohibitivas o impositivas, las cuales exigen como requisito adicional la existencia de un fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de la otra y no admiten medidas complementarias. Por lo que corresponde a la legitimación pasiva de la medida, el Fisco Nacional no puede ser, por regla general, objeto de ejecución forzosa, por lo que no proceden las medidas típicas en su contra, pero se crea la duda respecto de las medidas genéricas, que al no constituir el anticipo de la ejecución de la sentencia definitiva, no tienen, en principio, la limitación mencionada.

7.8. *Medidas complementarias.* En cuanto a las medidas complementarias, a que se contrae la parte *in fine* del encabezamiento del art. 588, algunos autores²⁰¹ enmarcan dentro de la categoría de las medidas cautelares genéricas a tales medidas complementarias, pues a pesar de su carácter accesorio tienen un alcance semejante, asegurando indirectamente la eficacia de la ejecución del fallo al asegurar la efectividad de aquellas medidas que sí tienen ese fin específico, sean tanto típicas como atípicas.

cobro, podría recurrir a esta idónea y especialmente prevista para tales circunstancias (retardo perjudicial), cuyo propósito y configuración legal difiere de las medidas cautelares y así se declara" (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* Noviembre 1996. p. 364).

200 RONDÓN, Hildegard. "Medidas cautelares innominadas [con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo]". En: *Derecho procesal civil*. XXII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar". Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. p. 326-330.

201 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Ob. Cit.* p. 81.

Las medidas de conjunto de disposiciones solicitadas de parte o de eficacia y el resultado decretada" ²⁰². Sin embargo sustenta la tesis de que afectan a asegurar la atípicas.²⁰⁴ Nosotros decimos, la "razón suficiente finalidad que cumple efectividad de las expresamente determinadas oportuno conservativos de las r

¿Por qué no exte a las medidas atípicas

202 ORTIZ-ORTIZ, Rafael

203 ZOPPI GANEM, Pedro *passim*; DUQUE CO ha pronunciado también de Justicia, en sentencia "Los Cumanagotos"), 588 del C.P.C. "... for a saber: el embargo prohibición de enajenar innominadas, cuyo r 585 y 588, párrafo aplicación de tales asegurar la efectividad señaladas." (*Apud.* P

204 Resulta contradictorio considera que las p medidas tradicionales efectividad y resultado (*Medidas cautelares*. en párrafos subsiguientes son " (...) mecanismo medida, sea típica cumplimiento" (*Ibid*

Las medidas complementarias han sido definidas como “ (...) el conjunto de disposiciones que preventivamente puede tomar el juez, a solicitud de parte o de oficio, destinadas a complementar o asegurar la eficacia y el resultado de la medida típica o innominada previamente decretada”²⁰². Sin embargo, doctrina autorizada así como jurisprudencia²⁰³ sustenta la tesis de que de que las medidas complementarias sólo están afectas a asegurar la efectividad de las medidas típicas, y no la de las atípicas.²⁰⁴ Nosotros consideramos que la *ratio* o *mens* de la norma, vale decir, la “razón suficiente” de su consagración, podemos localizarla en la finalidad que cumple dentro del sistema: tales medidas complementan la efectividad de las medidas cautelares cuyos efectos se encuentran expresamente determinados dentro de la Ley, esto es, resultan un instrumento de auxilio que permite atemperar la rigidez que en determinadas oportunidades puede hacer ineficaces los efectos conservativos de las medidas típicas.

¿Por qué no extender la aplicación de las medidas complementarias a las medidas atípicas? Porque el Juez puede adecuar el contenido de las

202 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 191.

203 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 35; RONDÓN, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 326 *passim*; DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 164-165. Por la negativa se ha pronunciado también la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 14 de fecha 14 de enero de 1999 (caso Asociación Civil “Los Cumanagotos”), con el argumento conforme al cual el segundo párrafo del art. 588 del C.P.C. “... forma parte de la regulación de las medidas cautelares nominadas, a saber: el embargo de bienes muebles; el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, no así para las medidas cautelares innominadas, cuyo régimen se encuentra previsto esencialmente en los artículos 585 y 588, parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, la aplicación de tales disposiciones complementarias sólo tienen el propósito de asegurar la efectividad y el resultado de las medidas cautelares nominadas, antes señaladas.” (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* Enero 1999. p. 309-310).

204 Resulta contradictorio el discurso de Simón JIMÉNEZ SALAS, pues si bien en principio considera que las providencias complementarias revisten un “ (...) auxilio a las medidas tradicionales señaladas, que van a permitir que ellas se ejecuten, o que su efectividad y resultado sea cierto y enaltezca la razón de ser de dichas medidas “ (*Medidas cautelares*. Caracas. Ed. Kelran. 5ta ed. 1999. p. 248), ratificando tal posición en párrafos subsiguientes; sostiene *a posteriori* que las providencias complementarias son “ (...) mecanismos necesarios o útiles para materializar la existencia de una medida, sea típica o innominada, para hacerla eficaz o para asegurar su cumplimiento” (*Ibidem.* p. 250).

medidas innominadas a las sinuosidades del supuesto de hecho que se propende a tutelar, y por aplicación del argumento económico o hipótesis del legislador no redundante, no creemos que ante tal capacidad de adecuación de las innominadas, deba preverse adicionalmente la aplicación de las medidas complementarias, que vienen a cumplir una función similar. Por otra parte, la propia ubicación de las medidas complementarias dentro del art. 588, en el encabezamiento de la norma, al lado de las medidas típicas, no permite llevar a un resultado distinto. Además, como bien expresa Duque, en el supuesto que con la medida atípica no se logre evitar o detener el daño al derecho de la parte solicitante, el juez tiene la potestad de ampliar, modificar o hasta sustituir tal medida por otra innominada, distinta de la originalmente dictada, pero con carácter principal y no complementario²⁰⁵.

También es de la opinión Ortiz²⁰⁶ que las disposiciones complementarias no constituyen medidas cautelares en sí mismas, sino una suerte de protección o garantía de la medida cautelar que se hubiere decretado. Si bien como dice este autor²⁰⁷, las medidas complementarias, al contrario de las medidas principales, no funcionan autónomamente sino que son subsidiarias de la medida decretada a la que soportan²⁰⁸ y, por otra

205 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 165.

206 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 376.

207 *Ibidem.* p. 188-189 y 191-192; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 49.

208 Sobre este punto, sostiene JIMÉNEZ SALAS (*Ob. Cit.* p. 248) que las providencias complementarias suponen la existencia de una medida típica decretada o por decretarse, por lo que pueden ser dictadas por el Juez *a priori* o *a posteriori* de la ejecución de esa medida típica, en tanto bien pueden ser puente, mecanismo o herramienta que permita su cabal ejecución o bien instrumentos que posibiliten asegurar su eficacia y resultado.

No compartimos la opinión consignada. Si el adjetivo "complementario" indica algo "Que sirve para completar o perfeccionar alguna cosa" y deriva de "complemento", en principio, "Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra cosa para hacerla íntegra o perfecta" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Ed. Espasa Calpe. 21 va ed. 1992. Tomo I. p. 523), resulta un contrasentido hablar de la posibilidad de agregar o incorporar una medida complementaria a una medida cautelar aún no decretada, y por ende, no ejecutada, a fin de perfeccionar su fuerza jurídica y material, en tanto la parte principal, vale decir, la medida cautelar típica, aún no puede considerarse existente, por lo que la

parte, están dirigidas a partes (por lo que no recurso de apelación a la institución, produciendo la naturaleza de medidas toda medida cautelar anticipar la realización mayor o menor intensidad urgente de hacer cesar administración de justicia atendidos a lo que resuelve entonces no tenemos modo poseen naturaleza causal instrumentalidad se vincula medida cautelar principio con el proceso en el que un modo u otro, al así configurar las comple determinación adicional comprende también la

parte accesoria a ésta estricto sentido de la Por otra parte, en el su a la defensa, previsto quedar en indefensión la posibilidad de impedir al sólo hacerse viable evento, la impugnación un complemento de la

209 En sentido diverso, JIM complementarias pueden típica, o también pueden vinculante.

210 HENRIQUEZ LA ROCHA jurídicos del Zulia. 3r

211 ZOPPI GANEM, Pedro 249.

parte, están dirigidas al Juez, quien las decreta de oficio²⁰⁹, y no a las partes (por lo que no puede ejercerse oposición contra ellas –salvo el recurso de apelación cuando el juez se haya excedido o desnaturalizado la institución, produciendo un daño–, ni pueden decretarse mediante caución), no podemos sostener, es nuestro sentir, que dejan de tener la naturaleza de medidas cautelares. Si entendemos que los elementos de toda medida cautelar son, en palabras de Henríquez La Roche²¹⁰, el anticipar la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; el satisfacer la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia; y el que sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito del proceso principal, entonces no tenemos menos que aceptar que las medidas complementarias poseen naturaleza cautelar, sólo que en segundo grado, pues su instrumentalidad se vincula de manera inmediata con la suerte de la medida cautelar principal de la que es subsidiaria, y de manera mediata con el proceso en el que se discute el fondo, por coadyuvar también, de un modo u otro, al aseguramiento de sus resultados. Por supuesto, al no configurar las complementarias una medida distinta, sino sólo una determinación adicional de alguna medida cautelar, la oposición a ésta comprende también la de tales disposiciones.²¹¹

parte accesoria a ésta, verbigracia, la medida complementaria, mal puede, en el estricto sentido de la palabra, completar o perfeccionar algo que no existe.

Por otra parte, en el supuesto negado de aceptar tal hipótesis, se violenta el derecho a la defensa, previsto en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución de 1999, al quedar en indefensión el sujeto pasivo de la medida complementaria, puesto que la posibilidad de impugnar dicha providencia se mantendría *pendente conditio*, al sólo hacerse viable una vez que sea ejecutada la medida principal, pues, a todo evento, la impugnación de ésta subsume la de la medida accesoria, la cual es sólo un complemento de la eficacia de aquella y por tanto carece de autonomía.

209 En sentido diverso, JIMÉNEZ SALAS (*Ob. Cit.* p. 248-249), para quien las providencias complementarias pueden ser dictadas de oficio por el Juez que decretó la medida típica, o también puede ser acordada a petición de parte, sin que tal petición le sea vinculante.

210 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 39.

211 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 81; JIMÉNEZ SALAS, Simón *Ob. Cit.* p. 248-249.

7.9. *Medidas ejecutivas.* Observa la doctrina²¹² que las medidas cautelares y las medidas ejecutivas poseen efectos coincidentes pues ambas tienden al aseguramiento y el eficaz cumplimiento del dispositivo de la sentencia, pero se diferencian en que mientras las medidas cautelares aseguran un derecho aún no declarado, están en función de un proceso que aún no ha terminado y son de carácter provisional y mediata; las medidas ejecutivas ejecutan un derecho actual (suponen la culminación de un proceso en el cual se han conocido y valorado los hechos, se ha dictado sentencia definitivamente firme y se encuentra en estado de ejecución) cuya ejecutoriedad deriva de la declaración sentencial (suponen el cumplimiento del mismo), siendo definitivas e inmediatas.

7.10. *Potestad cautelar del juez mercantil.* Entre las medidas cautelares dictadas en materia mercantil con base al art. 1099 del Código de Comercio²¹³ y las providencias cautelares atípicas, existen notables diferencias en tanto en las primeras i) las medidas preventivas se encuentran tipificadas y persiguen asegurar que alguna de las partes en el juicio no pueda disponer de su patrimonio; ii) tienen un carácter excepcional en su concepción y procedimiento, pues en principio derogan el sistema cautelar ordinario en protección de los principios reguladores de la actividad mercantil como son la celeridad, la seguridad y el crédito; iii) el arbitrio judicial se supedita a la interpretación que pueda hacer el juez del concepto jurídico indeterminado "celeridad" del caso *sub judice* y sobre la prestación de fianza o acreditamiento de solvencia suficiente del peticionante a fin de obtener la medida²¹⁴; mientras que la

212 ORTIZ-ORTIZ, Rafael (*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 18-19; DUQUE SÁNCHEZ, Jose Román. *Ob. Cit.* p. 90-91; CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 61-62.

213 El texto del art. 1099 del Código de Comercio es el siguiente: "En casos que requieren celeridad, el juez podrá acordar la citación del demandado, de un día para otro y aún de una hora para otra; pero si estuviere fuera del lugar del juicio, no podrá suprimir el término de justicia. Puede también acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición de enajenar y gravar inmuebles especiales; y según el caso, exigir que el demandante afiance y compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo. Estas providencias se ejecutarán no obstante apelación".

214 VEGAS ROLANDO, Nicolás. *Las medidas preventivas mercantiles*. Caracas. Ed. Magon. 1990. p. 59 *passim*.

discrecionalidad del Código de Procedimiento Civil, primero del art. 50 y luego a la *fattispecie*, la eficacia de ambos

7.11. *Potes* jurisdicción se en el Código de Procedimiento Civil la esperada reforma por el régimen transitorio de Justicia. Se ha contencioso-administrativo vayan más allá del constitucional como cual puede funcionar constitucionales, Procedimiento Civil Hernández-Mendi cautelar se ha ve del Poder Público conservatorias de particulares (art. 30) contra los actos materiales o vías como es posible de administrativos n y contra las acti omisiones de la A incluso a dictar la pre-cautelar med Constructora Ped Educativa Henry C

215 ORTIZ-ALVAREZ, Rafael. *Ob. Cit.* Caracas. Ed. SH

216 HERNÁNDEZ-MENDI, Rafael. *Ob. Cit.* administrativo

discrecionalidad otorgada al juez por vía del poder cautelar general del Código de Procedimiento Civil, llenos los extremos del art. 585 y parágrafo primero del art. 588, permite la adopción de medidas atípicas adecuadas a la *fattispecie*, lo que crea una diferencia sustancial en el contenido y eficacia de ambos tipos de medidas.

7.11. *Potestad cautelar del juez contencioso-administrativo*. Esta jurisdicción se encuentra hoy en día muy ligada a las previsiones cautelares del Código de Procedimiento Civil debido a las dilaciones que ha tenido la esperada reforma del sistema contencioso-administrativo, aún regulado por el régimen transitorio previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Se ha dicho que, en principio, la opción de que el juez contencioso-administrativo recurra al decreto de medidas cautelares que vayan más allá de la típica suspensión de efectos, completa su sentido constitucional como medio de garantizar la tutela judicial efectiva, lo cual puede fundamentarse en la utilización directa de las normas constitucionales, como por vía de la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil.²¹⁵ Desde esta perspectiva, como bien asienta Hernández-Mendible, la tendencia jurisprudencial en Venezuela en materia cautelar se ha venido dirigiendo a establecer un control cautelar pleno del Poder Público, por lo que resulta posible conceder medidas cautelares conservatorias contra los actos administrativos positivos de efectos particulares (art. 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), contra los actos positivos de efectos generales y contra las actividades materiales o vías de hecho de la Administración (arts. 585 y 588 CPC); así como es posible conceder medidas cautelares innovativas contra los actos administrativos negativos de efectos particulares o de efectos generales, y contra las actividades materiales, vías de hecho y abstenciones u omisiones de la Administración (arts. 585 y 588 *eiusdem*)²¹⁶, llegándose incluso a dictar las denominadas medidas provisionálísimas o de orden pre-cautelar mediante sentencias N° 488 del 16 de marzo de 2000 (caso Constructora Pedeca C.A.) y N° 788 de 10 de abril de 2000 (caso Unidad Educativa Henry Clay), ambas de la Sala Político-Administrativa, las cuales

215 ORTIZ-ALVAREZ, Luis. *La protección cautelar en el contencioso-administrativo*. Caracas. Ed. Sherwood. 1999. p. 785.

216 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor. *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*. Caracas. Ed. Vadell. 1997. p. 134-135.

amplio poder cautelar general, que le permite tomar cualquier medida cautelar para garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el único criterio que debe ser siempre valorado por el juez contencioso administrativo para la adopción de una medida cautelar, es la concurrencia del *fumus boni juris* y del *periculum in mora*. En efecto, son estos los requisitos legitimadores para la adopción de medidas cautelares, y que constituyen garantía suficiente de que las sentencias de fondo que se dicten sean plenamente ejecutables, evitándose que los efectos del proceso, perjudiquen a quienes tienen razón, quedando así, garantizado el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva.

7.12. *Potestad cautelar del juez agrario*. Autorizada doctrina²¹⁹ ha concluido que las características tendenciales del proceso agrario se dirigen primordialmente hacia tres direcciones: i) La modernidad del proceso, cualidad medible por el grado alcanzado en materia de simplificaciones procesales, específicamente mediante la adopción del principio de la oralidad, así como de los principios que le acompañan, vale decir, el de inmediatez y el de concentración, elementos orales definidores en no pocas ocasiones de un sistema propio y diverso, más evolucionado del civil; ii) Los poderes otorgados al Juez, quien adquiere una *función activa* con un *carácter social asistencial* para garantizar la satisfacción de los intereses públicos tomando en consideración las limitaciones económicas, sociales y culturales de los sujetos procesales, lo cual se traduce, por una

irreparable que el mismo pudiere acarrearle al recurrente, ordenar la admisión provisional de éste, condicionada en sus efectos, a la decisión de fondo del recurso. "Artículo 140. El juez contencioso-administrativo podrá suspender el llamamiento de un sujeto a cumplir con una carga preestablecida legalmente, lo cual liberará de ello temporalmente al recurrente hasta tanto se produzca la decisión de fondo.

"Artículo 141. Las medidas anticipativas están destinadas a adelantar la satisfacción de la pretensión principal en estricta sujeción de los elementos condicionantes de las cautelas jurídicas. Sólo podrán ser acordadas en los casos en los cuales las mismas no constituyan situaciones irreversibles por la definitiva. Constituyen medidas anticipativas: 1. La asignación de pensiones, subvenciones, subsidios y otros emolumentos; 2. La autorización para continuar la ejecución de actos; 3. La suspensión de otros procedimientos ajenos al recurso que pudiesen incidir sobre el mismo."

219 ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. "Derecho y proceso agrario". En: ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo y otros. *Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano*. San José, Costa Rica. Editorial de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado. 1982. p. 251-254.

parte, en una declarada atenuación del principio dispositivo pues el impulso procesal, como regla, es de oficio, y por otra parte, en un amplio poder discrecional del Juez, ya que el legislador, al regular una realidad en rápida transformación como lo es la agraria, generalmente solo dicta las directivas fundamentales para que el órgano judicial llene los espacios en blanco de la norma; iii) Las garantías concedidas a las partes en juicio, pues por ser el Derecho Agrario un derecho de tutela, de elevado contenido social, la parte débil debe estar garantizada, desde la primera fase del proceso, para la protección de sus derechos, como forma inmediata de tutelar los intereses sociales y colectivos.²²⁰

En tal sentido, en Venezuela se ha atribuido a los jueces agrarios un poder cautelar general. En el régimen derogado, por vía del art. 8° de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de 1982, el cual establecía: "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."²²¹ Comentando el contenido de tal norma, Duque Corredor consideraba que dichas medidas protectoras constituyen un medio de asegurar y proteger, contra la amenaza de desmejoramiento, ruina o destrucción, a la naturaleza, a los bienes agropecuarios y los recursos naturales renovables, valer decir, intereses colectivos antes que las resultas del pleito, no constituyendo medidas

220 Como ejemplo de esta tendencia podemos mencionar la Sentencia Nro. 108 del 31 de mayo de 2001 de la Sala de Casación Social, conforme a la cual: "En efecto, conforme a los términos de la recurrida, la medida de secuestro habría de afectar una explotación agropecuaria en plena producción, circunstancia que fue así mismo de relevante influencia en el dispositivo de la sentencia de amparo que suspendió otras medidas preventivas dictadas por el a-quo. En ese supuesto y en atención a los principios particulares que informan la cuestión agraria, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, no era procedente afectar por vía cautelar la referida actividad de producción agropecuaria, de modo que el citado dispositivo final de sin lugar la solicitud del secuestro, que emitió la recurrida, resultaba en definitiva el adecuado, aunque por los motivos distintos mencionados, los cuales concuerdan con la declaratoria en sede Constitucional, al considerar que las medidas objeto del amparo entre otras, de nombramiento de administrador, afectaron en forma grave e injustificada 'la normal explotación pecuaria del fundo objeto de ese litigio', lo cual igualmente sucedería de acordarse el secuestro ahora solicitado."

221 *Apud.* HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 78.

cautelares para prevenir la eficacia de la sentencia y medidas ejecutivas pue

El Decreto con fuerza de Ley (Oficial de la República, noviembre de 2001) ocupa:

"Artículo 258. El Jefe de los servicios de los jueces cautelares provisionales, los cuales tendrán por objeto la protección de los bienes rurales, de los bienes agropecuarios, así como de la actividad agraria, o de los recursos naturales renovables del proceso agropecuario." "Artículo 259. Las medidas cautelares provisionales en el Procedimiento Civil, se acompañan de un manifiesto de que existe una amenaza de que se acompañe un perjuicio de esta circunstancia y

El artículo 258 trata de las medidas cautelares, pero no conocemos más detalles por lo que consideramos que por lo demás, aparte de su finalidad, en la utilidad pública

222 DUQUE CORREDOR, Ricardo. *La Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de Venezuela*. 1986. p. 144-145. *el procedimiento civil*. Tomo II. p. 144-145. ALCANTARA (Contenidos). Vadell Hermanos. 1995. el juez agrario de 1982, innominada representación que hoy se le reconoce el autor- una mejor de prosecución de disposiciones.

cautelares para prevenir daños a las partes pues su fin no es el de garantizar la eficacia de la sentencia o garantizar su futura ejecución, ni tampoco medidas ejecutivas pues no pretenden anticipar los resultados del juicio.²²²

El Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37323 del 13 de noviembre de 2001) consagra las siguientes normas al tema que nos ocupa:

"Artículo 258. El Juez agrario podrá dictar oficiosamente medidas cautelares provisionales orientadas a proteger el interés colectivo, las cuales tendrán por finalidad la protección de los derechos del productor rural, de los bienes agropecuarios, la utilidad pública de las materias agrarias, así como también la protección del interés general de la actividad agraria, cuando considere que se amenaza la continuidad del proceso agroalimentario o se pongan en peligro los recursos naturales renovables.

"Artículo 259. Las medidas preventivas establecidas en el Código de Procedimiento Civil las decretará el juez sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama."

El artículo 258 transcrito habla de "medidas cautelares provisionales", mas no conocemos medidas cautelares que no sean *per se* provisionales, por lo que consideramos que tal redacción es impropia e innecesaria. Por lo demás, aparte de buscar fundamento para el decreto de las medidas en la utilidad pública y el interés general de la actividad agraria, los

222 DUQUE CORREDOR, Román J. *Derecho procesal agrario*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1986. p. 183-187; DUQUE CORREDOR, Román J. *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Caracas. Ediciones Fundación Projusticia. 1999. Tomo II. p. 144-145 y 168. En sentido diverso, la opinión de Edgar NÚÑEZ ALCANTARA (*Contenido sustantivo y procesal del Derecho agrario*. Valencia. Ed. Vadell Hermanos. 1995. p. 77), para quien la consagración en forma oficiosa para el juez agrario de 1982 de la figura jurídica denominada providencia cautelar innominada representó un adelanto a la consagración del poder cautelar general que hoy se le reconoce al juez civil venezolano, instituto éste el cual permite -sigue el autor- una mejor defensa de los derechos subjetivos e implica un gran salto en la prosecución de disponer o preparar medios contra una futura materialización de daños.

parámetros sobre los cuales se subsume la norma son los mismos que en la Ley derogada: son dictadas de oficio y se deben basar en la amenaza a la continuidad de la producción agraria o proceso agroalimentario y en el peligro sobre los recursos naturales renovables.

El artículo 259, por su parte, nos luce innecesario en tanto reitera unos requisitos de procedencia de las medidas cautelares civiles previamente consagrados de la misma manera en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, ley común sobre la materia. De la norma del precepto 259, sin embargo, se deduce una diferencia entre las medidas cautelares agrarias y las medidas cautelares comunes en el Derecho procesal civil: éstas deben cumplir para su decreto con el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Ello no quiere decir que en el proceso agrario, las medidas del artículo 258 no deban cumplir con algún requisito de procedencia, sólo que el *periculum in mora* estará cualificado por su vinculación a la protección de la producción agraria y de los recursos naturales renovables. Otra diferencia entre ambos tipos de medidas cautelares estriba en que las consagradas en el Código de Procedimiento Civil se focalizan en el principio dispositivo y prevén un sistema mixto en el cual se combinan medidas típicas con un poder cautelar genérico por virtud del cual el juez puede decretar además medidas cautelares atípicas. *A contrario sensu*, en la Ley de Tierras, Capítulo XVI referido al procedimiento cautelar, el régimen es de oficio y no se hayan estipuladas medidas típicas propias de la ley especial, pues se diseñó la previsión cautelar general del art. 258 e inmediatamente, en el artículo 259, se hace la remisión al Código adjetivo civil.

Sobre la materia, Ortiz²²³ es del criterio según el cual no cabe la menor duda que las medidas que se dicten en los procesos agrario y de alimentos tienen una clara finalidad preventiva, esto es, que la decisión que se dicte en la definitiva no se haga ilusoria por el transcurso de los lapsos procesales y por cualquier otra circunstancia que ponga en peligro no sólo el bien tutelado (producción agraria) sino el derecho reclamado el juicio (derecho de las partes), y obviamente también persiguen un interés metaprosesal que va más allá del interés de las partes. Para este autor²²⁴, tales medidas son cautelares porque evitan que la justicia material

223 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 216.

224 *Ibidem.* p. 337 y 341.

concreta quede ilu
también se constit
única manera de e
sujeto a los requ
genéricas, atendien
agrícola

De nuestra
hemos caracterizad
otro elemento pro
sede agraria lo que
fuerza de Ley de T
amplias facultades
agropecuarios en
indubitablemente
medida cautelar in
párrafo primero
decretada siempre
sustantivos de las p
agraria.

7.13. *Potestad*
Ley Orgánica Proce
República Bolivaria
es del tenor siguiente

A petición de
ejecución acoro
fin de evitar que
exista presunci
decisión se adm
los tres (3) días
impugna, la mi
audiencia de pa
el Tribunal Sup
dicho fallo.
La incomparece
el desistimiento

225 GELSI BIDART, A

concreta quede ilusoria, respondiendo a un poder cautelar general, pero también se constituyen en un poder genérico de prevención, pues es la única manera de explicar el motivo por el cual, el juez agrario no está sujeto a los requisitos de admisibilidad para las medidas cautelares genéricas, atendiendo sólo a los fines de la reforma agraria y la producción agrícola.

De nuestra parte podemos indicar que, junto a Gelsi Bidart²²⁵, hemos caracterizado lo cautelar como un elemento procesal que garantiza otro elemento procesal (proceso, actividad, acto o diligencia), y si en sede agraria lo que pretende el contenido del art. 258 del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario es evitar mediante las más amplias facultades judiciales el riesgo de daño sobre los bienes agropecuarios en espera de la decisión definitiva del proceso, indubitablemente debemos admitir que nos encontramos frente a una medida cautelar innominada, la cual a diferencia de las que prevé el párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil, es decretada siempre *ex officio* y no tutela indirectamente los derechos sustantivos de las partes sino el interés de la colectividad en la producción agraria.

7.13. *Potestad cautelar del juez laboral.* El artículo 137 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.504 del 13 de agosto de 2002) es del tenor siguiente:

A petición de parte, podrá el Juez de sustanciación, mediación y ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que se reclama. Contra dicha decisión se admitirá recurso de apelación a un solo efecto, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, contados a partir del acto que se impugna, la misma será decidida en forma oral e inmediata y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes por el Tribunal Superior del trabajo, sin admitirse recurso de casación contra dicho fallo.

La incomparecencia del recurrente a la audiencia se entenderá como el desistimiento que el recurrente hace de la apelación.

225 GELSI BIDART, Adolfo. *Ob. Cit.* p. 102-103.

Henríquez La Roche sostiene acertadamente que en la jurisdicción laboral las medidas cautelares innominadas pueden ser decretadas desde la admisión de la demanda, durante el período de la audiencia preliminar o después, exigiéndose implícitamente el *periculum in mora*, pues la medida tiene por fin evitar “que se haga ilusoria la pretensión”, y explícitamente el *fumus boni iuris* o “presunción grave del derecho que se reclama”; que sólo pueden ser solicitadas por ante el Juez de sustanciación, mediación y ejecución, por lo que, por argumento a contrario, no puede acordarlas ni el juez de juicio en primera instancia, ni el Tribunal Superior ni la Sala de Casación Social; que pueden ser impugnadas mediante el recurso de apelación –y no por vía de la oposición como en el régimen procesal civil común–, y que se extraen de la función uniformadora de las jurisprudencia laboral al negarse el recurso de casación contra el pronunciamiento de alzada.²²⁶

Además, a diferencia del proceso civil en el que se prevé un sistema cautelar mixto, desarrollado conforme a un procedimiento escrito, así como el requerimiento de un denominado “*periculum in mora* específico” para el decreto de providencias atípicas, la posibilidad de dicho decreto por vía de caucionamiento y de la sustitución de la medida por una caución; la nueva ley procesal laboral, por una parte, consagra un sistema cautelar general en el que existe un poder de tutela cautelar genérico sin medidas cautelares específicas, pues se consideran incluidas en aquél, el cual es sustanciado mediante un procedimiento con predominio del principio de la oralidad, y por la otra, para el decreto de las medidas cautelares del proceso laboral no es exigida la prueba del fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, ni se prevé el decreto o sustitución de la medida cautelar por caucionamiento.

Ahora bien, si se entiende que “uno de los derechos más importantes y fundamentales en todo Estado de Derecho, es el derecho a la tutela judicial efectiva, que está conformado por otros derechos, como lo son: el derecho a tener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo” y que en “en efecto,

226 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Nuevo proceso laboral venezolano*. Caracas: Ediciones Liber. 2003. p. 389-391.

las medidas cautelares a la defensa, teniendo ejecutar lo juzgado y requisitos esenciales forma más amplia pa sobre el fondo de Administrativa No. consecuencia, “la pos supone el ejercicio de jueces de la República de los presuntos dere solicitan en la fase de la Sala Constitucional violatorio de la tutela texto constitucional Constitucional, máxim la potestad cautelar g del Juez de sustancia no obstante que co circunstancias de hec transcurso del proces

En forma colat medida cautelar atíp Tribunal Superior del litigiosidad en sede impugnación actuará limitado por la nu jurisprudencial que s En similar sentido, la de segunda instancia s por motivos de eco eventual traslado de l como la constitucion

227 Tal limitación legal p orden judicial por la abril del 2002 conf medidas cautelares,

las medidas cautelares son parte esencial de este derecho y del derecho a la defensa, teniendo su base en la propia función del Juez de juzgar y ejecutar lo juzgado y pueden ser utilizadas, siempre que cumplan los dos requisitos esenciales del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, de la forma más amplia para garantizar la eficacia de la sentencia que decida sobre el fondo de la controversia" (Sentencia de la Sala Político-Administrativa No. 0662 del 17 de abril de 2001), por lo que, en consecuencia, "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" (Sentencia de la Sala Constitucional No. 0083 del 9 de marzo de 2000), nos resulta violatorio de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 del texto constitucional y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, el haber limitado la potestad cautelar general en el ámbito laboral a la sola competencia del Juez de sustanciación, mediación y ejecución de primera instancia, no obstante que constituye una máxima de experiencia que las circunstancias de hecho involucradas en litigio pueden variar durante el transcurso del proceso judicial.

En forma colateral, la imposibilidad de que sea decretada una medida cautelar atípica por el juez de juicio en primera instancia, el Tribunal Superior del Trabajo o la Sala de Casación Civil incrementará la litigiosidad en sede de amparo constitucional, pues este medio de impugnación actuará como sustituto del proceso sumario cautelar atípico, limitado por la nueva ley en contravención a la interpretación jurisprudencial que se ha construido en torno a la Constitución de 1999. En similar sentido, la negación del recurso de casación respecto del fallo de segunda instancia sobre medidas cautelares²²⁷, si bien puede justificarse por motivos de economía procesal, sólo implica indirectamente un eventual traslado de la controversia cautelar laboral a otras jurisdicciones, como la constitucional, por vía de la interposición de amparos consti-

227 Tal limitación legal proviene a su vez de una limitación prevista previamente en el orden judicial por la propia Sala de Casación Social en sentencia No. 0261 del 25 de abril del 2002 conforme a la cual: "Carece de competencia la Sala para dictar medidas cautelares, en general, pues al establecer el artículo 588 del Código de

género tutela preventiva, tal cuestión se tornó polémica en virtud de ciertas opiniones defendidas por Carnelutti, quien en sus últimos desarrollos doctrinales dividió los procesos cautelares en inhibitorios, restitutorios y anticipatorios, lo cual contribuyó decisivamente para que otros dos conceptos extremadamente polémicos y ambiguos se insertasen en la teoría de la función cautelar, son ellos el concepto de tutela cautelar restitutoria y el de tutela anticipatorio.²³⁰ Es precisamente la doctrina brasileña²³¹, en comentario a una norma específica, el art. 273 del *Código de processo civil*,²³² la que afirma que la tutela anticipatoria, rompe con

230 La remisión a Francesco CARNELUTTI es a su última obra sobre el proceso civil "Diritto e processo", publicada en italiano en 1959 y en castellano en 1971. CARNELUTTI (*Derecho procesal civil y penal*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1971. Tomo I. p. 415-416) había criticado la clasificación bipartita del proceso cautelar en conservativo e innovativo, ya que toda providencia aporta una novedad, algo que de otra manera no hubiera ocurrido. Por ello propone una división tripartita concerniente al modo con el cual la fijación de la situación de hecho entre los litigantes es garantizada: inhibición (proceso cautelar inhibitorio), eliminación (proceso cautelar restitutorio), o anticipatorio (proceso cautelar anticipatorio) del cambio. No obstante, ya en la Italia de 1936, el genial maestro, en el primer tomo de su "Sistema" (*Sistema de derecho procesal civil*. Tr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ed. UTEHA Argentina. 1944. Tomo I. p. 250) nos introducía en el tema de la tutela anticipatoria, en los siguientes terminos "Otras veces, de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia. Esa anticipación puede ser conveniente lo mismo respecto al proveimiento del proceso de conocimiento que del proceso ejecutivo".

231 MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela anticipatoria". En: Invedepro. *Revista venezolana de estudios de Derecho procesal*. Las medidas cautelares. Caracas. Livrosca. 2000. Nº 3. p. 28 y 30-32.

232 Art. 273 del Código Procesal Civil de Brasil (Ley nº 8.952, de 13/12/94): "El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I - Haya fundado temor de daño irreparable o difícil reparación; o II - quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. 1º En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso las razones de su convencimiento. 2º No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria. 3º La ejecución de la tutela anticipatoria observará, en lo que corresponda, lo dispuesto en los incs. I y II del art. 588. 4º La tutela anticipatoria podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada. 5º Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final."

el principio *nulla executio sine titulo*, fundamento de la separación entre conocimiento y ejecución, satisfaciendo anticipadamente y con base en una cognición sumaria el derecho material afirmado por el actor, aun sin producir cosa juzgada material. Además, se caracteriza por la provisoriedad más no por la instrumentalidad, ya que no es un instrumento destinado a asegurar la utilidad de la tutela final.

En la acertada síntesis de Gelsi Bidart, pueden diferenciarse dos situaciones de anticipación: una *impropia*, consistente en realizar antes de la diligencia principal y prevista, otra diligencia que no la sustituye, simplemente se verifica para asegurar el debido cumplimiento de aquella en oportunidad anterior a la establecida formalmente, siendo el caso típico de las medidas cautelares. La otra, *propriamente dicha*, consiste en efectuar la diligencia principal en oportunidad anterior a la prevista y programada²³³.

En sentido análogo, el profesor Roberto Berizonce²³⁴, nos habla de *medidas anticipatorias interinales* y de *medidas anticipatorias materiales o definitorias o autosatisfactivas*, pero adicionalmente afirma que las técnicas de anticipación, por una parte, son autónomas por poseer caracteres que les son propios, y por otra parte, persiguen asegurar la eficacia en concreto de la prestación jurisdiccional, mediante mecanismos simplificadores destinados a superar las dilaciones del proceso común.

En Italia, Crisanto Mandrioli ha sustentado la tesis de que los *provvedimenti d'urgenza* del art. 700 del Código Procesal, fueron estructurados con la técnica de la anticipación, aunque pueden asumir un contenido conservativo y hasta inhibitorio.²³⁵ No obstante, alguna

233 GELSI BIDART, Adolfo. "Indicación sobre fundamento de la anticipación procesal". En: ARAZI, Roland (Coord.). *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI*. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Buenos Aires. EDIAR. 1997: p. 199-200.

234 BERIZONCE, Roberto Omar. "Tutela anticipada y definitoria" En: ARAZI, Roland (Coord.). *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI*. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Buenos Aires. EDIAR. 1997: p. 70.

235 MANDRIOLI, Crisanto. *Ob. Cit.* Tomo III, p. 315 y 317. En sentido similar aunque de manera menos explícita, REDENTI, ya había expresado su opinión en el sentido que los arts. 700 y siguientes del *Codice di Procedura Civile* generalizan, por así decirlo, la posibilidad de obtener providencias de carácter preventivo-cautelar, dejando en cada caso al órgano jurisdiccional, no solo el valorar las razones de su

doctrina italiana, al tratar de las tutelas cautelar y anticipatorias de las *provvedimenti* anticipatorio, pero en el fondo totalmente el contenido regular definitivamente parte, en Alemania, Frit (§ 935) y las disposiciones que otorgan un tiempo un *minus* y un *plus* que surge del derecho material de la sentencia que ordena el cumplimiento del derecho material, la providencia del acreedor, pudiendo ser contractual o legal-de

En Venezuela, Re medidas innominadas las medidas anticipativas

Aquellas que el lo anticipación', es de dado por el hecho sentencia de primer materia que constituya funcional inmediato con el cual será pr consiguiente implíc anticipatoria por el

oportunidad y urgenci que *a posteriori* podrá de fondo (REDENTI, F 236 TOMMASEO, Ferrucci anticipatoria. Padova.

237 BAUR, Fritz. *Ob. Cit.* p.

238 RENGEL - ROMBERG,

239 *Ibidem.* p. 101-102. La posición. QUINTERO que diriman interiname el derecho deducido insatisfacción, a causa

doctrina italiana, al tratar de establecer la vinculación existente entre las tutelas cautelar y anticipatoria, llega a la conclusión de que el contenido de las *provvedimenti d'urgenza* puede tener el menor carácter anticipatorio, pero en tal hipótesis no podrá anticipar parcialmente o totalmente el contenido de la futura sentencia de mérito, destinada a regular definitivamente la relación por la cual existe el proceso.²³⁶ Por su parte, en Alemania, Fritz Baur sostiene que las disposiciones de seguridad (§ 935) y las disposiciones regulatorias (§ 940), constituyen al mismo tiempo un *minus* y un *aliud* en comparación con la consecuencia jurídica que surge del derecho material, por lo que, al tener un contenido diverso de la sentencia que ordena el cumplimiento de la pretensión de derecho material, la providencia no debe, de ordinario, llevar a una satisfacción del acreedor, pudiendo solo coincidir con una obligación accesoria -contractual o legal- de ese derecho material.²³⁷

En Venezuela, Rengel-Romberg²³⁸ ha defendido la tesis de que las medidas innominadas pueden ser conservativas o anticipativas. Define las medidas anticipativas o interinas, con Mandrioli, como:

Aquellas que el legislador ha construido con la 'técnica de la anticipación', es decir, aquella técnica cuyo elemento estructural esté dado por el hecho de que la providencia a pronunciarse antes de la sentencia de primer grado incide, al menos en parte, sobre la misma materia que constituirá el objeto de aquella sentencia; y cuyo elemento funcional inmediato, está dado por la exigencia de obviar el retardo con el cual será pronunciada la sentencia de primer grado, con la consiguiente implícita limitación de la duración de la providencia anticipatoria por el tiempo que dure el juicio de primer grado.²³⁹

oportunidad y urgencia, sino también el formar su contenido, como anticipo de lo que *a posteriori* podrá ser el posible o probable contenido de una futura providencia de fondo (REDENTI, Enrico. *Ob. Cit.* p. Tomo II. p. 284).

236 TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Struttura e limiti Della tutela anticipatoria. Padova. Cedam. 1983. p. 213; DITTRICH, Lotario. *Ob. Cit.* p. 198.

237 BAUR, Fritz. *Ob. Cit.* p. 75 y 85-86.

238 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 110-111.

239 *Ibidem.* p. 101-102. La doctrina venezolana se encuentra conteste respecto de tal posición. QUINTERO es del criterio según el cual deben existir medidas cautelares que diriman interinamente la situación controvertida, satisfaciendo anticipadamente el derecho deducido en el proceso, por existir el peligro de una prolongada insatisfacción, a causa de las dilaciones del mecanismo jurisdiccional. Luego, si

Rengel-Romberg explica en cuanto a la técnica de la anticipación que "(...) si bien es propia del legislador al concebir el sistema cautelar positivo en la ley procesal, puede ser empleada por el juez, aun cuando la generalidad de la norma no permita identificar bien su estructura anticipatoria, si la naturaleza de la relación sustancial lo aconseja; pero siempre consultando el juez lo más equitativo o racional en obsequio de la justicia y de la imparcialidad (...)"²⁴⁰, en razón, como bien advierte Henríquez La Roche, de la irreversibilidad de la situación de hecho que puede provocar la medida cautelar.²⁴¹

Adolfo Rivas establece las semejanzas entre las medidas cautelares y las sentencias anticipatorias. En ambas hay provisoriedad pues quedan sujetas a lo que pudiera establecerse en la sentencia definitiva, si bien de

bien el interés procesal de actuar la medida cautelar en los supuestos tanto de las típicas como de las atípicas, está dado por el peligro derivado de la demora del proceso, empero, en la hipótesis de la lesión grave o irreparable en el derecho de una de las partes, la situación a cautelar no podría satisfacerse a través de un contenido equivalente, sino por virtud de una estructura que anticipe los efectos de la sentencia de mérito (QUINTERO, Mariolga. *Ob. Cit.* p. 150). Por su parte, HENRÍQUEZ incluye, dentro de la clasificación de las medidas cautelares innominadas, las anticipativas, que "son aquellas que adelantan provisionalmente la satisfacción de la pretensión deducida. Se resuelve interinamente, mientras dure el juicio, la relación jurídica controvertida entre las partes, a la espera de que a través del proceso judicial posterior, se perfeccione la decisión definitivamente, confirmando, modificando o renovando la providencia de arreglo provisional del litigio" (HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *El arbitraje comercial en Venezuela*. Caracas. Centro de Arbitraje de Camara de Comercio de Caracas. 2000. p. 232). Finalmente, DUQUE CORREDOR asevera que al ser la función de las medidas cautelares atípicas asegurar la efectividad mas no garantizar la ejecución del fallo que se pronuncie sobre la situación jurídica debatida, posibilita incluir en su especie no solo las medidas conservatorias sino también las satisfactivas que anticipan total o parcialmente los efectos de la decisión definitiva. La anticipación -sigue el autor- permite poner de relieve la instrumentalidad de la medida innominada respecto del proceso cuyos resultados garantiza, al establecer una adecuación o relación entre la sentencia que ha de dictarse, a fin de que no sea infructuosa, y las medidas mismas; y se justifica en aquellos procesos en los que no se persigue propiamente el pago de deudas o la entrega de un bien concreto, sino, a título ejemplificativo, el reconocimiento de derechos, la determinación de indemnizaciones, la equiparación de situaciones económicas, el mantenimiento o la eliminación de situaciones jurídicas, etc. (DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 154).

240 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 111.

241 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 232.

manera indirecta las pr significase una solucio diferencias son las qu para asegurar el cump el peligro en la dem material del litigio; ad demandado; importan de la que hace al objet con respecto a la sent derecho; están sujetas anticipatorios importan satisfacción de la pret origen en la indisponi poner en riesgo el obje favor del actor y en rela constituye una modali definitiva y no una he certeza del derecho en existencia manifiesta de procede en las sentenci definitiva.²⁴²

7.15. *Tutela auto*
las resoluciones antic provisional e interina, a tutela pretendida, mas sólo llega con la sent autosatisfactivas, antic excepcional, dispensan o efectividad immedi mediante un pronunciar devienen de hecho irre continuación del proce pretensión. Implica el genérica y discrecional

242 RIVAS, Adolfo A. "La (Coord.) *Medidas cau*

manera indirecta las primeras y directa las segundas, no proceden si ello significase una solución irreversible y se otorgan *inaudita parte*. Las diferencias son las que siguen: mientras las medidas cautelares sirven para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse; proceden ante el peligro en la demora vinculada a la pérdida o deterioro del objeto material del litigio; admiten la posibilidad de ser requeridas por el demandado; importan la existencia de una pretensión específica, distinta de la que hace al objeto principal del pleito, pero resultan instrumentales con respecto a la sentencia definitiva; exigen sólo la verosimilitud del derecho; están sujetas al principio *rebus sic stantibus*; las sentencias anticipatorias importan el cumplimiento de la prestación requerida o la satisfacción de la pretensión antes de dictarse la sentencia; tienen su origen en la indisponibilidad del derecho aun cuando ello pueda no poner en riesgo el objeto material del pleito; se dictan exclusivamente a favor del actor y en relación a su pretensión; la cosa juzgada anticipatoria constituye una modalidad del cumplimiento escalonado de la sentencia definitiva y no una herramienta para garantizarlo; se basa en la cuasi certeza del derecho en tanto existe sustanciación previa o situaciones de existencia manifiesta de ese derecho; el principio *rebus sic stantibus* no procede en las sentencias anticipatorias hasta el momento de la sentencia definitiva.²⁴²

7.15. *Tutela autosatisfactiva*. Explica Berizonce que mientras con las resoluciones anticipatorias se provee una protección puramente provisional e interina, adelantando total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida, mas sin prejuzgar ni interferir la definición final que sólo llega con la sentencia de fondo; *a contrario sensu*, las medidas autosatisfactivas, anticipatorias materiales o definitivas, de manera excepcional, dispensan a través de un proceso urgente una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, la cual agota y consume la litis, mediante un pronunciamiento en el mérito de la pretensión, cuyos efectos devienen de hecho irreversibles y, como corolario, tornan innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión. Implica el conferimiento al juez de una potestad judicial genérica y discrecional de decidir tempranamente, casi siempre *in limine*,

242 RIVAS, Adolfo A. "La satisfacción anticipada de la pretensión". En: GREIF, Jaime (Coord.) *Medidas cautelares*. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. p. 259-261.

sobre el fondo mismo de la pretensión, a fin de atender exclusivamente la tutela de situaciones suficientemente líquidas, en las que reluce un interés cierto y manifiesto, cuya existencia es cuando menos de alta probabilidad y de certidumbre, se desprende *in re ipsa* y que por su propia naturaleza se encuentra necesitado de protección urgente e impostergable.²⁴³

Peyrano configura la "medida autosatisfactiva" como una especie del género de los "procesos urgentes" (resoluciones anticipatorias, amparo y *habeas corpus*, medidas cautelares, etc, en los que el factor "tiempo" posee una relevancia superlativa), y que se caracteriza por un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables el cual se agota con su despacho favorable, no poseyendo naturaleza cautelar por no haber necesidad de la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. Proporciona una solución a tres tipos de problemas: i) a la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica que requiere, para la obtención de una solución jurisdiccional urgente, la ulterior o conmitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento o caducidad de la medida; ii) en sede procesal, se corresponde adecuadamente con normas legales de fondo que consagran soluciones urgentes no cautelares; iii) es una herramienta inapreciable para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho, en curso inminentes, contrarias a Derecho, respecto de las cuales el aparato cautelar resulta inoperante o ineficiente.²⁴⁴

Las medidas autosatisfactivas de asemejan a las medidas cautelares porque ambas se inician con una postulación de que se despache

243 BERIZONCE, Roberto. "La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)". En: GREIF, Jaime (Coord.) *Medidas cautelares*. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. p. 159-160. Por su parte, Augusto MORELLO (*Anticipación de tutela*. La Plata. Ed. Platense. 1996. p. 46-47) ha hablado de la "cautela sustancial" o "cautela de efectos materiales" entendida como una tutela diversificada de efectos actuales, por la cual, mediante un procedimiento de tutela jurídica provisional y no por medio del juicio ordinario, se consigue prácticamente la satisfacción de la pretensión y su protección sustancial, por vía de una medida cuyos efectos significan un anticipo provisionalmente igual a los efectos de la sentencia definitiva.

244 PEYRANO, Jorge. ("Soluciones urgentes no cautelares (medida autosatisfactiva)". En: Invedepro. *Revista venezolana de estudios de derecho procesal*. Las medidas cauletares. Caracas. Ed. Livrosca. 2000. No 3. p. 15-20

favorablemente e *ina*
que la medida autosa
una fuerte probabili
atendible y no la mer
genera un proceso q
respecto de otro, ago

7.16. *Medidas* o
conforme nos explic
Supremo del 20 de di
de las medidas caute
universalidad, verda
evidente la posibili
administraciones y lo
cautelar –nominada o
efectividad de la dec
que recaiga, a futuro, s

La sentencia er
expreso reconocimie
propia Constitución o
principio general de
necesidad del proces
daño para el que tie

245 PEYRANO, Jorge. "reforma procesal ci
Ed. Rubinzal Culzor
y medida cautelar (

En: GREIF, Jaime (C
246 GONZÁLEZ NAVAR
procedimiento adm
Navarra. 1997. p. 13
Contencioso-Admin
116) y ahora la Ley
Procedimiento Adm
cual es la suspensió
que poner en conex
como son los artícu
de Procedimiento A
Jurídico de las Adm
para de ellos hacer

favorablemente e *inaudita altera pars* un pedido, pero se diferencian en que la medida autosatisfactiva no es instrumental ni provisoria, reclama una fuerte probabilidad -cercana a la certeza- de que lo requerido sea atendible y no la mera verosimilitud, acarrea una satisfacción definitiva y genera un proceso que es autónomo por no ser tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo.²⁴⁵

7.16. *Medidas cautelares administrativas*. En el Derecho español, conforme nos explica González Navarro, a partir del auto del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1990 y a pesar de la dispersa regulación de las medidas cautelares, se reconoce como consagrada una regla de universalidad, verdadero *numerus apertus*, mediante la cual se hace evidente la posibilidad para los poderes públicos (vale decir, las administraciones y los tribunales) el adoptar cualquier clase de medida cautelar -nominada o innominada- que sea adecuada para garantizar la efectividad de la decisión (acto administrativo o, en su caso, sentencia) que recaiga, a futuro, sobre el fondo para poner fin a la cuestión litigiosa.²⁴⁶

La sentencia en mención explica que, a la luz, por una parte, del expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución española (art. 24) y, por la otra, de la vigencia del principio general del derecho comunitario que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón (conclusiones del Abogado general en la

245 PEYRANO, Jorge. "La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil". En: GREIF, Jaime (Coord.) *Medidas cautelares*. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. p. 213. SANTOS, Mabel de los. "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)". En: GREIF, Jaime (Coord.). *Ibidem*. p. 368-369.

246 GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho administrativo español*. El acto y procedimiento administrativo. Tomo III. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra. 1997. p. 1316. Explica este autor que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 122), la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 116) y ahora la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 111) prevén sólo una medida cautelar, cual es la suspensión, pero la sentencia española de 20-12-90 estableció que hay que poner en conexión tales preceptos con otros del ordenamiento jurídico español como son los artículos 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo (que ahora es el art. 72 Ley de la del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), para de ellos hacer derivar la regla de universalidad de la tutela cautelar.

sentencia Factortame del Tribunal de justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990), la dispersa regulación de las medidas cautelares en el derecho español puede llegar a ser interpretada armónicamente a fin de verificar la existencia del "derecho a una tutela cautelar", ínsito al derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, por efecto del paralelismo entre los preceptos pertinentes del proceso civil y del procedimiento administrativo, puede ser aplicado de manera coherente tanto en la vía revisora judicial como en la vía previa administrativa, lo que, en definitiva, "(...) significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)." ²⁴⁷

Al hablar González Navarro de la regla de la universalidad del derecho a la tutela cautelar, lo hace en dos sentidos diversos. El primero referido a la afirmación de la potestad que detentan tanto los órganos jurisdiccionales como los órganos administrativos de ejercer la función cautelar. El segundo tiene que ver con el contenido de dicha potestad, vale decir, al alcance que la referida potestad debe tener, que de acuerdo a un criterio teleológico, debe ser amplia, a manera de un poder cautelar general, tal y como ha sido planteado en el ámbito del derecho procesal civil.

El producto del ejercicio de tal potestad lo constituyen, en el ámbito administrativo, las denominadas medidas cautelares administrativas, las cuales han sido definidas, de nuestra parte, como:

(...) disposiciones, producto del ejercicio de una potestad de la Administración, que tienen naturaleza instrumental, provisional y excepcional, son dictadas en el curso de un procedimiento y tienen por finalidad tutelar en sede cautelar el interés público, normalmente por vía del aseguramiento provisorio de los efectos de la resolución final para que no se haga ilusoria. En tal sentido, las medidas cautelares administrativas se plantean como un control de la actividad de los particulares a los efectos de la protección del interés general.

(...) la prevalencia del concepto de orden público así como la imperatividad de las prescripciones de los órganos de los poderes en el Derecho público, hace realmente diferente la aplicación de la institución cautelar "sobre" relaciones de Derecho público, en las que

247 *Ibidem*. p. 1282-1283.

normalmente cabría
decisor, como por e
por ejemplo, una me
a las prerrogativa
procedimiento de g
pública, pues en este
no como un der
prevalentemente el
resolución, siendo
adopten carácter eje

Se ha dicho que
ciertamente las mismas
estar dirigidas a salvagu
o de la comunidad en
cautelar, pues no exist
proteger la futura ej
administrativos por vía
que implica el ejercicio
del ejercicio de una p
tutela el orden públic
respecto del cual debe

8. Naturaleza jurídica y

Se entiende que
es, como dice Monter
género) en la que en
como afirma Barrios
considerada y establec

248 URDANETA SANDOVAL, *Medidas provisionales en el procedimiento de telecomunicaciones*. Ed. Especialista en Derecho Administrativo. 2003. p. 342-343.

249 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *El procedimiento de telecomunicaciones*. Ed. Depalma. 1983. p. 102.

250 MONTERO AROCA, J. *El procedimiento de telecomunicaciones*. Ed. Depalma. 1983. p. 102.

251 BARRIOS DE ÁNGEL, J. *El procedimiento de telecomunicaciones*. Ed. Depalma. 1983. p. 102.

normalmente cabría la posibilidad -por la intervención de un tercero decisor, como por ejemplo de un órgano judicial- de que se decreta, por ejemplo, una medida a favor del administrado como garantía frente a las prerrogativas de la Administración; que 'dentro' de un procedimiento de generación de la voluntad de la Administración pública, pues en este supuesto la Administración maneja la idea cautelar no como un derecho sino como una potestad que tutela prevalentemente el orden público y no simplemente la eficacia de una resolución, siendo que adicionalmente tienen las medidas que se adopten carácter ejecutivo y ejecutorio.²⁴⁸

Se ha dicho que cuando la administración dicta tales medidas ciertamente las mismas pueden tener un carácter preventivo o pueden estar dirigidas a salvaguardar los derechos e intereses de los particulares o de la comunidad en general, pero en modo alguno hay una petición cautelar, pues no existe el carácter jurisdiccional, ni están dirigidas a proteger la futura ejecución de un fallo, siendo que son actos administrativos por vía de los cuales se ejerce la función tutelar genérica que implica el ejercicio de la función pública²⁴⁹, constituyendo el producto del ejercicio de una potestad de la Administración por vía de la cual tutela el orden público "dentro" de un procedimiento administrativo respecto del cual debe dictar posteriormente la resolución definitiva.

8. Naturaleza jurídica y contenido

Se entiende que determinar la naturaleza jurídica de un instituto es, como dice Montero Aroca, buscar la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que se esté estudiando²⁵⁰, o como afirma Barrios de Ángelis, fijar la idea central de la institución considerada y establecer su ubicación sistemática en el orden jurídico.²⁵¹

248 URDANETA SANDOVAL, Carlos. *Las medidas cautelares administrativas y las medidas provisionalísimas en el régimen sancionador de la ley orgánica de telecomunicaciones*. Caracas. Trabajo especial de grado para optar al grado de Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Católica "Andrés Bello". 2003. p. 342-343.

249 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 84, 101 y 109.

250 MONTERO AROCA, Juan. "El proceso no tiene naturaleza jurídica". En: *Revista de derecho procesal*. Dir. José Rafael González Escorche. Caracas. Ed. Paredes. Nº 1. 1990. p 102.

251 BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 234.

En tal sentido, en Venezuela, encontramos a Rengel-Romberg²⁵² quien expone:

Por su naturaleza cautelar, las medidas innominadas se encuentran en una relación de instrumentalidad con la providencia de mérito cuyos efectos vienen a asegurar provisoriamente. Pero por su estructura, la instrumentalidad de la medida puede ser más o menos amplia, de tal modo que en unos casos se limita a prevenir el riesgo de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo y asegurar los medios del proceso definitivo (medida conservatoria); mientras que en otros, la medida tiende a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, e incide sobre la relación sustancial que será objeto de la sentencia de mérito mediante una providencia anticipada y provisoria que da satisfacción al derecho discutido en el mérito (medida anticipatoria), hasta el momento en que a esta regulación provisoria se sustituya la definitiva dictada en el proceso.²⁵³

Por su parte, Quintero observa a la tutela cautelar como una técnica de la justicia constitucionalizada para lograr un resultado eficiente dentro del proceso. Explica que la anormal dilación del proceso produce un ulterior peligro de daño marginal causado por el mal funcionamiento del servicio de la administración de justicia, el cual podría calificarse como una lesión constitucional ya que amenaza la violación del derecho constitucional a una protección jurisdiccional efectiva, en el que se debe traducir el derecho humano de acceso a la justicia, y que se formularía así: es razonable pensar que las consecuencias de la disfunción judicial genera en un daño temido²⁵⁴. Ahora bien, sigue Quintero²⁵⁵, si

252 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 110-111.

253 En sentido similar, en Italia se ha sostenido que las providencias de urgencia tienen naturaleza cautelar y función instrumental respecto de una futura decisión de mérito, de la cual aseguran provisoriamente sus efectos (CARPI, Federico y otros. *Ob. Cit.* p. 1025), y que por ello, las características propias del instituto son su función instrumental (y por ello cautelar) respecto de la decisión sobre el fondo y su función subsidiaria con relación a las medidas cautelares típicas o nominadas, así como su estructura atípica no predeterminada por el legislador, mediante la cual puede asumir un contenido ya anticipatorio o ya meramente conservativo (MANDRIOLI, Crisanto. *Ob. Cit.* Tomo III. p. 314 - 316).

254 QUINTERO, Mariolga. *Ob. Cit.* p. 131-134.

255 *Ibidem.* p. 137.

entendemos la potestad de una función insita en el objeto colmar los vacíos que resulta obvio que cuando se trata de acceso a un proceso judicial la demora en cumplirse para evitarlo, dictando una medida práctica, aún cuando n

Desde una óptica de la tutela el poder cautelar genera una función jurisdiccional, pues produce una conciencia, a la ponderación de su justo arbitrio, motivada para determinar las medidas cautelares no obstante que la medida innominada posea carácter del mismo podrían, eventualmente de carácter administrativo *provvedimenti d'urgenza* implican el ejercicio de un poder discrecional que se sujeta a una norma de cláusula del

256 La posición de ORTIZ de Zúñiga establece pautas: el poder cautelar actúa en sede preventiva, el cual se subdivide, en aquellas manifestaciones de ordenamiento jurídico que preceden al fallo definitivo del juez, la verdadera garantía procesal cautelar general, cuya finalidad es evitar medidas innominadas en una facultad preventiva que no quede ilusoria la ejecución del proceso, una de las medidas para evitar la prosecución del proceso.
257 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.*
258 PROTO PISANI, André

entendemos la potestad del juez de dictar medidas innominadas como una función insita en el poder de administrar justicia, que tiene por objeto colmar los vacíos que necesariamente tiene que presentar la ley, resulta obvio que cuando no pueda verificarse la garantía constitucional de acceso a un proceso efectivo, debido a la existencia de un peligro en la demora en cumplirse la actuación de la ley, el juez debe estar facultado para evitarlo, dictando la medida cautelar que garantice un resultado práctico, aún cuando no esté predeterminado en la ley.²⁵⁶

Desde una óptica diversa, en Brasil Galeno Lacerda considera que el poder cautelar general posee una naturaleza discrecional en sede jurisdiccional, pues proviene de una norma amplísima, que confía a la conciencia, a la ponderación, a la prudencia del juez el criterio de, según su justo arbitrio, motivado por la exigencia y valoración de los hechos, determinar las medidas provisorias que juzgue adecuadas. Ahora bien, no obstante que la discrecionalidad del poder cautelar general o innominado posea carácter jurisdiccional, Lacerda advierte que por virtud del mismo podrían, eventualmente, solicitarse cautelares atípicas voluntarias, de carácter administrativo²⁵⁷. Proto Pisani sostiene, a su vez, que las *provvedimenti d'urgenza* del artículo 700 del *Codice di Procedura Civile* implican el ejercicio de un poder *lato sensu* discrecional del juez singular, poder discrecional que resulta intrínseco a la formulación de cualquier norma de clausura del sistema²⁵⁸.

256 La posición de ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 264-266) al respecto se resume en las siguientes pautas: el poder cautelar es a la vez una manifestación de la jurisdicción cuando actúa en sede preventiva, así como un elemento del sistema de tutela de derechos el cual se subdivide, en primer lugar, en un poder cautelar específico aludiendo a aquellas manifestaciones de prevención de la litis expresamente previstas por el ordenamiento jurídico, en tanto se encuentra preordenado a la preservación del fallo definitivo del juicio principal y por ello mismo puede concebirse como una verdadera garantía procesal de las partes en un litigio; y en segundo lugar, el poder cautelar general, cuya materialización práctica se encuentra en la institución de las medidas innominadas, el cual posee un carácter tutelar de derechos, por consistir en una facultad preventiva concedida a los jueces en orden a impedir no sólo que quede ilusoria la ejecución de la sentencia principal, sino también que en el transcurso del proceso, una de las partes pueda causar un daño a los derechos de la otra, o a evitar la prosecución del daño si la lesión es actual y continua.

257 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 75-77.

258 PROTO PISANI, Andrea. *Ob. Cit.* p. 361.

A *contrario sensu*, en el Perú, Monroy Palacios, al entender que la discrecionalidad alude no sólo a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional mantenga un margen de libertad en la determinación de la solución adecuada a un problema jurídico, sino también que tal actuación (dentro del margen de libertad) no se encuentra sometida a una revisión anterior, entiende que la discrecionalidad no se presenta en sede procesal y que el juez lo que tiene frente a sí es un margen de libertad interpretativa delineada por tópicos (como los principios procesales, morales, entre otros), morigerado por el deber de motivación, el cual garantiza una tramitación y posterior composición justa del proceso.²⁵⁹ Por su parte, en Venezuela, Zoppi ha negado el carácter de discrecionalidad de las "providencias cautelares" mencionadas por el parágrafo primero del art. 588, por cuanto para acceder a las mismas el juez debe estar en presencia de tres requisitos: el riesgo de que no se haga ilusoria la ejecución, la presunción grave del derecho reclamado y el temor de que una de las partes pueda causar una lesión grave y definitivamente irreparable o de difícil reparación al derecho de la otra.²⁶⁰

Ahora bien, para sustentar nuestra posición respecto de la naturaleza jurídica del instituto debemos partir de un doble punto de vista: en primer lugar, la potestad general de cautela se configura como un poder legal que cumple una función cautelar por virtud de una específica estructura discrecional; y en segundo lugar, su materialización genera una medida

259 MONROY PALACIOS, Juan José. *Ob. Cit.* p. 337 *passim*. Incurrir este joven autor en un error de base al considerar que la resolución judicial realizada a partir de un poder discrecional es inimpugnable, por verificarse una validez *a priori*. Su tesis se fundamenta en que los clásicos distinguían entre la actuación de la Administración reglada, la cual era susceptible de ser controlada judicialmente, y la discrecional, que no podía ser objeto de control jurisdiccional alguno. Tal distinción ha sido abandonada pues hoy se habla del control de los actos discrecionales de la Administración, en tanto su ejercicio está limitado no sólo por la Ley sino por el Derecho, siendo que en el caso del juez, como enseña Alejandro NIETO (*El arbitrio judicial*. Barcelona. Ed. Ariel. 2000. p. 219), el arbitrio es un criterio de la toma de decisión, pues el órgano jurisdiccional adopta sus resoluciones siguiendo o un criterio de legalidad o un criterio de su propio arbitrio o más comúnmente combinando ambos de tal forma que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad.

260 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 37-38.

o providencia judicial contenido atípico que adecuarse a las espes. Hacemos hincapié e más coherente de la un poder legal que s hacemos referencia a y los inferiores de la y a la normativa co normas de orden inf superiores.

Tal visión nos a un poder cautelar at medida cautelar disc por no adecuarse a un realizar un símil y ref un tipo legal o conte un error pues el tipo explica Alejandro Ni legalidad, de aplicar e del caso que ha de re o arbitrio, entre varia Recasens Siches, "... arbitrariamente, sino particularidades de ca

Podemos habla naturaleza discrecio

261 NIETO, Alejandro. C
262 RECASENS SICHES, I
5ta ed. 1975. p. 217.
263 Respecto de los voc profesor brasileño d la primera acepción efectos externos, se admite el poder con en el mundo exterior al poder legal, el m

o providencia judicial la cual realiza una función cautelar en razón de un contenido atípico que, no estando predeterminado por el legislador, puede adecuarse a las específicas y siempre mutables exigencias de la vida. Hacemos hincapié en este análisis bifocal pues nos permite un análisis más coherente de la cuestión, en el sentido que se explica: al hablar de un poder legal que se materializa en una medida o providencia judicial, hacemos referencia a la diferencia que existe entre los grados superiores y los inferiores de la concreción jurídica, a la normativa abstracta (la ley) y a la normativa concretizada (la decisión judicial), en cuanto en las normas de orden inferior surge algún elemento material que falta a las superiores.

Tal visión nos advierte también sobre lo inadecuado de hablar de un poder cautelar atípico, impropiedad análoga a la de hablar de una medida cautelar discrecional. Atípica es la conducta que se caracteriza por no adecuarse a un tipo o fórmula legal y si con tal término queremos realizar un símil y referirnos a una potestad jurisdiccional que no prevé un tipo legal o contenido específico para su verificación, incurrimos en un error pues el tipo legal existe y es el discrecional, según el cual, explica Alejandro Nieto, el juez tiene la potestad, inseparable de la legalidad, de aplicar el Derecho adaptándolo a las circunstancias concretas del caso que ha de resolver, mediante la elección, a su libre apreciación o arbitrio, entre varias opciones posibles y razonables²⁶¹. Como asienta Recasens Siches, "...obrar discrecionalmente no quiere decir obrar arbitrariamente, sino regirse por principios generales, aplicarlos a las particularidades de cada caso concreto, y sacar las consecuencias..."²⁶²

Podemos hablar, entonces, de un poder legal²⁶³ de cautela de naturaleza discrecional y, consecuentemente, de una medida o

261 NIETO, Alejandro. *Ob. Cit.* p. 219-222.

262 RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. México. Ed. Porrúa. 5ta ed. 1975. p. 217.

263 Respecto de los vocablos "poder" en sentido amplio y "poder legal", en criterio del profesor brasileño de derecho constitucional Manoel Goncalves FERREIRA FILHO, la primera acepción implica la capacidad de alterar el mundo exterior, de producir efectos externos, sea sobre cosas, sea sobre hombres. Y al decir capacidad se admite el poder como potencial, el cual existe si y sólo si se puede hacer efectivo en el mundo exterior, si y sólo si se puede tornar en un poder efectivo. En cuanto al poder legal, el mismo autor remite al sociólogo WEBER, para quien es aquel

providencia cautelar de naturaleza atípica. La atipicidad como consecuencia del ejercicio de la discrecionalidad y ésta como *conductio sine qua non* para la verificación de aquella. Ahora bien, la función cautelar se verifica tanto en el poder legal como en la medida judicial, pues ambos existen para asegurar la eficacia del proceso, sólo que desde grados diversos de la escala normativa para la formación del derecho, por lo cual podemos afirmar que la categoría jurídica general dentro de la que se debe encuadrar nuestro instituto jurídico es en el de la naturaleza o función cautelar.

Pero aún debemos alcanzar la naturaleza esencial o específica de lo analizado, la delimitación intelectual de su esencia dentro de lo cautelar, y esto no es más que el *prius* lógico o antecedente necesario para la adopción de una medida o providencia cautelar atípica, cual es la discrecionalidad en sede jurisdiccional de la que habla Lacerda.²⁶⁴ ¿Qué fórmula se ha utilizado en el Código de Procedimiento Civil venezolano para conferir atribuciones al juzgador en la dirección del proceso?. Explica Calderón que las normas procesales pueden contener bien un supuesto de hecho legalmente definido con unas consecuencias jurídicas enunciadas de manera "agotadora", o bien, pueden dejar indeterminado cualquiera de los componentes o los dos simultáneamente, por lo que cuando es requerida la indeterminación, el legislador puede realizarlo de dos maneras diferentes: puede seguir el sistema del derogado artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (del 700 del Código de Procedimiento Civil italiano e incluso del 940 ZPO alemán), esto es, la indeterminación tanto con relación al supuesto de hecho como en referencia a las consecuencias jurídicas, o también puede acudir a las disposiciones mixtas, enumerando en sentido enunciativo una serie de cautelas para concluir con una cláusula general más o menos amplia comprensiva de otra serie de consecuencias jurídicas no expresamente determinadas.²⁶⁵

poder estatal que se funda en un estatuto, esto es, en un cuerpo de normas, legisladas o consuetudinarias, que definen a quien compete ese poder, cómo se ejerce y hasta donde él se extiende ("O poder e seu controle". En: *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de Sao Paulo. Dir: José Cretella Junior y otros. Volume LXXIX. Janeiro - dezembro 1984. p. 115 y 126).

264 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 75.

265 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 97.

En el caso de Alcalá-Zamora en especificaron los poderes, vale decir, por sectores, ejemplo, facultades de pruebas, medios im-

En lo que respecta a las medidas cautelares consagrado en el Procedimiento Civil queda implícito el poder, decir, la jurisdicción de equidad²⁶⁸, la cual es concreta (epiqueyá provisional, que el juez al establecer la posición del objeto interrumpir la continuidad de la medida, vasto, la cual "(...) medida a la medida idónea, adoptando garantías que garanticen la efectividad presumible."

Desde esta perspectiva la equidad en cuanto a la atribución eminente la atribuc-

266 RODRÍGUEZ UR

267 HENRIQUEZ LA F
jurídicos del Zulia

268 Sobre el tema de
Carlos. "Juicio de
Procuraduría Ca

269 HENRIQUEZ LA F
de Estudios Juríd

270 *Apud.* CAPPELLE
processuale. Dir:
p. 144.

En el caso venezolano, la solución adoptada es la sugerida por Alcalá-Zamora en su prólogo a la obra de Rodríguez Urraca: se especificaron los poderes del juez, de la manera más próxima y concreta, vale decir, por sectores de actos o fases del procedimiento, como por ejemplo, facultades del juez en materia de plazos, medidas cautelares, pruebas, medios impugnativos, ejecución²⁶⁶.

En lo que toca al aumento del poder legal del juez por vía de medidas cautelares de tipicidad o *tatbestand* abierto, éste se encuentra consagrado en el párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil, en el cual, según comenta Henríquez La Roche²⁶⁷, queda implícito el carácter discrecional de las medidas cautelares, vale decir, la jurisdicción de discrecionalidad, propiamente llamada jurisdicción de equidad²⁶⁸, la cual tiene "... por objeto la razón de justicia del caso concreto (epiqueya), la solución satisfactoria, también en sede cautelar provisional, que el caso reclama..."; sobre todo, según el mismo autor²⁶⁹, al establecer la posibilidad de adoptar las providencias que tengan por objeto interrumpir actos lesivos actuales, vale decir, "hacer cesar la continuidad de la lesión", frase generica de contenido semantico muy vasto, la cual "(...) permite al juez elaborar o construir, a su arbitrio, la medida a la medida de la pretension deducida; es decir, una medida idonea, adoptando providencias de autorizacion o prohibicion que garanticen la efectividad del derecho cuya procedencia es, al menos, presumible."

Desde esta perspectiva, Vittorio Denti²⁷⁰ ha podido afirmar que la equidad en cuanto opuesta a la legalidad, concentra en sí en modo eminente la atribución al juez de un poder discrecional. Sin embargo, a

266 RODRÍGUEZ URRACA, José. *Ob. Cit.* p. XLII.

267 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 47.

268 Sobre el tema de la Jurisdicción de equidad ver *in extenso* URDANETA SANDOVAL, Carlos. "Juicio de equidad en el proceso civil venezolano", en *Revista de la Fundación Procuraduría* Caracas. Imprenta Nacional. 1996. No. 15. p. 323-408.

269 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 329-330.

270 *Apud.* CAPPELLETTI, Mauro. "Il giudizio d' equità e l' apello". En: *Rivista di diritto processuale*. Dir: Francesco Carnelutti. Padova. CEDAM. Volume VII-Parte II. 1952. p. 144.

pesar de la certeza de tal comentario, ha llegado a afirmar Elio Fazzalari²⁷¹ que, por regla general, el ámbito de la discrecionalidad del juez es exiguo respecto de aquél de la administración pública, lo cual se explica considerando que el juez opera en una estructura con contradictorio y con gran cantidad de la actividad procesal desarrollada por las partes. Es desde este punto de vista que debe ser interpretada la afirmación de Zoppi²⁷² según la cual las medidas o providencias cautelares atípicas no son discrecionales, opinión que consideramos un error evidente en tanto, según enseñan García de Enterría y Fernández²⁷³, los elementos reglados por la ley en toda potestad, discrecional y que no pueden dejar de serlo, son la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla, y el fin, pues todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica. Además, pueden haber otros elementos que pueden estar reglados eventualmente: tiempo u ocasión para un ejercicio, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado, etc., por lo que concluyen afirmando que el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora, y en el caso que nos ocupa, del juez.

Por lo tanto, los requisitos para la procedencia de las providencias cautelares atípicas no implican un condicionamiento que niegue la existencia de un poder legal discrecional en la materia, sino sólo uno de los elementos reglados por la ley dentro del ejercicio de la potestad cautelar discrecional en análisis, y es allí donde radica el error de Zoppi.²⁷⁴

271 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto processuale*. Padova. CEDAM. 5ta. ed. 1989. p. 333.

272 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 37.

273 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid. Ed. Civitas. 4ta ed. 1986. Tomo I. p. 431.

274 En tal sentido, la sentencia de fecha 31 de marzo de 2.000 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (Caso Carlos Valentín Herrera c/ Juan Carlos Dorado), ha señalado:

"Según el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, cuando la ley dice que el Juez puede o podrá se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio consultando siempre lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

"Ahora, en materia de medidas preventivas esa discrecionalidad no es absoluta sino que es menester el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del

Dilucidación son los elementos legal discrecional del art. 588 Código la actividad discrecional que son dos las discrecionalidad

fallo y que se grave de esta c "Además, el Ju necesarios para 586 del Código "No basta enton 585 del Código decreto de las r en conformida previstas; vale "De forma y ma aun cuando est Civil, no se le p presentados ne que "...no se ob Procedimiento "En efecto, mu habían demostr Civil y, sin em artículo 588 eiu "Consecuenci es el decreto, t "Es decir que la Juez por lo cu artículo 243 de de censura por "Caso contrari cuanto en este propiedad de l las razones y n y el 'fumus bo cree que la me garantizar las r condicionada a 275 RONDON DE Caracas. Editor

Dilucidada la interrogante anterior debemos preguntarnos ¿Cuáles son los elementos que permiten identificar la existencia de un poder legal discrecional dentro del contexto de la norma del párrafo primero del art. 588 Código de rito civil?. Acogiendo las notas identificadoras de la actividad discrecional desarrolladas por Rondón²⁷⁵, podemos afirmar que son dos las razones que nos llevan a considerar la existencia de discrecionalidad en la norma mencionada:

fallo y que se haya acompañado el medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

"Además, el Juez debe limitar las medidas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar los resultados del juicio. Así lo disponen los artículos 585 y 586 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

"No basta entonces que el solicitante de la medida acredite los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, desde luego que el Juez no está obligado al decreto de las medidas, por cuanto el artículo 588 eiusdem dispone que el Tribunal, en conformidad con el artículo 585 puede decretar alguna de las medidas allí previstas; vale decir, que lo autoriza a obrar según su prudente arbitrio.

"De forma y manera que, no estando obligado el Juez al decreto de ninguna medida aun cuando estén llenos los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, no se le puede censurar por decir, para negarse a ella, que '...de los recaudos presentados no se determinan los elementos contenidos en la norma invocada' y que '...no se observa que se haya dado los supuestos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil', desde luego que podía actuar de manera soberana.

"En efecto, muy bien podía el sentenciador llegar a la conclusión de que se le habían demostrado los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil y, sin embargo, negarse al decreto de la medida requerida por cuanto el artículo 588 eiusdem lo faculta y no lo obliga a ello.

"Consecuencialmente, si el Juez en estos casos está facultado para lo máximo, que es el decreto, también lo está para lo menos, que es su negativa.

"Es decir que la negativa a decretar una medida preventiva es facultad soberana del Juez por lo cual su decisión no está condicionada al cumplimiento estricto del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual no es susceptible de censura por no adaptarse a sus previsiones.

"Caso contrario sucede cuando el Juez opta por decretar la medida requerida, por cuanto en este supuesto, dado que puede constituir una limitación al derecho de propiedad de la parte contra la cual obra, el Tribunal está obligado a fundamentar las razones y motivos que lo llevaron a considerar probado el 'periculum in mora' y el 'fumus boni iuris', y además debe describir las consideraciones por las cuales cree que la medida decretada se limita a los bienes estrictamente necesarios para garantizar los resultados del juicio, desde luego que la facultad para su decreto está condicionada a esos extremos" (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

275 RONDON DE SANSO, Hildegard. *Teoría general de la actividad administrativa*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1981. p. 60-68.

i) Por la naturaleza facultativa de la norma, la cual se revela en el verbo permisivo "poder" usado en dos ocasiones por el legislador, otorgando una libertad de apreciación que constituye una esfera de discrecionalidad.

Rondón y Henríquez La Roche²⁷⁶, admiten que uno de los principios que rige el ejercicio del poder cautelar general del juez es el principio de la discrecionalidad o de la actuación facultativa, el cual opera de conformidad con la locución verbal "podrá acordar", interpretada a la luz del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, como aplicación de la prudencia, de la equidad, de la justicia y de la imparcialidad. El contenido del art. 23 *eiusdem* es del tenor siguiente "... cuando la ley dice: 'El Juez o Tribunal puede o podrá,' se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad."²⁷⁷ De su contenido se infieren los parámetros para el ejercicio de una jurisdicción de discrecionalidad o de equidad siempre que, durante el trámite procesal previo a la decisión (*in procedendo*) o en la sentencia (*in iudicando*) o en ambos, el juez esté facultado explícita o implícitamente para elegir entre la asunción de dos o más conductas potencial y normativamente admisibles para la resolución de un pasaje determinado del proceso.

Los agudos comentarios de Giuseppe Lumia resultan pertinentes insertarlos aquí:

Toda norma (...) se presenta, pues, como un esquema que, aunque dentro de los límites definidos por su formulación textual y por los usos lingüísticos, comporta una pluralidad de aplicaciones; la norma

276 RONDON DE SANSO, Hildegard. "La suspensión de los efectos de los actos administrativos en la esfera de las medidas cautelares". En: *200 años del Colegio de Abogados*. Libro-Homenaje. Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas. Ávila Arte/Impresores. 1989. Tomo II. p. 358; RONDON DE SANSO, Hildegard. "Medidas cautelares innominadas (con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo)". En: *Derecho procesal civil* (El CPC diez años después). XXII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar". Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. p. 309; HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV, p. 330.

277 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *El nuevo Código de Procedimiento Civil*. Caracas. Ed. Ex Libris. 1987. p. 307.

define un "espa
(es decir, de "leg
(lo que equivale
realizar una elec
posibles permiti
mayor es la esf
puede hacerse r
valores surgidos
las preferencias

Con base a lo
reviste una función te
de referencia al órga
de un mandato jurídic
elección a los valore
razonabilidad como
considerar como ade
de casación del 15
vocablo "pueda" cor
juez para obrar de r
más recta justicia.

Como se obser
es muy amplio, pues r
se establece la facultad
"puede" o "podrá" u
implícita -cuando a l
remisión de su proc
juez. A manera de eje
posibilitan al juez, el
ejercitar un poder cau
remisión a un acto v
igualmente de la na
infiere que el juez ti

278 LUMIA, Giuseppe. *Ob. Cit.* Miguel. Madrid. Ed.
279 *Apud.* BRICE, Ange
1964. Tomo I. p. 92.

define un "espacio operativo", un "campo" de posibilidades jurídicas (es decir, de "legitimidad") dentro del cual quien está llamado a aplicarla (lo que equivale a individualizar el precepto contenido en ella) debe realizar una elección. Tal elección entre las alternativas jurídicamente posibles permitidas por la norma —que son más numerosas cuanto mayor es la esfera de indeterminación que la norma comporta— no puede hacerse más que a la luz de un juicio que tiene en cuenta los valores surgidos de la sociedad, pero que también resulta influido por las preferencias individuales del intérprete.²⁷⁸

Con base a lo apuntado por Lumia, el objetivo de este art. 23 reviste una función teleológico-instrumental, consistente en servir de marco de referencia al órgano jurisdiccional en el momento de la apreciación de un mandato jurídico facultativo, para que ajuste el fundamento de su elección a los valores allí expresados. Se deduce entonces que tanto la razonabilidad como la equidad actúan como fronteras axiológicas para considerar como adecuada la elección del juez. Así, una antigua sentencia de casación del 15 de julio de 1913²⁷⁹ determina el sentido legal del vocablo "pueda" como el de una autorización concedida por la ley al juez para obrar de modo equitativo y racional procurando impartir la más recta justicia.

Como se observa, el ámbito de aplicación concedido a dicha norma es muy amplio, pues no sólo esta referido a los casos en que explícitamente se establece la facultad de elegir —verbigracia, cuando se utilice la fórmula "puede" o "podrá" u otra similar— sino también en aquellos de permisión implícita —cuando a la figura o institución a aplicar le sea connatural la remisión de su procedencia, gradación o extensión a la voluntad del juez. A manera de ejemplo, el art. 12 y el párrafo primero del art. 588 posibilitan al juez, el fundar su decisión en las máximas de experiencia y ejercitar un poder cautelar genérico, respectivamente. En ambos casos la remisión a un acto volitivo del órgano jurisdiccional es expresa, pero igualmente de la naturaleza potestativa inherente a tales institutos se infiere que el juez tiene la posibilidad de elegir entre un determinado

278 LUMIA, Giuseppe. *Principios de teoría e ideología del derecho*. Tr. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid. Ed. Debate. 2da ed. 1979. p. 74-75.

279 *Apud*. BRICE, Angel Francisco. *Lecciones de procedimiento civil*. Caracas. s/Ed. 1964. Tomo I. p. 92.

número de conductas permisibles, lo que se traduce en ese mandato facultativo implícito de que se habla.

ii) Precisamente la segunda razón para considerar la existencia de un poder legal discrecional en esta norma, estriba en que la misma le acuerda al juez una facultad disyuntiva o alternativa cuando le dice "...el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión..."²⁸⁰

Recordemos con García de Enterría y Fernández²⁸¹ que la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, posición que comparte Satta²⁸² para quien discrecional resulta la actividad del órgano jurisdiccional cuando al aplicar una norma, concreta su voluntad, si bien optando entre varios contenidos posibles. En ese sentido Fazzalari ha afirmado que la norma provee de discrecionalidad al sujeto en las hipótesis en las cuales los presupuestos de la conducta pueden variar bajo la singularidad de los casos concretos, y requieren, para alcanzar su fin, de una modulación específica. La discrecionalidad -para dicho autor- consiste en la correlación entre el fin establecido y la situación concreta en presencia de la cual tal fin va a ser alcanzado.²⁸³

Como la norma en estudio presenta la posibilidad al juez de elegir entre dos o más conductas para alcanzar la eficacia de su finalidad cautelar ante un caso concreto, es esta otra fórmula legal identificadora de su discrecionalidad. Nuestra jurisprudencia ha reconocido la discrecionalidad inherente al parágrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil, *exempli gratia*, en sentencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia del 12 de marzo de 1992²⁸⁴ cuando expresó "de la norma transcrita anteriormente, se refleja un amplio poder discrecional y cautelar que detenta el Juez de la Instancia, para asegurar

280 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Ob. Cit.* p. 378.

281 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón. *Ob. Cit.* p. 434.

282 SATTÀ, Salvatore. *Derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires. EJEÁ. 1971. Tomo I. p. 181.

283 FAZZALARI, Elio. *Ob. Cit.* p. 332.

284 *Apud.* RAMÍREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1992: Tomo CXX. p. 591.

la efectividad de agosto de 1994²⁸⁵ según la cual "e entendido en e Procedimiento C Ello significa que para actuar según racional, en razón

Es en este trata de una arb técnica²⁸⁷ otorga consultando lo m

Si entenden lo ha manejado la Italia se le ha con y en Alemania s indeterminados" (y los países latin

285 *Apud.* MORALE

286 RENGEL - ROM

287 REDENTI (*Ob. C*

las medidas cau juez acerca del cuanto a la exist fundada, caiga e discrecionalidad (...)"

288 BREWER - CARL

Revista de la Fac

Plá Rodríguez y

2. p. 38 y 42.

En el referido

Administrativa,

Ministerio de Tr

ofensa a la mora

doctrina ha deno

claramente de l

funcionario la p

no sucede lo m

la efectividad de la medida decretada..."; así como en sentencia del 4 de agosto de 1994²⁸⁵ de la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal según la cual "el carácter discrecional de las medidas cautelares queda entendido en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil en estos términos: 'El juez o tribunal puede o podrá'. Ello significa que la ley autoriza al Juez, le confiere una facultad discrecional para actuar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en razón de la justicia, de la imparcialidad y de la objetividad...".

Es en este punto que Rengel-Romberg²⁸⁶ nos habla de que no se trata de una arbitraria discrecionalidad, sino de una discrecionalidad técnica²⁸⁷ otorgada al juez en este campo, que lo autoriza para obrar consultando lo más equitativo y racional, al servicio de la justicia.

Si entendemos la frase "discrecionalidad técnica" en el sentido que lo ha manejado la doctrina iusadministrativista, nos percataremos que en Italia se le ha contrapuesto el concepto "discrecionalidad administrativa" y en Alemania se le ha calificado como los "conceptos jurídicos indeterminados" (*unbestimmte rechts begriffe*), tesis recogida en España y los países latinoamericanos.²⁸⁸ Nos enseñan García de Enterría y

285 *Apud.* MORALES CABELLO, Oswaldo. *Ob. Cit.* 1994: No 8-9, 318 - 319.

286 RENGEL - ROMBERG, Arístides. *Ob. Cit.* p. 92.

287 REDENTI (*Ob. Cit.* p. 245) habla en Italia, en el sentido que la concesión o no de las medidas cautelares, se hace depender de una apreciación de probabilidad del juez acerca del presumible fundamento de la acción-pretensión de fondo y en cuanto a la existencia del peligro de que, sin medidas cautelares, la misma, aunque fundada, caiga en el vacío. "Hay en ello -concluye el Maestro- cierto elemento de discrecionalidad técnica, que no hay en el pronunciamiento de providencias finales (...)"

288 BREWER - CARIAS, Allan Randolph. "Los límites al ejercicio del poder discrecional". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo*. Dir: Américo Plá Rodríguez y otros. Montevideo - Uruguay. Enero - junio 1991. Año XXXII. No 1-2. p. 38 y 42.

En el referido sentido, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 19 de mayo de 1983 (Caso Radio Caracas TV vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones), declaro: "El presupuesto de hecho -ofensa a la moral publica- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina ha denominado conceptos jurídicos indeterminados y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras estas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico

Fernández²⁸⁹ que lo esencial del concepto jurídico indeterminado es que la propia indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso²⁹⁰. Luego, como dice Brewer-Carías, en la "discrecionalidad técnica" no existe escogencia y por ello no es discrecionalidad.²⁹¹

En consecuencia, si el párrafo primero del art. 588 implica la elección de una solución concreta encomendada en forma expresa por la ley mediante la apertura de un hueco para la aplicación del arbitrio del órgano jurisdiccional, no compartimos la opinión del maestro Rengel-Romberg al hablar de discrecionalidad técnica para explicar el arbitrio judicial en las medidas cautelares atípicas, pues tal concepto no implica una elección adecuada entre dos o más opciones guiada por criterios de

indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite, sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma".

289 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón. *Ob. Cit.* p. 434.

290 Según explica Karl ENGISCH (*Introducción al pensamiento jurídico*. Tr. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Ed. Guadarrama. 1967. p. 139-140), por concepto indeterminado se entiende "(...) un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto (...)", siendo que, dentro del Derecho, la mayoría de los conceptos son, al menos parcialmente, indeterminados, y a contrario sensu, poco frecuentes los absolutamente determinados, como los numéricos, especialmente los vinculados con los conceptos de medida, tiempo y dinero.

En este sentido enseña CALDERON (*Ob. Cit.* p. 108-109, 121, 185) que al concepto jurídico indeterminado se afecta el supuesto de hecho, mientras que a la discrecionalidad se afectan las consecuencias jurídicas, siendo que en el primer caso el órgano jurisdiccional debe únicamente determinar si la situación alegada por la parte tiene o no cabida en la norma, vale decir, puede calificarse de peligrosa para la efectividad de la sentencia. En el segundo, por el contrario, la actividad del Juez se define en una elección, no en decir sí o no, pues debe, de acuerdo con los criterios determinados por el legislador, decidir entre una variedad de soluciones posibles la más adecuada para conseguir la finalidad prevista. En consecuencia -concluye la autora española-, la discrecionalidad secundum legem que deriva del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, por funcionar con sujeción a las exigencias legales, no es para conceder o denegar la medida -si así fuera sobrarían los presupuestos-, sino para elegir, caso de ser fundamentada, aquella que goce de esa caracterización "necesaria según las circunstancias, para asegurar la efectividad de la sentencia".

291 BREWER - CARIAS, Allan Randolph. *Ob. Cit.* p. 41-42.

justicia, equidad general de caute

Ahora bien, en su español, en su se probados permit el proceso inter Tribunal debe te estime como cor

Por otra p Carta Magna de 1 a utilizar los órg los derechos e in leyes, siendo adé grado del proces los derechos que de la fundabilidad el periculum in m que el retardo e incuestionable a cautelar, máxime los derechos e i Constitución esp

Admitidas significación cons ¿cuál debe ser el la configuración que, al llenarse l del juez el acuerdo providencia caute

292 NIETO, Alejandro

293 MARQUEZ ANZOLOTTI, María Victoria. *Ob. Cit.* p. 19

294 ZOPPI GANEM

295 ORTIZ-ORTIZ, María. *Ob. Cit.* p. 94. p. 51.

justicia, equidad, oportunidad y conveniencia, como es el caso del poder general de cautela.

Ahora bien, como la ha expresado el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 174/1985: "Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso, el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por que elige la que estime como conveniente."²⁹²

Por otra parte, si la Constitución de 1999 en su art. 26 (68 en la Carta Magna de 1961) consagra el derecho de acción, es decir, el derecho a utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de los derechos e intereses, dentro de las condiciones que establezcan las leyes, siendo además la defensa, un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso (art. 49, ord. 1°), y si como enseña Márquez²⁹³ uno de los derechos que le atribuye al actor el ejercicio de la acción, independiente de la fundabilidad de la pretensión, es el de evitar que obre en su contra el periculum in mora, vale decir, el derecho de prevenirse contra el daño que el retardo en el pronunciamiento final pueda causarle; resulta incuestionable admitir además la jerarquía constitucional de la tutela cautelar, máxime cuando el propio artículo 26 exige la tutela efectiva de los derechos e intereses, tal y como lo estableció en su momento la Constitución española de 1978.

Admitidas como han sido la naturaleza cautelar - discrecional y la significación constitucional del instituto en estudio nos debemos preguntar ¿cuál debe ser el contenido y alcance de esa discrecionalidad respecto de la configuración de una medida cautelar atípica? Zoppi es de la opinión que, al llenarse los extremos legales, quedan al arbitrio y la prudencia del juez el acuerdo, índole, naturaleza, carácter, extensión y límites de la providencia cautelar innominada.²⁹⁴ Ortiz²⁹⁵ afirma a su vez que el término

292 NIETO, Alejandro. *Ob. Cit.* p. 232.

293 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Estudios de Procedimiento Civil*. Caracas. Ed. Jurídica Venezolana. 1985. p. 256.

294 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 59.

295 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 519-520; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 51.

"puede" utilizado en el artículo 588 no se refiere a los requisitos para decretar la medida, de donde se desprende que, una vez cumplido estos, se hace procedente la medida, en cuyo caso ya no estamos en presencia de una facultad discrecional sino de un deber, existiendo sólo un cierto grado de discrecionalidad en la apreciación de la prueba, por lo que lo genérico de las medidas atiende a la oportunidad, a las materias en que pueden ser dictadas, a los tipos y las clases de medidas; pero el juez está subordinado a estos tres requisitos, y también está sometido a cierta restricción en la índole de la medida.²⁹⁶

Se ha negado, sin embargo, para el caso de las medidas cautelares innominadas que el Juez sea libre para medir la oportunidad o conveniencia de ejercer su facultad legal, acordando o negando la medida requerida, pues si están presentes los supuestos del Código adjetivo a que se contrae el art. 585 y para cada caso específico, al decidir sobre la medida solicitada no tiene discrecionalidad sino que su labor es vinculada, automática, de ejecución de la previsión normativa. Solo tendrá discrecionalidad en la determinación de los elementos constitutivos (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), pero siempre sometiéndose a los límites de su apreciación propia, esto es, a la racionalidad y a la proporcionalidad.²⁹⁷

Consideramos que tanto Zoppi como Ortiz se encuentran más cerca de lo razonable en esta materia que el planteamiento de Rondón. Nosotros mantenemos que el poder discrecional concedido al juez es amplio en lo que toca a la determinación de la medida atípica, y haciendo la salvedad que, como analizaremos luego, la providencia podría ser concedida por vía de caucionamiento sin llenar los extremos de ley.²⁹⁸ A todo evento,

296 JIMÉNEZ SALAS (*Ob. Cit.* p. 246) comparte el criterio según el cual en esta materia aunque existe discrecionalidad no existe soberanía total del Juzgador, pues para que exista una cautela innominada -en su criterio- es indispensable que exista, además de las exigencias del artículo 585, una relación de causalidad, fáctica, necesaria y proporcional entre el efecto de las medidas y el derecho subjetivo controvertido, de modo tal que se pondere en cada caso en concreto la gravedad de las consecuencias que tendría el mantenimiento de una situación presentada como lesionante de derechos.

297 RONDON DE SANZO, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 310.

298 Sin embargo, debemos observar que no compartimos la tesis de ORTIZ según la cual el juez tiene el deber de dictar la medida una vez verificados los presupuestos, afirmación congruente con su posición según la cual las medidas cautelares son

sostenemos que, en la medida en que es concedida al juez en el cual, en expresión de requerir (y por tanto adecuadas para así con las típicas, las p objetivo especial: p tener por contenido exponiendo acertada requerida sea adecuada lesión que se teme, p de la providencia.

Lo importante es arbitraria el contenido debemos tener en cuenta la adecuación que la cautela de la situación

manifestación de sustancial de causalidad verificaron los p

299 DOS REIS, Alberto. 3ra ed. 1982. Vol. I.

300 La Sala de Casación expuso: "...Es de soberanía del Juez el estricto del artículo susceptible de cuando el Juez o dado que puede contra la cual ob que lo llevaron iuris", y además decretada se limit del juicio, desde extremos..." (La www.tsj.gov.ve)

sostenemos que, en razón de la misma amplitud de la discrecionalidad concedida al juez en esta materia, puede proclamarse el principio según el cual, en expresión del profesor Dos Reis²⁹⁹, puede el titular del derecho requerir (y por tanto el tribunal ordenar) las providencias que fueren adecuadas para así evitar el perjuicio, pues al contrario de lo que sucede con las típicas, las providencias innominadas no tienen siempre el mismo objetivo especial: pueden proponerse para los fines más diversos, pueden tener por contenido los pedidos más variados. Concluye este autor exponiendo acertadamente que lo que importa es que la providencia requerida sea adecuada o idónea para conjurar el peligro, para evitar la lesión que se teme, pues la naturaleza del peligro determinará la naturaleza de la providencia.

Lo importante, entonces, no es limitar mediante una clasificación arbitraria el contenido y función de la medida cautelar atípica, sino que debemos tener en cuenta que dicho contenido y función dependerá de la adecuación que la providencia requiera para satisfacer la necesidad de cautela de la situación en concreto.³⁰⁰

manifestación de la justicia preventiva, pues al tener el particular un derecho sustancial de cautela, tiene derecho a que se decrete la medida solicitada si se verificaron los presupuestos y el *periculum ni mora* se mantiene vigente.

299 DOS REIS, Alberto. *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra. Coimbra Editora. 3ra ed. 1982. Volume I. p. 685.

300 La Sala de Casación Civil, mediante sentencia N° 134 de fecha 22 de mayo de 2.001, expuso: "...Es decir que la negativa a decretar una medida preventiva es facultad soberana del Juez por lo cual su decisión no está condicionada al cumplimiento estricto del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual no es susceptible de censura por no adaptarse a sus previsiones. Caso contrario sucede cuando el Juez opta por decretar la medida requerida, por cuanto en este supuesto, dado que puede constituir una limitación al derecho de propiedad de la parte contra la cual obra, el Tribunal está obligado a fundamentar las razones y motivos que lo llevaron a considerar probado el "periculum in mora" y el "fumus bonus iuris", y además debe describir las consideraciones por las cuales cree que la medida decretada se limita a los bienes estrictamente necesarios para garantizar las results del juicio, desde luego que la facultad para su decreto está condicionada a esos extremos..." (Las negritas y el subrayado es de la Sala)" (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

9. Efectos

La sentencia N° 987 de la Sala Político Administrativa de fecha 29 de julio de 1999 (caso Cauvica), nos dice que las medidas cautelares innominadas "... pueden distinguirse por sus efectos, en medidas cautelares conservativas o de efectos negativos y en medidas cautelares innovativas o de efectos positivos; las primeras tendientes a impedir la modificación de la situación existente, y las segundas, por el contrario dirigidas a introducir un cambio en la situación jurídica existente".

Como explica Calderón, los efectos meramente aseguratorios responden al concepto clásico de cautela, ajustándose perfectamente al carácter homogéneo pero no idéntico respecto de las medidas ejecutivas, ya que se persigue el mantenimiento o conservación de una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan verificarse efectivamente sin obstáculos. Por lo que toca a los efectos provisionalmente satisfactivos, *a contrario sensu*, tendrán efectos innovativos y anticipatorios de la tutela judicial que se preste en el proceso, satisfaciendo provisionalmente la pretensión principal, innovación ésta la cual consiste en adelantar en forma total o parcial el contenido de la futura sentencia del proceso principal. Entre los efectos meramente aseguratorios y los provisionalmente satisfactivos existen los llamados efectos de conservación, o de regulación, consistentes en mantener, pero también en modificar el *statu quo* inicial, con lo cual se pretende impedir que el desarrollo de una situación de hecho venga a frustrar en concreto la solución jurídica de un conflicto de intereses.³⁰¹

En un sentido negativo, sin embargo, debemos sostener con Calderón³⁰² que, en principio, una resolución judicial deviene inefectiva en forma total cuando no se ajusta lo en ella ordenado a lo realmente realizado, cuando existe una distorsión entre lo que dice y lo que partiendo de ella se hace o se omite, o cuando el tribunal tarda tanto en resolver que dan lugar a la desaparición pura y simple del objeto del proceso. Por otro lado, existe inefectividad parcial, cuando el litigante favorecido recibe menos de lo concedido, no dándosele al final más que una parte de lo que la resolución le prometía (disminución cuantitativa) o cuando recibe cosa distinta a lo que aparecía en la resolución como debido (disminución

301 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 129-131.

302 *Ibidem.* p. 65-68.

cualitativa. La doctrina distingue dos tipos de causas, la primera, cuya pretensión haya sido proveniente de las i

CAPÍTULO III LÍMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES VENEZOLANO

Lacerda es de opinión que la cautela es una auténtica norma en blanco de derecho, un poder de ejercicio del *imperium* refiriéndose a las medidas procesal civil alemanas tan complejos como el que lo que el tribunal no se acuerdo a su libre ar

Sin embargo, *a omnibus in rebus*" (a todo poder discrecional para una excepción a esta mandamiento de justicia así: "Todo poder de poder ilimitado está indica el mencionado del poder, entendido necesarias posiciones por la naturaleza de la ii) Ninguna posición derechos fundament

303 LACERDA, Galeno.

304 ROSENBERG, Leo. *Ob. Cit.* Aires. EJE. 1955. T.

305 COING, Helmut. *Ob. Cit.* Barcelona. Ed. Arie

cualitativa. La doctrina, en forma mayoritaria, basa la ineffectividad en dos tipos de causas, las referentes a la persona del litigante condenado o cuya pretensión haya sido desestimada y las denominadas causas técnicas, provenientes de las imperfecciones del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III

LÍMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

Lacerda es de la opinión que el poder cautelar general es una auténtica norma en blanco, que confiere el magistrado, dentro del estado de derecho, un poder puro, idéntico al del pretor romano, cuando, en ejercicio del *imperium*, decretaba los *interdicta*³⁰³. Leo Rosenberg, refiriéndose a las medidas provisionales de seguridad de la ordenanza procesal civil alemana, nos informa que los medios de las mismas son tan complejos como múltiples sus objetivos en los casos particulares, por lo que el tribunal no está sujeto en esto a limitaciones, pues resuelve de acuerdo a su libre arbitrio.³⁰⁴

Sin embargo, *data venia* de tan autorizadas opiniones, "*modus omnibus in rebus*" (en todas las cosas debe haber una medida), y el poder discrecional para decretar medidas cautelares atípicas no constituye una excepción a esta regla. En este aspecto, Coing³⁰⁵ nos habla de un mandamiento de justicia, el cual denomina *iustitia protectiva*, que reza así: "Todo poder de un hombre sobre otros tiene que ser limitado. El poder ilimitado está en contradicción con el derecho". Asimismo, nos indica el mencionado iusfilósofo los cuatro principios de la limitación del poder, entendido en sentido amplio: i) En la medida en que son necesarias posiciones de poder, deben limitarse a las dimensiones exigidas por la naturaleza de la cosa (vale decir, de los fines sociales perseguidos); ii) Ninguna posición de poder puede excluir a otro del disfrute de sus derechos fundamentales; iii) También el titular del poder está ligado por

303 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 74.

304 ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tr. Angela Romera Vera. Buenos Aires. EJE. 1955. Tomo III. p. 283.

305 COING, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Tr. Juan Manuel Mauri. Barcelona. Ed. Ariel. 1976. p. 193.

los principios de la lealtad y la confianza en el tráfico con los sometidos a dicho poder; iv) Todo poder debe ser supervisado.³⁰⁶

De hecho, el asunto en referencia es una auténtica *vexata quaestio* que ha dado motivo a candentes discusiones doctrinarias y jurisprudenciales y que aún no ha logrado un consenso general.

Así, Proto Pisani³⁰⁷ establece los límites que tiene el juez italiano en la determinación del contenido de las *provvedimenti d'urgenza*, y entre otros destaca como principios y normas de naturaleza procesal: i) el respeto al principio del contradictorio o bien a la garantía constitucional del derecho a la defensa, lo que excluye la posibilidad de emanar providencias atípicas contra sujetos que no hayan participado en el procedimiento sumario que culmina con la emanación de la decisión sobre acogimiento de la medida³⁰⁸; ii) debido a la idoneidad que debe

306 *Ibidem.* p. 195-196.

307 PROTO PISANI, Andrea. *Ob. Cit.* p. 395-400.

308 Dentro de los límites de carácter procesal que deben ser respetados en Venezuela al momento de la configuración de la medida cautelar atípica se encuentra el respeto a las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho de defensa del sujeto pasivo de la providencia. En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha establecido en sentencia No. 05 del 24 de enero de 2001 que: "El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. En cuanto al derecho a la defensa, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. 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."

Por su parte, la Sala Político-Administrativa del mismo tribunal mediante fallo No. 02762 del 20 de noviembre de 2001 ha dicho: "la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 26), que no se agota, como normalmente se ha difundido, (i) en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para defenderse de los actos públicos que incidan en su esfera de derechos, sino que también comporta, (ii) el derecho a obtener medidas cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo; (iii) derecho a asistencia jurídica (asistencia de letrados) en todo estado y grado del proceso; (iv) derecho a exponer las razones que le asistan en su

exhibir la medida p
los efectos de la d
contenido de la me
de las medidas caut
no solo podrá crea
sino formalmente au
de mérito product
normas de rango
cautelares atípicas p
personal de su de
preservación a la lib
de conductas consist
o en manifestacion
familiares; en lo qu
circulación y de re
sanidad o de la seg
secuestro de medio
En cuanto a los lím
sustancial, la sumari
no eximen en mod
pues a la luz del c
gratia, si la situació
subjetivo y si el c
contraparte integra
una amenaza de vie

Procederemo
han imputado a la
expresión del pod
conclusiones que c
civil venezolano.

descargo o para ju
pruebas que le fa
obtener un fallo c
necesaria ante órg
(vii) el derecho a

exhibir la medida para asegurar, según las circunstancias, provisoriamente los efectos de la decisión sobre el mérito, en la individualización del contenido de la medida el juez no se encuentra vinculado ante los modelos de las medidas cautelares típicas ni de la sentencia de mérito, por lo que no solo podrá crear instrumentos y efectos de tutela judicial diversos sino formalmente autónomos respecto del contenido de la futura decisión de mérito producto de la cognición plena y exhaustiva; iii) el respeto a normas de rango constitucional imponen excluir que las medidas cautelares atípicas puedan tener un contenido lesivo respecto de la libertad personal de su destinatario pasivo, no sólo contra arrestos sino en preservación a la libertad moral, lo cual excluye ordenar el cumplimiento de conductas consistentes en actividad de trabajo autónomo o subordinado o en manifestaciones de voluntad dirigidas a crear *status* personales o familiares; en lo que toca a la libertad de domicilio y de la libertad de circulación y de residencia del ciudadano por motivos diversos de la sanidad o de la seguridad previstos en vía general por la ley; y cuanto al secuestro de medios de manifestación del pensamiento, como la prensa. En cuanto a los límites basados en principios y normas de naturaleza sustancial, la sumariedad de la cognición y la atipicidad de la providencia no eximen en modo alguno al juez del respeto al derecho sustancial, pues a la luz del ordenamiento jurídico debe determinar, *ad exempli gratia*, si la situación descrita por el accionante constituye un derecho subjetivo y si el comportamiento denunciado como ilegítimo de la contraparte integra efectivamente los extremos de una violación o de una amenaza de violación.

Procederemos entonces a analizar los diversos límites que se le han imputado a las medidas o providencias cautelares atípicas como expresión del poder general de cautela del juez, para así derivar las conclusiones que consideremos pertinentes dentro del sistema procesal civil venezolano.

descargo o para justificar su pretensión; (v) oportunidad racional para presentar las pruebas que le favorezcan y para atacar el mérito de las que lo perjudique; (vi) obtener un fallo definitivo en un tiempo prudente y, otra garantía, hoy por hoy más necesaria ante órganos o entes contumaces a cumplir con las decisiones judiciales, (vii) el derecho a obtener pronta y acertada ejecución de los fallos favorables".

1. Presupuestos de procedencia

Estima Jiménez³⁰⁹ que el límite de la potestad cautelar del Juez finaliza cuando existe la competencia de otro Juez o cuando no concurren las exigencias previstas para la procedibilidad de una cautela.³¹⁰ De la redacción del art. 588 del Código de Procedimiento Civil se pueden extraer los presupuestos para el decreto favorable de las medidas cautelares atípicas, vale decir, *pendente lite*, *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, acompañados de sus respectivos medios de prueba; y el fundado temor de que una de las partes puede causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. Así lo ha entendido, dentro de diversas decisiones, la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo, en sentencia de la Corte en Pleno del 16 de junio de 1998, oportunidad en la cual expreso:

La procedencia de las medidas cautelares innominadas está determinada por los requisitos establecidos en los artículos 585 y 588, Parágrafo Primero del Código de Procedimiento Civil, que son los siguientes: 1) El riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, es decir, el *periculum in mora* que se manifiesta por la infructuosidad o la tardanza en la emisión de la providencia principal, según enseña Calamandrei. 2) La existencia de un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama y del riesgo definido en el requisito anterior. 3) La existencia de un temor fundado acerca de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En relación con éste último requisito milita la exigencia de que el riesgo sea patente e inminente.

309 JIMÉNEZ SALAS. Simón. *Ob. Cit.* p. 247.

310 Respecto de las medidas cautelares en general, la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de noviembre de 1.999 (Caso Los Pequeños Airlines, Inc. en exequátur), con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche (*Apud.* RAMÍREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* n° 159, p. 584), ha indicado que: "Viene sosteniendo este Máximo Tribunal de manera reiterada y pacífica, que sólo es posible ordenar medidas cautelares ante supuestos en los cuales existe riesgo real y comprobable de que quede ilusoria la ejecución del fallo. "Por tal motivo (...) debe el órgano decisor examinar los presupuestos de viabilidad de las medidas cautelares solicitadas esto es, la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y el riesgo de que quede ilusoria la ejecución de la decisión (*periculum in mora*), a la luz de los elementos probatorios aportados a los autos".

También lo
en fallo N° 106
siguiente:

La interpreta
se acuerden
hace necesar
en el libelo
al convencim
de buen dere
del fallo; lo
del juez que
acordada la
decisión que
en inejecuta
condiciones
entre la soli
decisión de

1.1 *Pendente lite*

El primer r
cautelares, salvo
en un proceso p
causa", y más co
la admisión de la
surtir sus efectos
en sus sentencias

311 Disponible en

312 DUQUE CORF

313 Se ha planteado
demanda y de
implicaría la n
Mediante sent
Décimo en lo
(Caso I. Díaz
estableció que
y se han deci
demanda, tal r
y más aún, pra

También la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo N° 106 del 3 de abril de 2003, se ha pronunciado en el sentido siguiente:

La interpretación de la norma transcrita, lleva a concluir, que para que se acuerden las cautelares señaladas en el artículo 588 eiusdem, se hace necesario que el solicitante, mediante los alegatos que esgrima en el libelo de la demanda, como en otros elementos aportados, lleve al convencimiento del jurisdicente que evidentemente existe presunción de buen derecho y del temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo; lo que se traduce en ineludible apremio de llevar al ánimo del juez que el derecho reclamado realmente existe y que de no ser acordada la medida peticionada, se esté ante el peligro de que la decisión que se dicte en la resolución de la controversia, se convierta en inejecutable, en razón de la posibilidad de haberse modificado las condiciones patrimoniales del obligado, durante el lapso que mediara entre la solicitud de las cautelares y el cumplimiento efectivo de la decisión de fondo que se dicte...³¹¹

1.1 *Pendente lite*

El primer requisito que establece la Ley para decretar las medidas cautelares, salvo excepciones legales expresas, es el de que se verifique en un proceso pendiente, vale decir, "en cualquier estado y grado de la causa", y más concretamente, observa Duque Corredor³¹², *a posteriori* a la admisión de la demanda del proceso judicial en el cual la medida va a surtir sus efectos³¹³, como lo ha sostenido la Casación Civil venezolana, en sus sentencias de fecha 12-12-61 y 20-3-86, pues según explica Márquez

311 Disponible en: www.tsj.gov.ve

312 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 163 y 181.

313 Se ha planteado judicialmente el argumento según el cual, si luego de admitida la demanda y decretado medidas cautelares, se produce una reforma al libelo, ¿ello implicaría la nulidad de los decretos cautelares practicados?

Mediante sentencia del 11 de enero de 2.000 proferida por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas (caso I. Díaz en amparo), actuando como Juez el Dr. Simón Jiménez Salas, se estableció que "cuando en una causa cualquiera en que se ha admitido una demanda y se han decretado medidas cautelares se produce una reforma al libelo de la demanda, tal reforma no implica que los decretos cautelares que se hayan dictado, y más aún, practicado y con oposición de parte, queden anulados, ya que la acción

si bien cualquier medida cautelar requiere la proposición de la respectiva demanda y la existencia de la presunción grave del derecho que se reclama (art. 1930 del Código Civil), ello es así porque "la prestación de tutela jurisdiccional a los derechos subjetivos, sea cual fuere su clase, constituye una obligación del Estado, sólo virtual mientras el particular lesionado no la requiera formalmente. Por ello, la acción funciona como la medida o la condición de la jurisdicción, y se exige para su proposición válida la existencia del interés procesal." ³¹⁴

Enrico Tullio Liebman nos habla que, en materia de medidas atípicas, "se trata, pues, de providencias cautelares innominadas, a las que corresponde una acción cautelar innominada." ³¹⁵ Tal aseveración nos obliga a plantearnos la siguiente interrogante ¿Podrá decretarse *ante causam* una medida cautelar atípica conforme al art. 588 del CPC? ³¹⁶ La duda se podría plantear pues aunque en su encabezamiento el art. 588 prevé "el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la

ejercida queda vaga y el llamado a la jurisdicción para que intervenga en el conflicto presentado subsiste; de tal forma que siendo la cautela no sólo la instrumentalidad hipotética del proceso sino la garantía del derecho contenido en la acción, lógico es concluir que la reforma al libelo no implica la afectación o anulación del decreto cautelar por lo cual tal argumento no constituye una lesión a los derechos constitucionales" del debido proceso. (*Apud.* RAMIREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* N° 162. p. 53)

314 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Ob. Cit.* p. 255-256.

315 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJE. 1980. p. 163.

316 En Brasil, Ada PELLEGRINI GRINOVER (*Ob. Cit.* p. 321) nos informa que "*secondo il rapporto temporale tra il processo cautelare e quello principale, I provvedimenti cautelari sono divisi, nel codici di rito, in preparatori, se precedono l'azione principale, e incidentali, quando inseriti nel corso del processo principale (art. 796). Anche in questo caso, pero, non perdono la caratteristica di procedimenti autonomi*". DUQUE CORREDOR, en nuestro país, si bien afirma que lo referente a las medidas cautelares no constituye "(...) un procedimiento verdaderamente autonomo, porque no puede surgir sin un juicio principal al que sirve inmediata o mediatamente" (*Ob. Cit.* p. 141), cuando toca el tema de la instrumentalidad hipotética, planteado de manera primigenia por CALAMANDREI, se expresa en los siguientes términos: "No obstante ese carácter instrumental, las medidas cautelares, como institutos procesales, como providencias judiciales y como procedimiento especial, son autónomas del juicio principal, aunque sirvan a este o estén supeditadas a su vigencia" (*Ibidem.* p. 148)

causa, las siguientes expresamente en su par... a los requisitos del art. 5... legales expresas³¹⁸, con base a tres argumentos... medidas típicas exige q... debemos aplicar el mis... son instrumentales mas... lugar, si entendemos el... los párrafos de éste, con... dicho párrafo dentro d... lo pautado en el encab... último, si el art. 585 al... como presupuesto de t... quede ilusoria la ejecu... la interposición de u... providencia cautelar atíp... a la ley solicitar en V... *causam*.

Por otra parte, ¿p... atípica no ya en el p... ejecución? Este proble... de la providencia. Ren...

317 Habla la doctrina (VEN... según el cual si el "pe... de las medidas cautela... en consecuencia, las r... segunda instancia, aú... como en el caso del a... solicitud de medidas... que ha sido interpret... primera instancia pue...

318 Recientemente tenem... del Niño y del Adoles... solicitadas en forma... mismas a la efectiva p... en el que se hubiere... proceso ya instaurad...

319 RENGEL - ROMBERG

320 DUQUE CORREDOR

proposición de la respectiva grave del derecho que se así porque "la prestación de os, sea cual fuere su clase, virtual mientras el particular lo, la acción funciona como se exige para su proposición

materia de medidas atípicas, s innominadas, a las que a." 315 Tal aseveración nos te ¿Podrá decretarse ante e al art. 588 del CPC? 316 La encabezamiento el art. 588 quier estado y grado de la

para que intervenga en el conflicto utela no sólo la instrumentalidad o contenido en la acción, lógico fectación o anulación del decreto aye una lesión a los derechos IREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* N° 162.

cesal civil. Tr. Santiago Sentís

321) nos informa que "*secondo dello principale, I provvedimento paratori, se precedono l'azione del processo principale (art. 796). stica di procedimenti autonomi*". a que lo referente a las medidas daderamente autonomo, porque nmediata o mediatamente" (*Ob. alidad hipotetica, planteado de en los siguientes terminos: "No lares, como institutos procesales, to especial, son autonomas del tadas a su vigencia"*) (*Ibidem.* p.

causa, las siguientes medidas..." 317, tal requisito no es exigido expresamente en su párrafo primero, el cual únicamente hace remisión a los requisitos del art. 585 *ejusdem*. No obstante, pues salvo excepciones legales expresadas³¹⁸, consideramos equivocada la solución afirmativa con base a tres argumentos: en primer lugar, si la instrumentalidad de las medidas típicas exige que se dicten con ocasión de un proceso, *a fortiori* debemos aplicar el mismo requisito a las cautelas atípicas que también son instrumentales mas indeterminadas en su contenido; en segundo lugar, si entendemos el párrafo primero del art. 588 sólo como uno de los párrafos de éste, con base al argumento sistemático debemos interpretar dicho párrafo dentro del contexto en que se inserta, y a él sería aplicable lo pautado en el encabezamiento del artículo sobre la *pendente lite*; por último, si el art. 585 al cual remite el párrafo en comentario establece como presupuesto de toda cautela el que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, nos está exigiendo implícitamente la interposición de una demanda judicial para que se decrete una providencia cautelar atípica. En conclusión, resulta expresamente contrario a la ley solicitar en Venezuela una medida cautelar innominada *ante causam*.

Por otra parte, ¿podrá decretarse en Venezuela una medida cautelar atípica no ya en el proceso de conocimiento sino en el proceso de ejecución?. Este problema tiene estrecha relación con aquel de la duración de la providencia. Rengel-Romberg³¹⁹ y Duque Corredor³²⁰ sustentan el

317 Habla la doctrina (VENTURINI, *Ob. Cit.* p. 175) sobre un "principio general operativo" según el cual si el "periculum in mora" es el fundamento legítimamente sustancial de las medidas cautelares y puede acaecer en cualquier estado y grado de la causa, en consecuencia, las medidas cautelares son acordables tanto en primera como en segunda instancia, aún frente a omisiones o limitaciones legislativas en la materia, como en el caso del art. 779 del Código de Procedimiento Civil, el cual permite la solicitud de medidas preventivas sólo "en cualquier estado de la causa", redacción que ha sido interpretada restrictivamente (ZOPPI) en el sentido de que sólo en primera instancia pueden ser acordadas tales medidas.

318 Recientemente tenemos el caso del art. 467 de la Ley Organica para la Protección del Niño y del Adolescente, por virtud del cual las medidas cautelares pueden ser solicitadas en forma previa al proceso, quedando condicionado el efecto de las mismas a la efectiva presentación de la demanda dentro del mes siguiente a aquel en el que se hubiere solicitado y decretado, o bien en cualquier estado y grado del proceso ya instaurado.

319 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 107-109.

320 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 163.

funcionar en beneficio de un derecho aparente, con mayor razón podrían ser puestas al servicio de un derecho real, de un derecho ya reconocido.³²³

Consideramos pertinente la observación hecha por Dos Reis, la cual resulta perfectamente aplicable al ámbito venezolano. Muchas de las deficiencias de nuestro proceso ejecutivo se pueden atenuar mediante la aplicación de la tutela cautelar atípica, y a tal posibilidad no sería obstáculo el argumento de que no existe el requisito de la causa pendiente puesto que, si bien ha culminado el proceso de conocimiento, el proceso ejecutivo precisamente tiende a actuar lo decidido y si en el interim del mismo surgiese algún temor de que no se pudiese hacer cumplir la decisión del órgano jurisdiccional, será legítimo acudir al expediente de las medidas atípicas, ya que la causa a pesar de estar decidida no está ejecutada. En definitiva, como bien enseña Hugo Alsina, si las medidas precautorias tienen por función evitar la inoficiosidad de la sentencia, las mismas pueden darse tanto en el curso del proceso de conocimiento como del proceso de ejecución.³²⁴

Por ello tiene razón Calderón cuando expresa que la resolución cautelar adoptada con anterioridad al período de ejecución pendiente un juicio declarativo, debe mantener sus efectos hasta que, siendo firme la sentencia, se cumpla voluntariamente, e incluso debería

323 DOS REIS, Alberto. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 683-684. El argumento cobra mayor fuerza hoy en día cuando, como expresa Hernán LÓPEZ BLANCO ("Las medidas cautelares. Su regulación en el código de comercio de Colombia". En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y otros. Santa Fe de Bogotá. *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Universidad Externado de Colombia. 1996. p. 671), se considera que, en general, la medida ejecutiva es la misma medida cautelar. Ello se explica pues la medida cautelar sirve tanto al proceso ejecutivo como al contencioso de cognición o al de jurisdicción voluntaria: "(...) las medidas ejecutivas no existen como entidad diferente de las medidas cautelares, son unas mismas. En otras palabras, se ha denominado medida ejecutiva la práctica de una medida cautelar dentro de un proceso de ejecución. Su naturaleza jurídica es una sola, pero se le llama así para significar que se practica en un juicio que parte de la base de un derecho cierto representado en un título ejecutivo. Y es tan evidente esa total identidad que un embargo practicado en un proceso de cognición, como el de nulidad de matrimonio o el de divorcio, no tiene absolutamente ninguna diferencia con el efectuado en un juicio ejecutivo. Es la misma medida cautelar que opera los procesos donde se les contemple, sin que por eso se desnaturalice su esencia."

324 ALSINA, Hugo. *Ob. Cit.* Tomo III-I. p. 288-289.

prorrogarse más allá, dentro de la actividad ejecutiva, hasta tanto se produzca la satisfacción efectiva del ejecutante en forma coactiva. Pero en el supuesto de que el beneficiado por la sentencia no hubiera solicitado con anterioridad medidas cautelares, o se las hubieran denegado, y llegado al proceso de ejecución, o simplemente con la firmeza de la resolución, considerara que existe un peligro real para que la sentencia obtenida pueda cumplirse en los términos establecidos por el juzgador, tendrá posibilidad de éxito de una solicitud cautelar si concurren los presupuestos necesarios.³²⁵ Además, como bien expresa Ortiz, las medidas cautelares pueden ser solicitadas en cualquier estado y grado de la causa, si no se hubiere ejecutado la sentencia definitivamente firme, excepción hecha de las medidas innominadas las cuales serían procedentes aún en la ejecución de la sentencia, por cuanto dicha ejecución forma parte del proceso, y el temor de daño o lesión pudiera estar presente.³²⁶

325 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 227. Chantal CATALÁ COMAS (*Ejecución de condenas de hacer y no hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 407) aclara pertinentemente que "ejecutar lo juzgado implica buscar la mayor efectividad posible; esta es la finalidad pretendida y ella es la que permite crear las medidas más idóneas sin restricciones derivadas de preceptos previstos para otro contexto. La formación de un título ejecutivo firme debe marcar el límite temporal a la posibilidad de obtener medidas cautelares".

326 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 517. A pesar de tales argumentos, la Sala de Casación Civil, en sentencia del 25 de noviembre de 1997 (caso Centro Comercial La Pirámide), ratificada en sentencia de 2 de junio de 1999 (caso Instituto Nacional de Hipódromos en amparo), expuso: "...la Sala considera pertinente aclarar y precisar que en la oportunidad de ejecutar una sentencia, los Tribunales de Primera y Segunda Instancia no pueden decretar medidas preventivas de las consagradas en el Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil y en el Parágrafo Primero (innominadas), porque se genera una subversión del procedimiento previsto para la etapa de ejecución, ..." (Ramírez & Garay, N° 155: 1999, 310-311). En sentido similar, la sentencia N° 331 de la misma Sala, de fecha 18 de noviembre de 1998 (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1998. No 11. p. 324-325), en la cual se expuso: "...el Juez de Alzada, una vez dictado el fallo que resuelve la controversia, concluye para él las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico para dirimir el conflicto, es decir, una vez producida alguna decisión, el Juez, pierde jurisdicción para seguir conociendo, quedándole solamente la potestad de pronunciarse -como ya se dijo- de la admisión o no del recurso de casación anunciado ante su tribunal, a menos que se trate de la excepción establecida en el artículo 606 del Código de Procedimiento Civil" Igualmente, la misma Sala mediante decisión de fecha 13 de mayo de 1999 (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob.*

1.2. *Periculum in m*

El segundo re
del art. 585 *ejusde*
ilusoria la ejecución
ha expresado de es

El periculum in
específicamente
del retardo de la
del procedimie
la emanación de
por la emanac
providencia de
de ulterior dañ
una medida ca
providencia def

Se encuentra
elementos, según e

Cit. 1999. N° 5. p.
decretadas en cual
588 del Código de
dictadas por el Trib
un fallo".

A contrario sensu
sentencia de fecha
en la cual actuó cor
la posición contrar
estableciendo que
supone el ejercic
República, y que s
derechos deducid
cognición como e

327 CALAMANDREI, P
328 En Venezuela, OR
de peligro de que
en su sus efectos
pueda causar un da
jurisdiccionales, au
lamentable consec
práctico.

1.2. *Periculum in mora* genérico

El segundo requisito establecido por la ley proviene de la remisión del art. 585 *ejusdem* y es que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*). Piero Calamandrei³²⁷ ha expresado de este presupuesto genérico:

El *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares... es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva.³²⁸

Se encuentra conformado, entonces, el *periculum in mora* por dos elementos, según explica Calderón: el primero, la demora, que viene

Cit. 1999. Nº 5. p. 491), dejó claro que "(...) las medidas preventivas pueden ser decretadas en cualquier grado y estado de la causa, de conformidad con el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, con la excepción de que no pueden ser dictadas por el Tribunal Superior o de primera instancia en la etapa de ejecución de un fallo".

A *contrario sensu*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2.000 (Caso Dominga Bracho y otros en amparo) en la cual actuó como ponente el Magistrado José Manuel Delgado Ocando, defendió la posición contraria, aunque sin ahondar en motivaciones en el punto concreto, estableciendo que "... 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...".

³²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.* p. 42.

³²⁸ En Venezuela, ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 117) lo ha definido como la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en sus efectos patrimoniales o extrapatrimoniales, o de que 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.

referida a la duración del proceso, esto es, un devenir temporal, considerado como causa posible de un ulterior daño, pues en ocasiones se ve incrementado por inútiles e injustificables dilaciones; el segundo elemento es el daño marginal que puede producirse sobre la efectividad de la sentencia del proceso principal.³²⁹ De manera similar, Ortiz comenta que la noción del *periculum in mora* toca fundamentalmente dos aspectos: i) La falta de aptitud del proceso para dictar una sentencia que dirima el conflicto en un tiempo suficiente para garantizar de manera rápida y eficaz el derecho de las partes; ii) La presunción derivada de hechos del deudor y de su morosidad o bien, de actos que permitan deducir su manifiesta insolvencia, o que se encamina a insolventarse, circunstancias que deben ser debidamente apreciadas por el Juez con base a juicios objetivos y equitativos, y fundamentado en medios probatorios suficientes.³³⁰

Se ha afirmado también³³¹ que el *periculum in mora* puede identificarse en dos modalidades diferentes: por una parte, aquel que corresponde a las medidas cautelares de carácter conservativo, que tratan de mantener el estado originario en que se encontraba la situación cuando se interpuso la demanda por vía del mantenimiento de los bienes del deudor, y en las que el peligro de que sea imposible la ejecución de la sentencia definitiva se justifica por la eventual situación de hecho de que el deudor carezca para esa fecha de los bienes necesarios para responder a su condenatoria, derivado de la lentitud en la espera de la sentencia definitiva. Por otra parte, aquel *periculum in mora* en que se fundamentan las provisiones anticipativas, vinculadas con el mérito del acto, las cuales permiten a las partes satisfacer en sede preventiva y de manera inmediata su pretensión (tal como el caso de la pensión de alimentos en el juicio de divorcio, y en el interdicto de obra nueva, el impedir que la construcción continúe), y en las que el peligro se basa en el temor de que el paso del tiempo haga ineficaz la sentencia definitiva por el daño actual que la insatisfacción de sus derechos acarrea al acreedor.

En el ámbito jurisprudencial, nuestro máximo Tribunal ha indicado que "(...) el *periculum in mora* tiene como causa constante y notoria, la

329 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 46-47, 171, 173.

330 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob.cit.* p. 125.

331 RONDON DE SANSO, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 321-322 y 324.

tardanza del juicio
transcurre desde
ejecutoriada', el
(Sentencia de la
respecto del pel
aparecer, manifi
diciembre de 199
"... de probar la
para lo cual no
es necesaria, ade
o de una argum
demandante" (S
Administrativa de

1.3. *Fumus boni iuris*

El tercer re
que la pretensión
fumus boni iuris
derecho, si es tr
Justicia indicó qu
que la medida ca
o la eficacia del
junio de 1998).³³³

332 *Apud.* PIERRE

333 Disponible en:
Sala ha señalad
contencioso-ad
cual es la ponde
cautelar innom
tener sobre el i
tales intereses r

334 La Sala de Casa
Rejería C.A. de
Sala de 20 de
Nadal y otros),
grave del derech
cautelar, el crite
por esencia o d

tardanza del juicio de cognición, 'el arco de tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada', el retardo procesal que aleja la culminación del juicio (...)” (Sentencia de la Corte en Pleno del 16 de junio de 1998). Por otra parte, respecto del peligro en la demora “hay que recordar que el riesgo debe aparecer, manifiesto, esto es, patente e inminente” (Sentencia del 6 de diciembre de 1995 ³³²), de manera tal que el recurrente tiene la necesidad “... de probar la irreparabilidad o dificultad de reparación de los daños, para lo cual no son suficientes los simples alegatos genéricos, sino que es necesaria, además, la presencia en el expediente de pruebas sumarias o de una argumentación fáctico-jurídica consistente por parte del demandante” (Sentencia del 17 de febrero del 2000, Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia).³³³

1.3. *Fumus boni iuris*

El tercer requisito lo constituye el que exista presunción grave de que la pretensión sea conforme a derecho; lo que la doctrina denomina *fumus boni iuris* (presunción de buen derecho o “humo” del buen derecho, si es traducida literalmente). La entonces Corte Suprema de Justicia indicó que “(...) supone un juicio de valor que haga presumir que la medida cautelar va a asegurar el resultado práctico de la ejecución o la eficacia del fallo (...)” (Sentencia de la Corte en Pleno del 16 de junio de 1998).³³⁴

³³² *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1996. N° 12. p. 300.

³³³ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. Esta misma decisión nos recuerda que dicha Sala ha señalado un requisito extra en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, relacionado muchas veces con el *periculum in mora*, cual es la ponderación de intereses entre el bien jurídico tutelado con la providencia cautelar innominada y el efecto que la concesión de tal medida cautelar pueda tener sobre el interés público o colectivo, e incluso de terceros, de tal forma que tales intereses no resulten afectados de manera relevante.

³³⁴ La Sala de Casación Civil, en decisión de 15 de julio de 1999 (Caso Venezolana de Relojería C.A. c/ Mueblería Maxideco C.A.), ratificada por sentencia de la misma Sala de 20 de mayo de 2.000 (Caso Rosa María Contreras Carreño contra Carlos Nadal y otros), ha establecido, respecto del pronunciamiento sobre la presunción grave del derecho que se reclama y de la decisión sobre la oposición de la medida cautelar, el criterio según el cual: “El régimen de las medidas preventivas implica por esencia o definición, que el acordarlas no significa un pronunciamiento sobre

En este caso el juez constata en el ámbito de la mera probabilidad o verosimilitud que el derecho que se reclama es plausible, mediante la cognición superficial de sus presupuestos de hecho y de derecho. Como asevera Greco Filho³³⁵, el *fumus boni iuris* no es un pronóstico de resultado favorable en el proceso principal, ni una anticipación de juzgamiento, sólo es un juicio de probabilidad, perspectiva esta que basta para justificar el aseguramiento del derecho, y que como bien indica Ortiz, constituye una hipótesis perfectamente desvirtuable en el transcurso del proceso.³³⁶ Así lo ha entendido pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se confirma en la decisión proferida el 25 de mayo del 2000, bajo el N° 169:

El régimen de las medidas preventivas implica por esencia o definición, que el acordarlas no significa un pronunciamiento sobre el fondo, sino sólo un juicio provisional de verosimilitud, según las circunstancias de cada caso concreto, y en relación con el aseguramiento, que se estime suficientemente justificado. Por consiguiente, ni el juez que ha decretado una medida preventiva ni el que conozca en apelación de la ratificación o suspensión de la misma, pueden abstenerse de dictar decisión correspondiente a la incidencia del caso, bajo el argumento de que al hacerlo estarían pronunciándose sobre el fondo del asunto.³³⁷

También exige el art. 585 del Código de Procedimiento Civil que tanto el *periculum in mora* como el *fumus boni iuris* sean acreditados con un medio de prueba que constituya presunción grave de ambos,

el fondo, sino sólo un juicio provisional de verosimilitud, según las circunstancias de cada caso concreto, y en relación con el aseguramiento, que se estime suficientemente justificado, de las resultas del pleito.

"Por consiguiente, ni el juez que ha decretado una medida preventiva, ni el que conozca en apelación de la ratificación o suspensión de la misma, pueden abstenerse de dictar decisión correspondiente a la incidencia del caso, bajo el argumento de que al hacerlo estarían pronunciándose sobre el fondo del asunto; porque de este modo, como ha sucedido en el presente caso, se omite la decisión espresa, positiva y precisa, con arreglo a lo deducido y, a que obliga la norma del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el cual resulta entonces infringido, en consecuencia con la infracción del artículo 12 eiusdem, al no atenderse con ello a lo alegado y probado en autos. Así se declara."

335 GRECO FILHO, Vicente. *Ob. Cit.* p. 87.

336 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 130.

337 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

siendo la forma
acertadamente ne
memoria (art. 93
probatoria del
concienzudas ap
boni iuris y del p
cuales nos perm

(...) si la soli
probatoria e
entidad que e
sea de toda
cabe hablar d
defectuosa o
ese temor y p
niegue por fa
Primero del
presunción c
manifiesto, o
irreparable, e
texto del artí
de las medida
en atención
potestativo si
contra el decr
final del text

Sobre el pu
Social del Tribuna
de agosto del 20
precitado citado,
prueba del *fumus*

"El artículo
interpretado aislac
juez", debe ser co

338 HENRIQUEZ LA
jurídicos del Zul

339 DUQUE CORRE

340 Disponible en: h

ito de la mera probabilidad
na es plausible, mediante la
hecho y de derecho. Como
is no es un pronóstico de
al, ni una anticipación de
l, perspectiva esta que basta
p, y que como bien indica
desvirtuable en el transcurso
urisprudencia de la Sala de
ia, la cual se confirma en la
ajo el N° 169:

por esencia o definición,
miento sobre el fondo,
según las circunstancias
aseguramiento, que se
uiente, ni el juez que ha
onozca en apelación de
den abstenerse de dictar
caso, bajo el argumento
re el fondo del asunto.³³⁷

le Procedimiento Civil que
boni iuris sean acreditados
esunción grave de ambos,

similitud, según las circunstancias
aseguramiento, que se estime
to.
na medida preventiva, ni el que
i de la misma, pueden abstenerse
del caso, bajo el argumento de
ondo del asunto; porque de este
mite la decisión expresa, positiva
iga la norma del ordinal 5° del
cual resulta entonces infringido,
iusdem, al no atenerse con ello

siendo la forma más recurrente para dicho acreditamiento, según
acertadamente nos dice Henríquez La Roche, el justificativo para perpetua
memoria (art. 936 *eiusdem*) el cual deberá ser ratificado durante la fase
probatoria del proceso en el que se haga valer.³³⁸ Apreciaciones
concienzudas aporta Duque Corredor³³⁹ al tema de la prueba del *fumus
boni iuris* y del *periculum in mora* de las medidas cautelares atípicas, las
cuales nos permitimos citar en forma literal:

(...) si la solicitud se refiere a una medida cautelar atípica, la exigencia
probatoria es mayor (...) En efecto, ya la prueba ha de ser de tal
entidad que el fundado temor de la lesión grave o de difícil reparación
sea de toda evidencia. Por ello, en mi criterio en este supuesto no
cabe hablar de prueba deficiente, porque si la evidencia presentada es
defectuosa o imperfecta, entonces, no hay prueba de lo fundado de
ese temor y por ende, no es cuestión de que se amplíe, sino de que se
niegue por falta de prueba del temor fundado que requiere el parágrafo
Primero del artículo 588, *eiusdem*. De evidenciarse tanto la doble
presunción de la procedencia del derecho reclamado y del riesgo
manifiesto, o en su caso, del temor fundado de la lesión grave e
irreparable, el Juez debe decretar la medida solicitada. En efecto, del
texto del artículo 588, *eiusdem*, parece desprenderse que el decreto
de las medidas cautelares es una facultad de los Jueces. Por el contrario,
en atención a la redacción del artículo 601, mencionado, no le es
potestativo sino obligatorio decretarlo. Y de ser así, no existe apelación
contra el decreto que acuerde la medida, conforme lo expresa la parte
final del texto del artículo 601, ya citado.

Sobre el punto también se ha pronunciado la Sala de Casación
Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 473 del 9
de agosto del 2002³⁴⁰, exigiendo, a diferencia del criterio doctrinal
precitado citado, la ampliación, en el supuesto de insuficiencia, de la
prueba del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*:

“El artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, si bien,
interpretado aisladamente pudiera considerarse como una “facultad del
juez”, debe ser concatenado con el artículo 601 *eiusdem*, e igualmente

338 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios
jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p.193.

339 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 223-224.

340 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

dentro del contexto de las garantías del proceso, (en este caso, garantía del demandante de poder recurrir a una tutela efectiva de su derecho a la justicia).(…) A tal efecto, se insiste, si la prueba es insuficiente debe el tribunal ordenar su ampliación y sólo podrá negar la medida cuando no hayan quedado establecidas las presunciones del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.”³⁴¹

1.4. *Periculum in mora* específico

El cuarto requisito es el *periculum in mora* calificado como específico³⁴² y exigido por el propio párrafo primero del art. 588 *ejusdem*, encontrándose constituido por el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En la doctrina nacional se ha planteado una álgida controversia relacionada a la interpretación del *periculum in mora* genérico del art. 585 y el específico de la norma en estudio. Explica Sánchez que algunos autores y jueces solo admiten la procedencia de una providencia cautelar atípica cuando de lo que se trata es de evitar el daño que una de las partes puede causar al derecho de la otra, sin que, conforme del art. 585, se permita adoptar una medida innominada con fines asegurativos de la ejecución del fallo definitivo³⁴³. Quintero, en abono de esta tesis, afirma que si bien el objeto genérico de las medidas cautelares se contrae a asegurar la ejecución del fallo, “ese objeto no es idéntico en el caso de las medidas genéricas o innominadas que tienden, según el Código, a

341 También la Sala de Casación Social en fallo N° 309 del 28 de mayo del 2002 ha dicho: “Es potestad del Juez apreciar la existencia o no de la presunción del derecho reclamado y del riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo, y este juicio preliminar objetivo, no ahonda ni juzga sobre el fondo del problema debatido. Por tal razón la decisión del Tribunal de instancia de negar la medida cautelar de embargo, fundamentándose en la falta de prueba de la presunción del buen derecho del demandante, sólo puede ser censurada si de la motivación del fallo se desprende la violación de máximas de experiencia por parte del sentenciador” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

342 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. “Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 51 y 57.

343 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Ob. Cit.* p. 88.

impedir o hacer o
una de las parte
parte, entiende o
caso de las atípico
ejecución del fal
transcurso del p
“lesiones graves
se justifica pues l
imposibles de de
general al utilizac
párrafo primer
art. 585, a los cua
ideas, las medic
durante el curso
o de difícil repar
sentencia, identif
al plantearse el r
tramitación del p
implícitamente se
al derecho preten
estrictamente pro

La jurisprudencia
basándose en la o
de la Sala Político
del 4 de agosto d

344 QUINTERO, Ma
Civil”. En: *Revista*
Editorial. Enero

345 PESCI-FELTRI M
regulan las mec
Algunas conside

Venezolana. 199

346 SANCHEZ NOG

347 ZOPPI GANEM

348 MORALES CAB

impedir o hacer cesar la continuidad de la lesión que se teme esté causando una de las partes del derecho de la otra.”³⁴⁴ Mario Pesci-Feltri, por su parte, entiende que a pesar de la terminología diferente, también en el caso de las atípicas el *periculum in mora* es evitar que “quede ilusoria la ejecución del fallo”, pues este es uno de los efectos de que durante el transcurso del proceso se le puedan causar al derecho del demandante “lesiones graves o de difícil reparación”. La diferencia en el lenguaje sólo se justifica pues la innominadas, el referirse a una serie infinita de hipótesis imposibles de determinar *a priori*, requieren de un lenguaje más amplio y general al utilizado para las típicas.³⁴⁵ Para Sánchez, la interpretación del párrafo primero del art. 588 debe concordarse con los requisitos del art. 585, a los cuales muchos obvian que aquél remita. En este orden de ideas, las medidas cautelares genéricas pueden garantizar tanto que durante el curso del proceso al solicitante no se le causen lesiones graves o de difícil reparación a su derecho como asegurar la efectividad de la sentencia, identificando este presupuesto, con su ejecución forzosa, pues al plantearse el riesgo manifiesto de un fallo ilusorio por la demora en la tramitación del proceso, con la posibilidad de inexecución del fallo, implícitamente se le ocasionaría una lesión grave y de difícil reparación al derecho pretendido, cuyo concepto no debe restringirse a los derechos estrictamente procesales.³⁴⁶

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el punto y basándose en la opinión sustentada por Zoppi³⁴⁷ se ha dicho en sentencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia del 4 de agosto de 1994³⁴⁸:

-
- 344 QUINTERO, Mariolga. “Las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil”. En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Servicio Gráfico Editorial. Enero - marzo 1986. Año 3 No 1. p. 182.
- 345 PESCI-FELTRI MARTÍNEZ. Mario. “Breves anotaciones acerca de las normas que regulan las medidas preventivas en el Código de Procedimiento Civil vigente”. En: *Algunas consideraciones sobre el Código de Procedimiento Civil*. Caracas. Ed. Jurídica Venezolana. 1991. p. 170-171.
- 346 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Ob. Cit.* p. 88-89.
- 347 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 38.
- 348 MORALES CABELLO, Oswaldo. *Ob. Cit.* 1994. N° 8-9. p. 319.

De los requisitos legales ordinarios para acceder a estas medidas innominadas, se desprende que es necesaria la presencia de un temor o riesgo según el cual se pueda causar lesión grave, irreparable o de difícil reparación el derecho de la parte que reclama. Este temor o riesgo es distinto del que se exige para acordar las medidas (el que no se haga ilusoria la ejecución), pues aquí de lo que se trata es de la actitud positiva o negativa (acción u omisión), de una de las partes en perjuicio de los derechos de la otra. No es el simple riesgo de la sentencia condenatoria, sino de poner fin a una actitud destemplada, ilegal, ilegítima e ilícita de determinado contrincante en perjuicio del otro.

Nuestro criterio dentro de esta controversia es el de que las medidas cautelares atípicas pueden tener por objeto tanto evitar la lesión grave o de difícil reparación al derecho de una parte o hacer cesar su continuidad, como el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, por virtud de una simple interpretación sistemática de las normas involucradas: si el parágrafo primero del art. 588 remite a los requisitos del art. 585 es dable pensar que, además del *periculum in mora* específico que aquél exige, también pueda justificarse una medida atípica con fines conservatorios de la ejecución del fallo definitivo. Ahora, el *periculum in mora* específico de las atípicas tiene puntos de similitud muy concretos con el *periculum in mora* genérico del art. 585 y consideramos que no son conceptos diversos.³⁴⁹ Al verificarse una lesión grave y definitivamente irreparable o de difícil reparación al derecho de una parte por actos u omisiones de la otra parte, puede traer como consecuencia el que quede ilusoria la ejecución de la probable sentencia definitiva, si el derecho involucrado fuere de tal entidad en el objeto litigioso que haga infructuosa la providencia principal por ausencia sobrevenida de interés en sus efectos.

349 En sentido contrario, entiende ORTIZ (*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 287-288) que la adopción de una medida innominada debe estar revestida con el carácter de la inminencia del daño, al cual llama *periculum in damni*, ya que no es suficiente el temor genérico de daño, vale decir, la simple presunción de un peligro, el cual proviene de la tardanza de la sentencia de fondo y de la presunción de que el fallo puede resultar ilusorio, pues en el caso de las medidas innominadas el daño debe ser individualizable en el tiempo y en el espacio, actual, inminente e irreparable, continuo o no, pero que a todo evento se requiera la rápida intervención judicial para evitar el daño o impedir su continuidad.

Sobre los elementos de las providencias cautelares los mismos hace Calmon elementos, a partir de una de las partes de grave de difícil e incierto (fundado temor de daño del derecho de la otra

1.4.1 Acto de parte

Calmon³⁵¹ nos enseña que sea actor o demandado. El procesalista brasileño Duque Corredor³⁵⁴, con respecto a la cautela a los daños, el temor de daño puede compartir el reparo ya que la cautela resulta de la ocurrencia del daño o su continuación.

350 CALMON DE PASSOS

351 *Ibidem*. p. 54.

352 La Sala Político Administrativa (Caso Provecensa y otros), sentencia de fecha 17 de febrero de 1997, del Estado Nueva Esparta, en el ámbito administrativo, el con respecto a la relación procesal preprocesal, el recurso de nulidad es un acto de efecto de personas, por lo que la medida cautelar opera cuando esté patente cualquiera de sus efectos del recurrente" (Disp. 353 THEODORO JUNIOR p. 103.

354 DUQUE CORREDOR

Sobre los elementos constitutivos del *periculum in mora* específico de las providencias cautelares atípicas nos atendremos al análisis que de los mismos hace Calmon de Passos³⁵⁰, quien lo configura, entre otros elementos, a partir de la conjugación de los siguientes requisitos: i) Acto de una de las partes del proceso; ii) Posibilidad de ocurrencia de lesión grave de difícil e incierta reparación como consecuencia de ese acto (fundado temor de daño); iii) Que todo esto ponga en riesgo la satisfacción del derecho de la otra parte, si al final va a ser reconocido y tutelado.

1.4.1 Acto de parte

Calmon³⁵¹ nos explica que acto de parte significa acto de quien sea actor o demandado, inclusive litisconsorte, o de tercero interviniente.³⁵² El procesalista brasileño Humberto Theodoro Junior³⁵³, a quien sigue Duque Corredor³⁵⁴, considera que no debe restringirse el poder general de cautela a los daños provenientes de los actos de la parte, pues el temor de daño puede muy bien provenir de causa natural. Lacerda no comparte el reparo ya que opina que en tal supuesto el motivo de la cautela resulta de la omisión del demandado en reparar o prevenir el daño o su continuación, por lo que habrá siempre acto omisivo de la

350 CALMON DE PASSOS, José Joaquín. *Ob. Cit.* p. 53-61.

351 *Ibidem.* p. 54.

352 La Sala Político Administrativa ha señalado en sentencia del 2 de abril de 1997 (Caso Provecensa y otros), ratificada en decisión de la misma Sala proferida en fecha 17 de febrero de 2.000 (Caso Alcaldía del Municipio Autónomo Villalba del Estado Nueva Esparta en nulidad), lo siguiente: dentro del proceso contencioso administrativo, el concepto de parte *in strictu sensu*, en tanto exigencia de una relación procesal previa, no puede ser aplicado en aquellos casos en los que el recurso de nulidad es de naturaleza objetiva, ya que el mismo se encuentra dirigido contra un acto de efectos generales, cuyo sujeto pasivo es un grupo indeterminado de personas, por lo que "en los recursos contra los actos de efectos generales, la medida cautelar opera en cualquier momento a partir de la fecha de su introducción, cuando esté patente el fundado temor de que el autor del acto impugnado o cualquiera de sus eventuales ejecutantes pueda proceder a su aplicación en perjuicio del recurrente" (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

353 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. Sao Paulo. LEUD. 4ta ed. 1980. p. 103.

354 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 168.

parte, contra el cual se puede dictar la medida.³⁵⁵ Somos del criterio de que al existir hechos que aparentemente no dependen de la acción o omisión de la conducta humana, sino que son producto de circunstancias de la naturaleza; en tanto estas sean razonablemente predecibles, como en el caso de las condiciones del tiempo, y generen el *periculum in mora* específico exigido por el párrafo primero del art. 588, resulta viable deferir una providencia indeterminada con efectos cautelares respecto del daño presunto o cierto del hecho natural, en tanto que efecto de una conducta omisiva humana negligente frente a la predicibilidad del evento.

En Venezuela se ha producido una controversia jurisprudencial y doctrinal en torno a la determinación de cuando se es parte en el proceso para el otorgamiento de medidas innominadas. La extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 4 de junio de 1996, que acoge el criterio ya establecido en Sala Político-Administrativa en decisiones de 14 de febrero (Caso: PPA y otros vs. Gobernación de Nueva Esparta) y 27 de marzo del mismo año (Caso: J&J vs. COVENIN), ratificó la doctrina jurisprudencial según la cual no pueden dictarse medidas atípicas antes de que conste la citación del sujeto pasivo de la pretensión admitida, en tanto este aún no es parte. Tal postura resulta censurable por los argumentos que siguen. En primer lugar, bien lo expresa Duque Corredor³⁵⁶, se contraviene la doctrina de la Sala de Casación Civil, la Sala procesal por excelencia, de 10 de noviembre de 1983, la cual afirmó:

(...) de acuerdo con lo previsto en el artículo 386 (588) del Código de procedimiento Civil, desde el propio momento que se presente la demanda que da comienzo al juicio, nace el derecho de las partes a pedir que se decreten las medidas preventivas autorizadas en nuestra legislación. Este derecho no está circunscrito a alguna etapa del proceso ni a alguna de sus instancias, ya que dichas medidas pueden ser acordadas 'en cualquier estado y grado de la causa', como reza el comentado texto legal. El vocablo 'grado' es en este caso sinónimo de instancia, de modo que tanto en la primera como en la segunda el Juez goza de potestad para decretar medidas cautelares si las considera ajustadas a derecho.

355 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 92.

356 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 163-164.

En segundo lugar, el proceso, bem como um e outro, no procede de entablar su demanda frente a otra persona actor y ésta última, por Además, indica Duque *inaudita parte* (por cualquier estado y grado implica, sin necesidad que toma fuerza toda Civil permite la oposición ejecución, si la parte tercer día siguiente a

1.4.2. Fundado temo

Calmon nos dice posibilidad de lesión debe haber un fundamento de parte, vaya a producir una medida cautelar

357 ARRUDA ALVIM, João. *Ob. Cit.* p. 45. Sao Paulo. F

358 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 163-164.

359 CALMON DE PASSO, João. *Ob. Cit.* p. 45. Sao Paulo. F
se vincula a la futura parte, y la cual no peligro que el actor no se tutela el derecho esto indirectamente el proceso cautelar cual es deferida la que la ley deja cierta toda lesión que tras lo que es normalmente de los hombres y de intereses de naturaleza reputación, fama a

En segundo lugar, "Parte, em regra, é aquele que pede tutela através do processo, bem como aquele contra quem essa é pedida, e que estejam, um e outro, no processo."³⁵⁷ Por lo tanto, bastará con que al momento de entablar su demanda, uno afirme ser titular del derecho perseguido frente a otra persona determinada, para que aquél pase a convertirse en actor y ésta última, por ese hecho, pasar a constituirse en demandada. Además, indica Duque Corredor³⁵⁸, las medidas cautelares se dictan *inaudita parte* (por su naturaleza de providencia de urgencia) y en cualquier estado y grado de la causa (art. 588, encabezamiento), lo cual implica, sin necesidad de que el demandado este ya citado, argumento que toma fuerza toda vez que el art. 602 del Código de Procedimiento Civil permite la oposición a la medida dentro del tercer día luego de su ejecución, si la parte contra quien obra estuviera ya citada, o dentro del tercer día siguiente a su citación.

1.4.2. Fundado temor de daño grave o de difícil reparación

Calmon nos dice que del acto en cuestión debe inferirse la posibilidad de lesión grave al derecho de la parte adversa, vale decir, debe haber un fundado y justo temor de que, por fuerza de aquel acto de parte, vaya a producirse una grave lesión al derecho de quien solicita una medida cautelar.³⁵⁹

357 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. Vol 2. Arts. 7º ao 45. Sao Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2da ed. 1996. p. 29.

358 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 164.

359 CALMON DE PASSOS, José Joaquín. *Ob. Cit.* p. 54-56. Esta lesión grave -nos dice- se vincula a la futura sentencia que en el proceso se vaya a proferir en favor de la parte, y la cual no alcanzará su plena eficacia si no es eliminada la situación de peligro que el acto de la parte adversa origina. Explica que en el proceso cautelar no se tutela el derecho (material) de la parte, el cual es objeto del proceso principal; esto indirectamente ocurre, porque asegurando el resultado útil del proceso principal, el proceso cautelar también tutela el derecho (material) de la parte a favor de la cual es deferida la medida. Luego se pregunta ¿grave, en que sentido? Admitiendo que la ley deja cierta discreción el juez, no obstante propone calificar como grave toda lesión que traspasa lo tolerable, lo que sería de esperar según las circunstancias, lo que es normalmente aceptado y soportado en condiciones análogas por el común de los hombres y en el común de las situaciones; lo cual podría implicar no sólo intereses de naturaleza económica o financiera, sino también de salud, honra, reputación, fama artística, científica, etc. En cuanto a la dificultad e incertidumbre

Duque Corredor³⁶⁰, por su parte, afirma atinadamente que el peligro de daño debe corresponder a una situación de hecho existente al tiempo del establecimiento de la litis y su ocurrencia ser anterior al proceso, originándose en situaciones bien posteriores al nacimiento de los derechos de las partes o constituidas, por lo menos, por un agravamiento de una situación peligrosa existente, o bien que ese daño sea de tal naturaleza que el solicitante de la medida no pudo razonablemente conocer en su momento.³⁶¹ También advierte este autor que la apreciación del requisito del fundado temor o riesgo de la ocurrencia del daño es un juicio de probabilidad sobre la posibilidad del daño al derecho de las partes, respecto del que versa el proceso principal, que al fundarse en razones prudentes, es verosímil, capaz de ser analizado objetivamente y, por ende, ser objeto de prueba. No puede, por lo tanto, ser mera posibilidad, pues todo es posible, incluso lo que raramente sucede; ni tampoco, puede exigirse una verdadera prueba de la certeza del peligro.

Ahora bien, la expresión "fundado temor de lesión grave y de difícil reparación" del Código adjetivo brasileño fue tomada del art. 405 del Código de Proceso Civil portugués de 1939 por el Código brasileño, como lo confirma Pellegrini³⁶², el cual a su vez fue la fuente de la norma venezolana. En crítica a la propia redacción del art. 798 brasileño, De

de la reparación, opina que ello se puede predicar respecto del tiempo, como de los medios y de los agentes. En tal sentido, es difícil e incierta la reparación que reclama un posterior y demorado proceso; la que exige medios costosos o de manipulación anormalmente laboriosa; también resulta difícil e incierta la que exige el involucrar personas especialmente calificadas cuyo reclutamiento sería problemático o demasiado oneroso. Considera, entonces, el criterio más adecuado para contrastar la dificultad e incerteza de la reparación el considerar la posibilidad del resarcimiento de los daños en el propio proceso y a corto plazo o con medios expeditos. Si eso no ocurre, es válido entender la lesión como de difícil e incierta reparación.

360 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 167-168.

361 Consecuencia de tal razonamiento es lo establecido en sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 8 de julio de 1997, según la cual "...en el caso de las medidas cautelares innominadas, éstas no pueden ser decretadas en forma genérica, sino sólo específicamente sobre determinados actos cuyo objeto sea evitar que se produzca una lesión a los derechos del demandante haciendo cesar la lesión de inmediato e impidiendo que quede ilusoria la ejecución del fallo" (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* junio 1998. p. 243)

362 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ob. Cit.* p. 325.

Moraes e Barros ad "lesión grave y de difícil reparación" pues si la lesión fue de difícil reparación. Sobre que la lesión de difícil reparación compli perfectamente apli norma venezolana, grave y de difícil r "difícil reparación" la norma al no hace

En Portugal, fue Dos Reis, excel referencia en el ser debe encontrar fre tal entidad, que ju cuando las circunst se está ante una i lesión ya está consu ser, salvo en lo co justificar una provi futuras de similar n puede consistir en excepcional, y en autor de la amenza que la apreciación competencia exclu

De algunas Española³⁶⁵ sobre

363 *Apud.* SANCHES,

364 DOS REIS, Albert al hecho de que debemos indicar relativa ya que se de ejecución co cesar la continui

365 REAL ACADEMIA Calpe. 21 va ed.

Moraes e Barros aclara que, a pesar de que la norma brasileña habla de "lesión grave y de difícil reparación", basta que suceda una u otra cosa, pues si la lesión fue grave, aunque de fácil reparación, o fue leve, pero de difícil reparación, no por ello puede ser descartada la tutela cautelar³⁶³. Sobre que la lesión pueda ser grave y de fácil reparación, o leve y de reparación complicada, lo cual no descarta tutela cautelar atípica, es perfectamente aplicable a nuestro sistema jurídico máxime cuando la norma venezolana, *a contrario sensu* de la brasileña, no exige una "lesión grave y de difícil reparación" sino la opción de una "lesión grave o de difícil reparación" redacción ésta que amplía el ámbito de aplicación de la norma al no hacerla innecesariamente exigente y por ello inejecutable.

En Portugal, el más autorizado comentarista del código de 1939 fue Dos Reis, excelso procesalista quien fijó su criterio sobre la frase en referencia en el sentido que sigue: en principio, el titular del derecho se debe encontrar frente a simples amenazas que le generen un temor de tal entidad, que justifique la providencia requerida, y ella se justifica, cuando las circunstancias se presentan de modo tal de convencer de que se está ante una inminente lesión del derecho; por el contrario, si la lesión ya está consumada, si es actual, la providencia no tendría razón de ser, salvo en lo concerniente, a que la lesión ya hecha efectiva pueda justificar una providencia que tenga como objetivo evitar que lesiones futuras de similar naturaleza se sucedan. Agrega que si bien la amenaza puede consistir en actos o en palabras, considera ésta última hipótesis excepcional, y en caso de verificarse será necesario demostrar que el autor de la amenaza verbal está dispuesto a ejecutarla. Finaliza afirmando que la apreciación del justo temor de lesión es materia de hecho, de competencia exclusiva de los tribunales de instancia.³⁶⁴

De algunas de las acepciones que nos ofrece la Real Academia Española³⁶⁵ sobre los vocablos "fundar" y "temor" podemos colegir que

363 *Apud.* SANCHES, Sydney. *Ob. Cit.* p. 84.

364 DOS REIS, Alberto. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 684 - 685. En cuanto al comentario referido al hecho de que si la lesión ya se actualizó no procede una providencia atípica, debemos indicar que en nuestro Derecho tal afirmación resulta falsa en forma relativa ya que según la previsión del párrafo primero del art. 588, si el daño es de ejecución continuada, la tutela cautelar atípica puede aún surgir para hacer cesar la continuidad de la lesión.

365 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Ed. Espasa Calpe. 21 va ed. 1992. Tomo I, p. 1005; Tomo II, p. 1956.

"fundado temor" significa apoyar con motivos o razones eficaces el recelo de un daño futuro. Concretamente, el inminente mal, lesión o daño, adhiriéndonos a Karl Larenz, significa una amenazante "...alteración desfavorable de las circunstancias que a consecuencia de un hecho determinado se produce contra la voluntad de una persona y que afecta a los bienes jurídicos que le pertenecen (personalidad, libertad, honor, patrimonios)." ³⁶⁶

Por ello, excepción hecha de aquellos casos en que la lesión pueda originarse por circunstancias previsibles de la naturaleza, como cuando resulta el peligro de destrucción de una cosa por estar sujeta a la intemperie (Barbosa Moreira³⁶⁷), la graduación en la gravedad del daño inminente la debemos fundamentar en tres elementos: que vaya a ser consecuencia de un hecho humano (acción u omisión), que afecte a un interés humano y, sobre todo, que constituya una amenaza de contravención de una norma jurídica, vale decir, que sea antijurídico, tal como se exige en materia de responsabilidad civil.³⁶⁸

El juez, para determinar la gravedad de la inminente lesión al probable derecho, sólo debe ponerse en la posición de determinar si procedería indemnizar al plausible titular del derecho en el supuesto negado que la amenaza de daño se concrete; en caso afirmativo, si procediera ir en contra de la conducta dañosa mediante una sentencia condenatoria, con mayor razón se podría hacer en sede cautelar frente a la inminencia de la lesión, que sólo por consistir en un hecho humano antijurídico que amenaza afectar un bien jurídico, debe colegirse su gravedad, y por tanto, adoptarse la medida cautelar adecuada. Todo ello conforme a aquel tópico jurídico que expresa la "obligación de utilizar los medios menos perjudiciales o dañosos". Tal fórmula de apreciación de la gravedad de la inminente lesión permite, además, que el juez verifique si el fundado temor se corresponde con una situación de objetividad fáctica perfectamente demostrable, como lo exige Baptista

366 *Apud.* SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil*. Madrid. Ed. Montecorvo. 6ta ed. 1991. Tomo I. p. 140.

367 *Apud.* PELLEGRINI GRINOVER, Ada. p. 330.

368 SANTOS BRIZ, Jaime. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 137.

da Silva³⁶⁹, y no en
afectado por la ame

1.4.3. Daño al dere

Calmon nos c
de lesión grave o
parte.³⁷¹ Theodoro
en sede cautelar con
no se sabe con certe
aplicable al derecho
hablaba, con mejor
los códigos italianos
en aquel Proyecto,
elemento esencial c

369 *Apud.* THEODORO

370 En Brasil como en
Humberto. p. 104
del peligro debe
demostrable y ju
quien exagera en
en cada caso con
371 CALMON DE PAS
que en todo proc
alguien y el otro
reclamada. La ce
la constitución,
imposición a alg
práctica de actos
bien de vida pe
estando en pend
La existencia mis
significa que no s

Existe, apenas, u
o un derecho p
impugnación, er
exacta acepción
plausibilidad o p

372 THEODORO JU

da Silva³⁶⁹, y no en simples exageraciones en la valoración subjetiva del afectado por la amenaza de daño.³⁷⁰

1.4.3. Daño al derecho de la otra parte

Calmon nos dice que el acto de parte produce un fundado temor de lesión grave o de difícil reparación sobre el "derecho" de la otra parte.³⁷¹ Theodoro Junior considera que hablar en términos de "derecho" en sede cautelar constituye una evidente impropiedad terminológica pues no se sabe con certeza si el derecho existe o no³⁷². Lacerda, en exposición aplicable al derecho venezolano, explica que si bien el Proyecto Carnelutti hablaba, con mejor técnica, de temor de lesión a "derecho controvertido", los códigos italiano, portugués y los dos últimos brasileños, inspirados en aquel Proyecto, suprimieron el adjetivo y se limitaron a indicar como elemento esencial de la cautela la amenaza del derecho de parte, el cual,

369 *Apud.* THEODORO JUNIOR, Humberto. p. 104.

370 En Brasil como en Italia (BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Apud.* THEODORO JUNIOR, Humberto. p. 104 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ob. Cit.* p. 330), el fundado temor del peligro debe corresponder a una situación de objetividad fáctica perfectamente demostrable y justificada, mas no significar, tan solo, un injustificado temor de quien exagera en su valoración subjetiva, correspondiendo al juez valorar ese estado en cada caso concreto.

371 CALMON DE PASSOS, José Joaquín. *Ob. Cit.* p. 56-57. Al efecto nos dice este autor que en todo proceso se disputa al Estado-juez la atribución de un bien de la vida a alguien y el otorgamiento de esa pretensión se alcanza con la tutela jurisdiccional reclamada. La certificación de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, la constitución, extinción o modificación de un estado o situación jurídica, la imposición a alguien de una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, la práctica de actos que importan la incorporación al patrimonio del postulante del bien de vida por éste disputado, todas esas son formas de tutela jurídica. Mas estando en pendencia el proceso - nos aclara - resulta incorrecto hablar de derecho. La existencia misma del litigio sobre los hechos y consecuentemente sobre el derecho significa que no se ha declarado la certeza de su existencia ni mucho menos actuado. Existe, apenas, una pretensión que se quiere ver tutelada (proceso de conocimiento) o un derecho presumido cierto (en la ejecución) mas todavía susceptible de impugnación, en su existencia o en su eficacia. De suerte que un "derecho", en su exacta acepción, difícilmente existirá en términos de proceso cautelar, sino una plausibilidad o probabilidad de un derecho.

372 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. Cit.* p. 77.

sin embargo, debe ser entendido como un derecho "aparente" o plausibilidad o probabilidad de un derecho.³⁷³

2. Procedimiento³⁷⁴

En Venezuela, el párrafo segundo del art. 588 del Código de Procedimiento Civil prevé que "Cuando se decrete algunas de las providencias cautelares previstas en el Parágrafo Primero de este Artículo, la parte contra quien obre la providencia podrá oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en los Artículos 602, 603 y 604 de este Código."³⁷⁵

- * i) Como acota Zoppi, si bien al procedimiento de las providencias cautelares atípicas se aplican los artículos 602 (oposición y articulación probatoria), 603 (sentencia del incidente) y 604 (sustanciación autónoma de las medidas), pues así lo ordena el párrafo segundo del art. 588, vale decir, tienen oposición, articulación probatoria y sentencia, tramitándose también en cuaderno separado, lamentablemente se olvidó la remisión expresa el art. 601 *eiusdem* (decreto de la medida y suficiencia de la prueba que la sustenta), sin lugar a dudas necesaria.³⁷⁶ Conforme a la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de mayo de 1.999, si se solicita la providencia atípica por vía de casualidad, sí aplicaría el artículo 601, pues lo que hubo fue un olvido del legislador³⁷⁷, y según su contexto, una vez pedida la medida, el Tribunal decidirá el mismo día si acuerda su ejecución u ordena ampliar la prueba apreciada como deficiente. En nuestra opinión, el párrafo segundo del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil no hace alusión a la norma del precepto 601 *eiusdem*, pues el párrafo

373 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 90.

374 Sobre el tema ver nuestro trabajo: URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto. "Aspectos del procedimiento de las medidas cautelares atípicas en los ámbitos civil y mercantil". En: PARRA ARANGUREN, Fernando (Ed.) *Temas de derecho procesal*. Libro homenaje a Felix S. Angulo Ariza. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. 2003. Tomo II. p. 407-454.

375 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Ob. Cit.* p. 378.

376 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Providencias cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Valencia. Ed. Vadell Hermanos. 1988. p. 65.

377 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 59.

mencionado simplemente medida cautelar, y no hace referencia el 601. legislador, pero si adm una aplicación analógica de las medidas atípicas

ii) En cuanto a lo previsto en el art. 11 como corolario, las m oficio, salvo que la p resguardar el orden p costumbres."³⁷⁸

En desmedro de *Inter partes* de las med además de las partes s terceristas (art. 370, ord (art. 370, ord. 3 y 38 decreto de medidas consideramos que, en judicial efectiva y al interpretación restricti cautelares atípicas, e i Ministerio Público, per promover, como lo est

378 RONDON DE SANSO administrativos en la e *Abogados*. Libro-Hom Ávila Arte/Impresores *Ob. Cit.* p. 205; ORTIZ-Civil venezolano". En: U.C.V. Caracas Gráfica poder cautelar genera venezolano. Caracas. Román José. *Ob. Cit.*

379 ORTIZ-ORTIZ, Rafael

380 HENRIQUEZ LA ROCA Román José. *Ob. Cit.*

mencionado simplemente se refiere al procedimiento de oposición de la medida cautelar, y no al procedimiento de solicitud de la medida, al que hace referencia el 601. No pensamos, por tanto, que hubo un olvido del legislador, pero si admitimos que, en caso de que sea requerido, procede una aplicación analógica de esta última norma al procedimiento cautelar de las medidas atípicas.

ii) En cuanto a la solicitud de la medida rige el principio dispositivo previsto en el art. 11 del Código de Procedimiento Civil, por lo que, como corolario, las medidas cautelares no pueden ser decretadas de oficio, salvo que la propia Ley lo autorice expresamente, se trate de resguardar el orden público o este involucrada la noción de "buenas costumbres."³⁷⁸

En desmedro de una posición de Ortiz sobre un restrictivo ámbito *Inter partes* de las medidas atípicas³⁷⁹, una mejor tesis es la sostiene que, además de las partes *strictu sensu*, los terceros intervinientes, bien sean terceristas (art. 370, ord. 1 y art. 371 *eiusdem*), o intervinientes adhesivos, (art. 370, ord. 3 y 380 *eiusdem*), poseen legitimidad para solicitar el decreto de medidas cautelares innominadas³⁸⁰. De nuestra parte, consideramos que, en respeto al principio constitucional de la tutela judicial efectiva y al principio *pro actione*, no puede otorgarse una interpretación restrictiva a la legitimación para solicitar las medidas cautelares atípicas, e incluso estimo que puede solicitarlas el Fiscal del Ministerio Público, pero sólo en las causas que el mismo habría podido promover, como lo establece el art. 133 *ejusdem*.

378 RONDON DE SANSO, Hildegard. "La suspensión de los efectos de los actos administrativos en la esfera de las medidas cautelares". En: *200 años del Colegio de Abogados*. Libro-Homenaje. Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas. Ávila Arte/Impresores. 1989. Tomo II. p. 359; CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 205; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 30; ORTIZ-ORTIZ, Rafael *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 39, 41, 511 y 512; DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 168-169.

379 ORTIZ-ORTIZ, Rafael *Ob. Cit.* p. 557.

380 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 334; DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 170.

iii) Por su parte, la posibilidad de solicitar una medida cautelar atípica por vía de caucionamiento ha generado una controversia a nivel doctrinal. Pesci-Feltri³⁸¹ expone que de una interpretación literal del art. 590 del Código de Procedimiento Civil pareciera colegirse que por vía de caucionamiento sólo pueden ser decretados el embargo cautelar y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles cuando no se den los supuestos de hecho establecidos en el art. 585 *ejusdem*. Ello contradice la intención del legislador, por lo que considera procedente la adopción de medidas atípicas mediante caución con base a dos argumentos: a) por analogía, pues si es el mismo supuesto de hecho que permite la concesión de las medidas típicas y atípicas (asegurar ejecución del fallo definitivo por equivalente), es razonable pensar que éstos últimos pueden decretarse también por el caucionamiento del art. 590; b) por interpretación lógica y sistemática del párrafo tercero del art. 588, ya que si éste permite suspender la medida atípica mediante caución de las previstas en el art. 590, debe necesariamente admitirse que tales medidas también pueden concederse con la presentación de garantía suficiente. Luego aclara que el art. 589 debe interpretarse que se refiere tanto a las típicas como a las atípicas, con la sola exclusión del secuestro el cual permite lograr el aseguramiento por el demandante del bien que es el objeto mismo de la demanda.

Opinión en contrario sustenta Ortiz³⁸², así como la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia mediante interpretación restrictiva derivada de las sentencias del 16 de junio de 1999 y, sobre todo, del 21 de julio de 1999, conforme a lo cual el juez no puede dictar una medida innominada sin estar llenos los requisitos de ley y aún cuando se ofrezca caución de las previstas en el art. 590, pues: a) el art. 590 del Código procesal excluye al secuestro de las medidas que se pueden adoptar³⁸³ mediante caución, y si el propio legislador ha sustraído tal posibilidad, la interpretación de tal norma debe ser restringida y no amplia, por lo que no puede extenderse a las medidas innominadas; b) el párrafo

381 PESCI-FELTRI MARTÍNEZ, Mario. *Ob. Cit.* p. 173-176.

382 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 54-55.

383 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 204.

primero del art. 588 *ejusdem* requisitos previstos en la interpretación también esos requisitos, no pare

La interpretación s que las meramente gra Por una parte, Ortiz on la vía de caucionamie propia cosa secuestrada la integridad del bien prueba de existencia d por una garantía. Por la por Pesci-Feltri, podem del Código de Proced atípica por vía de cauc imprime una medida e concreto, por una inc admitir también que se la prestación de una ca a las exigencias proce pecuniaria para cualq medida.

iv) También la innominadas, a pesar tercero del art. 588, l doctrina.

Para Quintero s medida por otra meno del cautelante resulte que el Juez no siemp cabo la sustitución d patrimoniales y en las real, ya que como lo h

primero del art. 588 *ejusdem* utiliza la expresión "estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585", lo que hace pensar en una interpretación también estricta de dicha norma, por lo que obviándose esos requisitos, no parecería posible dictar alguna medida innominada.

La interpretación sistemática de Pesci-Feltri nos resulta más coherente que las meramente gramaticales de Ortiz y de la Sala de Casación Civil. Por una parte, Ortiz omite mencionar que la excepción del secuestro en la vía de caucionamiento, vale decir, en el art. 590, se debe a que la propia cosa secuestrada es el objeto del litigio por lo que, para asegurar la integridad del bien o el derecho a usarlo, la ley considera que la prueba de existencia del derecho reclamado es necesaria e insustituible por una garantía. Por la otra parte, además de los argumentos esgrimidos por Pesci-Feltri, podemos agregar que si el parágrafo tercero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil admite la suspensión de la medida atípica por vía de caucionamiento, cambiando la seguridad jurídica que imprime una medida eficaz, adecuada a las sinuosidades del proceso en concreto, por una indemnización en equivalente, *a fortiori* debemos admitir también que se pueda dictar una providencia innominada mediante la prestación de una caución, la cual permitiría adecuar la tutela cautelar a las exigencias procesales y a su vez la constitución de una garantía pecuniaria para cualquier eventualidad respecto de la suerte de dicha medida.

iv) También la posibilidad de sustituir por caución las medidas innominadas, a pesar de estar prevista expresamente en el parágrafo tercero del art. 588, ha producido cierto escepticismo en parte de la doctrina.

Para Quintero sería más saludable la posibilidad de sustituir la medida por otra menos gravosa para el afectado, siempre que el derecho del cautelante resulte bien tutelado.³⁸⁴ Henríquez La Roche nos habla que el Juez no siempre podrá, de acuerdo a las circunstancias, llevar a cabo la sustitución de la medida atípica en el caso de aquellas no patrimoniales y en las que se pretende el aseguramiento de un derecho real, ya que como lo ha establecido el art. 589 Código de Procedimiento

384. QUINTERO TIRADO, Mariolga. *Ob. Cit.* p. 195-196.

Civil, es improcedente cambiar un derecho personalísimo o un derecho *in rem* por un derecho de crédito.³⁸⁵ Por su parte, Duque Corredor considera que deben excluirse de la posibilidad de una cautela sustituyente las providencias atípicas, en atención a dos argumentos: primero, su finalidad es la de evitar daños y en algunos casos anticipar los efectos satisfactivos del derecho reclamado, mas no asegurar la ejecución de la sentencia, como en el caso del embargo o de la prohibición de enajenar y gravar; segundo, el paragrafo tercero del art. 588 resulta contradictorio respecto de lo pautado por el art. 585, pues los extremos de ley que pueden ser sustituidos mediante caucion son los requisitos de procedencia aplicables a toda medida preventiva, vale decir, la presunción grave del derecho reclamado y el peligro en la demora (art. 585), mas no el específico de las innominadas, el cual por su naturaleza es inestimable económicamente y no debe admitir garantía equivalente o suma de dinero que pueda sustituirlo.³⁸⁶

Nosotros pensamos que las providencias atípicas no solo tienden a evitar o hacer cesar un daño grave o de difícil reparación sino que también procuran asegurar, aunque de manera mediata, los resultados del proceso principal, por lo que la posibilidad de la sustitución del decreto mediante una cautela sustituyente es factible, siempre y cuando la naturaleza de los derechos bajo protección así lo permita.

v) El parágrafo segundo del artículo 588, autoriza a la parte contra quien obre la providencia decretada a oponerse a ella dentro del procedimiento de oposición de parte a que se refiere el art. 602, 603 y 604 del Código de Procedimiento Civil, esto es, bien dentro de los tres días siguientes a la citación de la parte contra quien obra la medida, si no ha sido citada, o bien dentro de los tres días siguientes luego de dictado el decreto, ya que se considera³⁸⁷ que la ejecución de las medidas cautelares atípicas comienza desde que estas se decreten.³⁸⁸

385 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 350.

386 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 172-173.

387 *Ibidem.* p. 233.

388 Excepción a la regla general de la oposición como procedimiento de impugnación, lo constituyen las medidas cautelares atípicas dictadas en el curso de un proceso de amparo constitucional, tal y como lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en sendas sentencias de fecha 15 de enero de

En orden a la afectada por la medida cautelar a fin de que el mismo sea suspendido la hipótesis de que la Ley, por vía de la insuficiencia de la se suspenda si ya fuesen sujetas a la necesidad de fundamentación y oposición de la parte prescribe el parágrafo

En cuanto a los eventuales supuestos ordena la ampliación del adjetivo civil. Este para que el solicitante no exceder de los ocho días de la oposición, y si la probatoria requerida supuesto en el que niega la medida si acuerda o niega la medida de que el decreto apelado de esa decisión recurso de oposición decreto niega la medida cautelar a

1998, 10 de marzo (339-340) y 8 de mayo & GARAY. *Ob. Cit.*

389 DUQUE CORREDOR

390 HENRIQUEZ LA ROCHE

391 ORTIZ-ORTIZ, Juan Carlos. *ordenamiento jurídico*

392 *Ibidem.* p. 564.

En orden a la oposición, las opciones que se le presentan a la parte afectada por la medida, van desde la alegación de ilegalidad del decreto cautelar a fin de que este sea anulado, hasta la posibilidad de que el mismo sea suspendido ofreciendo contracautela suficiente; e incluso, en la hipótesis de que el decreto haya sido dictado sin llenar los extremos de Ley, por vía de caucionamiento, la parte pueda objetar la eficacia o insuficiencia de la medida a fin de que no sea dictada o a efectos de que se suspenda si ya fue dictada³⁸⁹, pues las medidas atípicas se encuentran sujetas a la necesaria reconsideración jurisdiccional sobre sus motivos, fundamentación y alcance, incluso en el supuesto de que no haya oposición de la parte contra quien obra o de algún tercero, tal y como lo prescribe el parágrafo segundo del mencionado precepto.³⁹⁰

En cuanto al régimen general de impugnación, Ortiz³⁹¹ puntualiza los eventuales supuestos de que puede ser objeto: 1) Contra el auto que ordena la ampliación de la prueba conforme al artículo 601 del Código adjetivo civil. Este autor³⁹² estima que el juez debe establecer un plazo para que el solicitante produzca la prueba necesaria, el cual no puede exceder de los ocho que se conceden para la articulación probatoria de la oposición, y si al cabo de ese tiempo la parte no realiza la actividad probatoria requerida, el juez debe negar la medida por auto razonado, supuesto en el que cabe apelación. 2) Contra el auto que acuerda o niega la medida solicitada por una de las partes. Contra el auto que acuerda o niega la medida solicitada por una de las partes. En el supuesto de que el decreto acuerde la medida peticionada, la parte no puede apelar de esa decisión (art. 601), pero puede, sin embargo, ejercer el recurso de oposición (art. 588, parágrafo segundo). Si por el contrario, el decreto niega la medida no cabe el recurso de oposición, pues no hay medida cautelar alguna que atacar; en cambio, es procedente el recurso

1998, 10 de marzo de 1999 (*Apud.* RAMÍREZ & GARAY. *Ob. Cit.* N° 152. 1999. p. 339-340) y 8 de abril de 1999, caso E. Molina y otros en amparo (*Apud.* RAMÍREZ & GARAY. *Ob. Cit.* N° 153. p. 389-390).

389 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 230.

390 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 350.

391 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 563.

392 *Ibidem.* p. 564.

de apelación ya que se resuelve definitivamente la petición cautelar, causándose gravamen irreparable. 3) Contra la sentencia que decide la oposición a la medida previamente decretada. Según Ortiz³⁹³, si se declara con lugar la oposición y por consiguiente se suspende la providencia cautelar, la apelación debe oírse al doble efecto; en cambio, si la apelación se declara sin lugar y se confirma la medida decretada, la apelación debe oírse al solo efecto devolutivo, pues en este caso la medida debe continuar vigente y debe garantizarse la finalidad cautelar.³⁹⁴

Respecto de la oposición a las medidas cautelares, Ortiz sustenta que es un verdadero mecanismo técnico de impugnación, vale decir, un genuino recurso y como tal es la esencia del derecho de defensa consagrado en el texto del artículo 68 de la Constitución de 1961 (49, num. 1º y 3º de la Constitución de 1999)³⁹⁵; sin embargo, lamento apartarme de dicha tesis en lo referente a la consideración técnica de la oposición a la medida como un recurso, pues como bien enseña Alcalá-Zamora³⁹⁶, la oposición constituye una institución intermedia entre la contestación y el recurso, en tanto implica la respuesta y a la vez la reclamación respecto a una pretensión adversa acogida en una resolución, sustituyéndose el desenvolvimiento normal de la discusión procesal, el cual sería demanda-contestación-resolución-recurso (eventual), por el de: demanda-resolución-oposición. Por otra parte y en orden a asuntos de competencia –expone a mayor abundamiento el Maestro español–, mientras los recursos implican, como regla, la intervención de un Juez de superior jerarquía a aquel que dictó la resolución recurrida, la oposición

393 *Ibidem.* p. 567.

394 Respecto de los efectos en la admisión de los recursos, es oportuno citar al maestro ALCALÁ ZAMORA (*Ob. Cit.* p. 90-92), quien observa que en orden a la jurisdicción del juzgador *a quo* se contraponen el efecto no devolutivo, conservativo o retentivo, conforme al cual el juez de la resolución recurrida conserva o retiene jurisdicción para pronunciarse sobre el recurso, y el efecto devolutivo, el cual deslinda entre tribunal *a quo* y *ad quem*; en orden a la ejecución del proveimiento, el efecto ejecutivo, vale decir, la ejecutoriedad provisional de la resolución impugnada mientras se sustancia el recurso interpuesto, y el efecto suspensivo, en el que la resolución no se ejecuta.

395 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 548.

396 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Cuestiones de terminología procesal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1972. p. 108.

se ventila dentro de la decisión.

vi) Otro problema alcanza con los efectos Sala de Casación Civil de sentencia de fecha 25 de

La ley procesal establece que surtan efectos en el proceso, el proceso debe tener un efecto sobre, sin que pueda ser de demandante, demandado, la medida no puede ser o prohibiciones que impidan al juicio.³⁹⁸

¿Qué sucede cuando a un tercero no intervienen derechos de rango legal de tercería del art. 371 pero nunca la oposición que el tercero no puede

397 Problema diferente es el de una sentencia iniciada por un tercero que interviniere en el proceso de que se produzca la apelación de una medida cautelar en las partes en el juicio.

Mediante sentencia dictada mediante decisión del 1º de mayo de 1999 "... no basta el hecho de que le sea acordada la medida cautelar, quien pretenda que acuerde la cautelar, que comprueben la idoneidad de la medida cautelar y acordada mediante sentencia de Y GARAY. *Ob. Cit.* 1999

398 *Apud.* RAMIREZ Y GARAY

se ventila dentro de la propia instancia o grado en la cual recayó la decisión.

vi) Otro problema de interpretación se presenta cuando el juez alcanza con los efectos de la medida a un tercero no interviniente.³⁹⁷ La Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 25 de noviembre de 1999, nos dice:

La ley procesal establece que las medidas innominadas se dictan para que surtan efectos entre las partes del juicio, es decir, tanta legitimación procesal debe tener el solicitante de la medida como contra quien ella obre, sin que pueda extenderse la misma a quien no tenga la condición de demandante, demandado o tercero llamado a juicio. En otras palabras la medida no puede extender sus efectos y aplicación a suspensiones o prohibiciones que recaigan sobre personas naturales o jurídicas ajenas al juicio.³⁹⁸

¿Qué sucede cuando se afecta mediante una medida cautelar atípica a un tercero no interviniente? Ortiz sostiene que, ante violaciones de derechos de rango legal, el tercero sólo tiene la opción de la demanda de tercería del art. 371 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pero nunca la oposición al embargo prevista en el art. 546 *ejusdem*, ya que el tercero no puede acudir al recurso de oposición en tanto es un

397 Problema diferente es la interrogante de si pueden hacerse extensivos los efectos de una sentencia incidental que acordó la medida cautelar, a aquéllos que intervinieron en el proceso con posterioridad al fallo, *exempli gratia*, en el supuesto de que se produzca la acumulación de dos procesos y previamente se haya dictado una medida cautelar en uno de ellos, cuyos efectos pudieran beneficiar a las nuevas partes en el juicio.

Mediante sentencia dictada el 4 de agosto de 1.999, ratificada en su contenido mediante decisión del 14 de diciembre de 1.999, la Corte en Pleno consideró que "... no basta el hecho de verificarse el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* para que le sea acordada la medida preventiva, sino que, tal como sucedió en el caso de autos, quien pretenda en su favor la extensión de los efectos de un fallo incidental que acuerda la cautelar, debe solicitarlo en forma expresa, traer a juicio elementos que comprueben la identidad de situación con respecto al beneficiario originario de la medida cautelar y por último, la extensión de la medida cautelar debe ser acordada mediante sentencia expresa por el tribunal de la causa" (*Apud.* RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1999. N° 160. p. 613-614)

398 *Apud.* RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* N° 159. p. 465.

mecanismo técnico de impugnación concedido de manera exclusiva a las partes. Si en cambio, se trata de violaciones de carácter constitucional considera que la vía de la tercería no constituye un procedimiento breve, sumario y eficaz para evitar la lesión, sino justamente el amparo constitucional.³⁹⁹ Zoppi piensa por el contrario que el tercero puede solicitar la revocatoria ya que no tiene estrictamente la tercería ni mucho menos la oposición.⁴⁰⁰ Nuestra jurisprudencia acertadamente se ha inclinado por la primera tesis en sentencia de la Sala de Casación Civil de la Suprema Corte del 20 de octubre de 1994⁴⁰¹ y también mediante sentencia de 23 de noviembre de 1.999 (Caso: Agropecuaria La Guamita C.A. en amparo).⁴⁰² La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia igualmente ha mantenido tal línea jurisprudencial en sentencia N° 72 del 24 de marzo del 2000:

399 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 53-54; ORTIZ-ORTIZ, Rafael *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 557-559.

400 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 85.

401 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1994. N° 10. p. 214-215.

402 Esta sentencia indica en la parte pertinente:

"...nuestro ordenamiento jurídico ha señalado que las medidas preventivas que se decreten sólo pueden afectar los derechos e intereses de las partes en litigio. Así, el Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 587 que ninguna medida cautelar puede decretarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquel contra quien se libren, salvo en los casos del artículo 599 ejusdem -del secuestro- que no contempla el caso de autos.

"En el caso bajo estudio, como antes se indicó, se decretó medida cautelar innominada contra un tercero, el cual no tiene posibilidad de intervenir de manera excluyente, por vía de oposición, contra dicha medida, es decir, no cuenta el tercero en dicho procedimiento con esa vía ordinaria para que se le restituya la situación jurídica infringida. Tampoco cuenta con la demanda de tercería para impugnar las medidas cautelares innominadas en su contra, por cuanto no es el medio idóneo, por no ser breve, sumario y eficaz para la protección de los derechos y garantías fundamentales de dichos terceros.

"Siendo así, actuó fuera de su competencia el Juzgado de la causa al decretar una medida cautelar innominada contra un tercero que no es parte en el juicio en el que se decretó, lo que acarrea la infracción de los derechos constitucionales aquí denunciados..." (*Apud.* RAMIREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* N° 159. p. 432-433).

Se ratifica la sentencia en la cual se dejó establecida una medida precautoria señaladas en el artículo 587 del Código de Procedimiento Civil que se refiere al tercero afectado, de conformidad con el artículo 1° y 317 eiusdem.

vi) Y si la medida cautelar mercantil ¿procede la oposición? La Sala de Casación Civil ha afirmado que de acuerdo con el artículo 602 del Código de Comercio y el 602 del Código de Procedimiento Civil, la diferencia en cuanto a la norma, que es la que rige en materia de medida cautelar, en apelación, siendo éstas providencias; por el contrario, en materia civil la oposición contra una medida en litigio, el principio de igualdad de armas resulta aplicable, por lo que de aquellas atípicas disposiciones jurídicas se encuentra el carácter de ley especial. En un juicio mercantil una oposición al juez *ad quem* debería agotado la vía ordinaria, vale decir, la oposición a la medida.

La Sala de Casación Civil de julio de 1997⁴⁰⁵, me

403 Disponible en: www.tscj.gub.ve

404 *Apud.* RAMIREZ Y GARAY, *Ob. Cit.*

405 Esta importante decisión del Tribunal Supremo de Justicia "... 2.- En un proceso de medida cautelar preventiva el juez debe conocer el régimen cautelar previsto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil que conoza

Se ratifica la sentencia de la Sala de fecha 20 de octubre de 1994, en la cual se dejó establecido, que el tercero que se sienta afectado contra una medida precautelativa, o alguna de las medidas complementarias señaladas en el artículo 588 del CPC, o de las innominadas o atípicas a que se refiere el párrafo primero del mismo artículo, ese tercero afectado, de conformidad con lo establecido en el artículo 370 ordinal 1º y 317 eiusdem, deberá proponer demanda de tercería contra las partes contendientes ante el Juez de la causa en primera instancia.⁴⁰³

vi) Y si la medida innominada se dictara en un juicio de naturaleza mercantil ¿procede la oposición?. Alguna jurisprudencia de instancia⁴⁰⁴ ha afirmado que de la interpretación de los arts. 1099 del Código de Comercio y el 602 del Código de Procedimiento Civil surge una radical diferencia en cuanto al procedimiento a aplicar, ya que según la primera norma, que es la que rige para el procedimiento de naturaleza mercantil, en materia de medidas, el juez procederá a su ejecución no obstante apelación, siendo éste el único recurso que se concede contra tales providencias; por el contrario, la norma del Código adjetivo otorga en materia civil la oposición. De modo tal que si se formulara oposición contra una medida en juicio de naturaleza mercantil equivaldría a romper el principio de igualdad entre las partes. Tal interpretación creemos no resulta aplicable, por lo menos, cuando las providencias cautelares son de aquellas atípicas dictadas en un proceso mercantil, ya que tal instituto jurídico se encuentra regulado en el Código procesal y éste tiene el carácter de ley especial en materia procedimental. De modo tal que si en un juicio mercantil una parte apelara la adopción de una medida atípica, el juez *ad quem* debería declarar inadmisibile la apelación por no haberse agotado la vía ordinaria que se encuentra prevista en el Código procesal, vale decir, la oposición de parte por ante el mismo juez que dictó la medida.

La Sala de Casación Civil ha ido más lejos, pues en decisión del 31 de julio de 1997⁴⁰⁵, modificada por sentencia del 23 de abril de 1998,

403 Disponible en: www.tsj.gov.ve

404 *Apud.* RAMIREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* 1990. CXIV. p. 57-58.

405 Esta importante decisión estableció que:

"... 2.- En un proceso cautelar en el cual se halle en juego la aplicación del especial régimen cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio, cualquier Tribunal que conozca del mismo - a fortiori este Supremo Tribunal- está en el

declaró inconstitucional –derogando virtualmente el precepto en el primer pronunciamiento y desaplicándolo al caso concreto en el segundo– el último aparte del art. 1099 del Código de Comercio (recurso de apelación como vía primaria de impugnación) por violación del derecho a la defensa del art. 68 (hoy 26) de la Constitución, ya que al justiciable se le excluye “(...) consecucionalmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción –primera instancia- de dicho proceso cautelar”, considerando aplicable para integrar el vacío legal la vía procedimental de la oposición del art. 602 del Código Procesal Civil. Tal criterio fue ratificado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 26 de abril de 2.000 (Caso Transconla, C.A. c/ Seguros Pan American, C.A. y Taller Tecno Servicios Mendoza, C.A.) y en la sentencia N° 41 de fecha 23 de febrero de 2.001.⁴⁰⁶

No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha declarado (sentencia del 20 de febrero de 2.002; Caso: Tulio Álvarez en nulidad) la constitucionalidad *ex nunc* del art. 1.099 del Código de Comercio, bajo el argumento de que el recurso de apelación que brinda como medio de impugnación el mencionado precepto, cumple similar función a la oposición del código adjetivo y, por lo tanto, no se considera

ineludible deber jurisdiccional que le impone la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución de la República - 'Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede *derogado* expresa o *implícitamente* por la constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente'-, de declarar virtualmente derogado, CON EFICIENCIA LIMITADA AL CASO PARTICULAR SUB IUDICE, la muy específica norma inserta en el último aparte del susomencionado artículo 1.099 del Código de Comercio, consagratoria del recurso de apelación como única vía jurídico procesal de contradicción, en sede de instancia, de las providencias cautelares correlativas.

“3.- Para integrar el vacío legal configurado por la derogatoria virtual, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la disposición inserta en el último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio Venezolano, lo jurídicamente procedente es, atendiendo a la expresa remisión normativa efectuada por el artículo 1.119 *eiusdem*, utilizar el régimen de contradicción cautelar, constitucionalmente válido, previsto en el título II del Libro III del vigente Código de Procedimiento Civil, en cuanto que la vía procedimental de la oposición allí contemplada -artículo 602 *ibidem*- es plenamente idónea para controvertir los presupuestos jurídicos de esa especial tutela jurisdiccional cautelar mercantil”.

406 Ambas disponibles en: <http://www.tsj.gov.ve>

que se viola el derecho a la defensa, la Sala Constitucional declaró inconstitucional la sentencia N° 343 de 1997 y en el fallo N° 205 de 1997 declaró inconstitucional la sentencia de la Sala de Casación Civil de 1997 en el caso Electrospace, C.A. c/

407 La Sala de mayor jerarquía declaró inconstitucional la sentencia de la Sala de Casación Civil de 1997, citada por el Tribunal Supremo de Justicia en el fallo N° 205 de 1997, en el que se declaró inconstitucional el derecho a la defensa. No se viola, por consiguiente, el derecho a la defensa con un recurso de apelación. No podrá exponer los motivos de su revocatoria. “Ha sido jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Sala Suprema de Justicia que, en esta parte de los medios de impugnación, en la medida en que éstos no existen, no existe tal violación, y la denuncia prevé un recurso de apelación. “Tal como se ha declarado, el derecho a la defensa no tiene un contenido de determinación de los medios de impugnación, sino que las medidas cautelares son de carácter preventivo, y el legislador que las modifica, no puede exigir que efectúe con tal carácter, sino que a través de la apelación, el juez que las acuerda, debe tener en cuenta que esta opción es preferible. No debe olvidarse que el derecho a la defensa, en el caso contrario, bien puede ser afectado con carácter previo, y no sin oír al afectado -y sin que esto cause una lesión, ya que el resultado del procedimiento de la misma. Claro que el juez debe permitir que la denuncia permita exponer los motivos de la incidencia de oposición en los procesos civiles ordinarios. “En el caso del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación es el medio apropiado garantizar

que se viola el derecho a la defensa.⁴⁰⁷ A pesar del pronunciamiento de la Sala Constitucional, la Sala de Casación Civil del máximo tribunal, en sentencia N° 343 del 30 de julio de 2002 ratificó la doctrina establecida en el fallo N° 205 de la misma Sala del 31 de julio de 1997 (Caso: caso Electrospace, C.A contra Banco del Orinoco, S.A.C.A):

407 La Sala de mayor jerarquía dentro del Supremo Tribunal argumentó al efecto: "Al respecto, considera la Sala que, no obstante el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el fallo del 31 de julio de 1997, citado por el recurrente, no comparte esta Sala Constitucional la postura por ella sostenida, en el sentido que esa disposición del Código de Comercio vulnera el derecho a la defensa de la parte procesal que sufre la medida ordenada por el juez. No se viola, por cuanto, como lo dispone la misma norma, el afectado sí cuenta con un recurso para su defensa: la apelación ante el tribunal superior, ante el cual podrá exponer los motivos que posee para oponerse a la medida cautelar y lograr su revocatoria.

"Ha sido jurisprudencia reiterada de este Tribunal, y lo había sido de la Corte Suprema de Justicia, que el derecho a la defensa se viola cuando se priva a una parte de los medios procesales para la tutela de sus intereses o se les restringe de manera tal que éstos quedan desmejorados. Es evidente que en el presente caso no existe tal violación, toda vez que el propio artículo cuya inconstitucionalidad se denuncia prevé un medio de defensa efectivo: el recurso de apelación.

"Tal como se ha declarado repetidamente por la jurisprudencia, el derecho a la defensa no tiene una manera única de ser garantizado, sino que se deja a la ley la determinación de los medios a través de los cuales se asegurará. En el supuesto de las medidas cautelares previstas en el Código de Comercio, ha sido decisión del legislador que las mismas sean otorgadas a criterio del juzgador, luego de un análisis que efectúe con tal objeto según su prudencia, y que sean impugnadas únicamente a través de la apelación y no por un procedimiento de oposición ante el mismo juez que las acuerda.

"Esta opción es perfectamente cónsona con la naturaleza de las medidas cautelares. No debe olvidarse que ellas están justificadas por la urgencia de su concesión; de lo contrario, bien podría esperarse la solución del caso sin que se tenga que dictar, con carácter previo, medidas de protección. Tal urgencia incluso aconseja ordenarlas sin oír al afectado -y así ha sido aceptado en forma casi pacífica-, sin que ello le cause una lesión, ya que no son más que una medida provisional que no prejuzga el resultado del proceso y que tienen como única finalidad proteger al solicitante de la misma. Claro que, con posterioridad, la protección del afectado exige que se le permita exponer sus defensas, pero ello no tiene por qué ser a través de una incidencia de oposición ante el mismo juez, aunque de esa manera se hagan los procesos civiles ordinarios.

"En el caso del artículo 1.099 del Código de Comercio, el legislador consideró apropiado garantizar la defensa del afectado a través de un recurso de apelación, el

De conformidad con la doctrina, antes trascrita en los procesos cautelares en los cuales se halle en juego la aplicación del especial régimen cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio, cualquier Tribunal que conozca del mismo, está en el ineludible deber de declarar su no aplicación, con eficacia jurídica limitada al caso particular, la norma inserta en el último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio, consagratoria del recurso de apelación como

cual tiene la misma finalidad que la oposición ante el juez que dictó la medida, con la única diferencia de que será conocido por un juez superior a aquél. Incluso, podría pensarse que en un sistema con tales características puede garantizarse aún más el interés particular, pues las alegaciones se harán ante un juez distinto al que decidió en primer término su procedencia, permitiéndose una segunda instancia en el conocimiento del asunto.

“No debe sorprender, por tanto, que el Código de Comercio haya previsto que el cuestionamiento al otorgamiento de la medida se haga únicamente por apelación – a un sólo efecto-, y no ante el mismo juez que se ha pronunciado acerca de su procedencia y en atención a ello la ha dictado. Pudo el legislador haber establecido que el juez dictara la medida sin participación del afectado, pero que la oposición posterior se formulase ante el mismo juez, pero no lo hizo así, sin que ello pueda considerarse como un perjuicio al particular y una desmejora de su derecho a defenderse.

“Esta Sala observa, además, que el régimen previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio es especial, por lo que no debe estimarse como el régimen ordinario respecto de las medidas preventivas en materia mercantil, como lo aseguró el demandante. Al contrario, la redacción del artículo demuestra que se trata de un supuesto especial, en el que la medida se concede en virtud de la urgencia necesaria para la defensa del derecho que se reclama; es más, en caso de ser necesario se le requiere al solicitante fianza o solvencia suficiente para responder de las resultas del juicio. Con ello, se satisface a la vez la pretensión cautelar del demandante y se protege el patrimonio del demandado, quien, bajo este supuesto, siempre dispondrá de una garantía que le permitirá restablecer su situación jurídica inicial en caso de que la demanda se declare improcedente.

“De tal manera que, cuando se prueba la urgencia, es aplicable el artículo 1.099 del Código de Comercio; en cambio, cuando la urgencia no es alegada, o no es probada, las medidas preventivas, así sea en materia mercantil, deben regirse por las normas generales previstas en el Código de Procedimiento Civil, por ser de aplicación supletoria. En esos casos, sí existiría oposición, aparte de la apertura de una articulación probatoria, salvo un supuesto excepcional que es, precisamente, el objeto de la segunda denuncia contenida en este recurso y sobre el cual esta Sala se pronunciará en su oportunidad.

“Por lo expuesto, esta Sala declara que el único aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio no viola el derecho a la defensa y no es, por tanto, inconstitucional. Y así se decide” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

única vía jurídica
llenar el vacío le
previsto en el T
Civil, en cuan
contemplada
controvertir l
jurisdiccional c

vii) En otro se
contra una negativ
instancia y acuerda
decreta, en esa inst
interesada, tal deci
dicho recurso estar
anuncie contra la s
de Casación Civil,
sostenía el criterio d
pues tales decisio
interlocutoria podí
partir de la sentenci
constitucional de d
de 1.997, en tales s
Sala de Casación
inmediato, la incide
Código adjetivo civ
Luego será contra l
dicte en ese proces
medio de impugnac
y técnica y sin posi

Ahora bien, t
decisión del Tribun
de negación) la me
en forma definitiva
dan los presupuest

408 Disponible en: www.tsj.gov.ve
409 *Apud.* PIERRE TA
410 ORTIZ-ORTIZ, Ra

única vía jurídico-procesal de contradicción y, en consecuencia, para llenar el vacío legal se debe aplicar el régimen de contradicción cautelar, previsto en el Título II del Libro III del vigente Código de Procedimiento Civil, en cuanto que la vía procedimental de la oposición allí contemplada –artículo 602 *ibídem*– es plenamente idónea para controvertir los presupuestos jurídicos de esa especial tutela jurisdiccional cautelar mercantil.⁴⁰⁸

vii) En otro sentido, si el Tribunal Superior, al conocer de la apelación contra una negativa de medida cautelar, revoca la decisión de primera instancia y acuerda la tutela preventiva, o si el propio Tribunal de Alzada decreta, en esa instancia, una medida cautelar atípica, a petición de parte interesada, tal decisión ¿sería accionable en Casación de inmediato, o dicho recurso estaría reservado para la misma oportunidad en que se anuncie contra la sentencia definitiva del proceso?. En principio, la Sala de Casación Civil, por ejemplo en sentencia del 25 de mayo de 1988, sostenía el criterio de la admisibilidad inmediata del recurso de casación, pues tales decisiones constituían incidencias autónomas cuya sentencia interlocutoria podía causar gravamen irreparable por la definitiva.⁴⁰⁹ A partir de la sentencia del 12 de mayo de 1999 y para satisfacer la garantía constitucional de defensa en los términos de la decisión del 31 de julio de 1997, en tales supuestos el Tribunal Superior, o en su caso la propia Sala de Casación Civil, según opinión de Ortiz⁴¹⁰, deberá abrir, de inmediato, la incidencia cautelar establecida los arts. 602 y siguientes del Código adjetivo civil, que constituye una fase de contradicción plena. Luego será contra la sentencia definitiva del Tribunal de Alzada que se dicte en ese proceso, contra la que se podrá ejercer el recurso de casación, medio de impugnación extraordinario, de argumentación muy restringida y técnica y sin posibilidad de promoción y evacuación de pruebas.

Ahora bien, tal sentencia no cambia el criterio según el cual si la decisión del Tribunal Superior niega, suspende o modifica (en sentido de negación) la medida, vale decir, "(...) Si la decisión pone fin o resuelve en forma definitiva la incidencia de oposición a la cautelar, y además, se dan los presupuestos de admisibilidad, la sentencia del segundo grado

408 Disponible en: www.tsj.gov.ve

409 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1988. Nº 5. p. 202.

410 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 569-570.

tiene casación de inmediato por tratarse de una providencia autónoma, tramitada en cuaderno separado, y con carácter de sentencia definitiva", tal y como se sostuvo en sentencia del 19 de julio de 1995⁴¹¹ la cual reiteró un criterio de la Sala de Casación civil emitido en junio de 1993. Sin embargo, la propia Sala de Casación Civil, en la sentencia N° 064 de 25 de junio de 2.001, estimó que debía atemperarse

(...) la doctrina citada, y considera inadmisibles el recurso de casación cuando éste se interponga contra la decisión que niegue una solicitud de medida preventiva. En cuanto a las otras decisiones recaídas en materia de medidas preventivas, cuando sea acordándolas, suspendiéndolas, modificándolas, o revocándolas se mantiene el criterio de admisibilidad inmediata, por ser asimilables a una sentencia definitiva en cuanto a la materia autónoma que se debate en la incidencia.⁴¹²

viii) Redenti entiende que para conseguir su finalidad las medidas atípicas deben ser susceptibles de ejecución forzada, lo que ocurre normalmente en las formas de la ejecución para las obligaciones de hacer o no hacer, criterio al cual se adhiere Zoppi.⁴¹³ En Venezuela, en lo que toca a la ejecución de las medidas atípicas, reconoce la doctrina que existe una laguna jurídica en cuanto a la forma de asegurar su cumplimiento, ambigüedad que se acrecienta por el hecho de que ellas esencialmente contienen una orden de actuar o de abstenerse; sin embargo, en principio, como cualquier resolución cautelar son ejecutables, por lo que a las medidas atípicas deben aplicarse las prescripciones generales del Código de Procedimiento Civil acerca de la ejecución forzosa, pudiendo el Juez utilizar medidas coercitivas para obtener la ejecución de las medidas cautelares.⁴¹⁴

¿Debe entenderse, entonces, que el Juez puede conminar al cumplimiento de una sentencia, acudiendo a medidas coercitivas para la

411 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1995. N° 7, p. 117.

412 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>.

413 REDENTI, Enrico. *Ob. Cit.* Tomo III. p. 285; ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 40.

414 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. "Medidas cautelares innominadas (con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo)". En: *Derecho procesal civil. XXII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar"*. Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. p. 375-376.

consecución de tales de Justicia ha adm constitucional, la util una muy interesante 0025 (Caso: Municipi Magistrado Jesús Edu hacer una cita parcial

¿Que puede hace si por ejemplo e reticente a cumpl (...)

Con el fin de gara se ha expandido, entendido como para constreñir al fija, como regla, otra unidad de ti determinada a pa (ALCALÁ-ZAMOR México. UNAM positivamente, a Luxemburgo, Hol Alemania y Portu conferido al juez, de una sentenci condena condici *Introducción al B* p. 233-234) (...)

En cuanto a su provisional o def modificada libren una forma de as culminar en esta con la sola ame condicional, inst DE ÁNGELIS, Dar Ed. Depalma. 19 por su discrecion la fijación de la cual resulta de recalitrante, o p

consecución de tales fines? La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido, pero limitándose al ámbito del amparo constitucional, la utilización de la *astreinte* o medida conminatoria en una muy interesante decisión del 3 de octubre del 2002, expediente 02-0025 (Caso: Municipio Irribarren del Estado Lara), cuyo ponente fue el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, de la cual nos permitimos hacer una cita parcial:

¿Que puede hacer el órgano jurisdiccional, en condiciones normales, si por ejemplo el sujeto pasivo de la ejecución judicial se muestra reticente a cumplir el mandato?

(...)

Con el fin de garantizar la ejecución del fallo, en el derecho comparado se ha expandido, la figura del *astreinte* o apremio del derecho francés, entendido como "(...) una pena pecuniaria decretada por el juzgador para constreñir al deudor a que cumpla su obligación principal, y se fija, como regla, en una cantidad por día de retardo o por cualquier otra unidad de tiempo; pero puede consistir asimismo en una suma determinada a pagar por el deudor por cada violación en que incurra" (ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Cuestiones de Terminología Procesal*. México. UNAM. 1972. p. 54). Esta institución está regulada positivamente, además de Francia, en Argentina, Brasil, Uruguay, Luxemburgo, Holanda, Bélgica e Italia, y en versiones intermedias, en Alemania y Portugal, configurando el denominado poder conminatorio conferido al juez, el cual constituye la "conminación al cumplimiento de una sentencia, mediante dictado, y eventual ejecución, de una condena condicional e instrumental" (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al Estudio del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 233-234) (...)

En cuanto a su naturaleza jurídica, la astrictión, que puede ser provisional o definitiva, dependiendo de si su cuantía puede o no ser modificada libremente por el juez en el momento de su liquidación, es una forma de aseguramiento de la ejecución indirecta, que puede culminar en esta misma ejecución, si la idea primaria de coaccionar con la sola amenaza no tiene éxito. Por otra parte es no cautelar, condicional, instrumental y dada en estructuras sumarias (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al Estudio del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 256). También se ha dicho que se caracteriza por su discrecionalidad, en cuanto a su imposición o no y en cuanto a la fijación de la cuantía de la astrictión; por su conminatoriedad, la cual resulta de la amenaza de ruina pecuniaria para el ejecutado recalcitrante, o por quien deba cumplir una obligación nacida del

proceso, y no lo hace sin causa justificada; por su accesoriedad, ya que son impuestas para obtener el cumplimiento del mandato de una resolución principal, de la cual asegura su eficacia; por su modificabilidad, ya que el juez puede aumentar, disminuir o suprimir las astringencias o constreñimientos (CATALÁ COMAS, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 122-123).

La idea fundamental de este instituto tiene por finalidad transformar una obligación incoercible (hacer o no hacer) por otra coercible, que es la de dar sumas de dinero, a objeto de lograr el acatamiento del mandato judicial (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Juez sus Deberes y Facultades*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1982. p. 288) y ejecutar la sentencia en sus propios términos para completar así el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que se ha ido materializando a lo largo de todo el proceso, esto es, asegurando el interés del ejecutante en que la sentencia se cumpla y obtenga lo que es debido, así como preservando el *imperium* del juez destinado a tutelar el interés público en que se cumplan sus resoluciones (CATALÁ COMAS, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 218 y 121).

(...)

Actualmente, en las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil vigente, se establece para los contumaces una multa que no exceda de mil bolívares o –he aquí la novedad– arresto proporcional (art. 494) y para los expertos una multa de quinientos a dos mil bolívares según la gravedad de la falta (art. 469). En cuanto al apremio, se establece en quinientos bolívares diarios y ya no se duplica diariamente (arts. 683 y 782).

De manera más contundente, la potestad conminatoria del juez en Venezuela deriva de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de 1999 y es congruente con las normas que otorgan a los órganos del Poder Judicial el deber de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias (art. 253 *eiusdem*), autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales (art. 21 del Código de Procedimiento Civil), valiéndose de todos los medios legales coercitivos de que dispongan (art. 11 de la Ley Orgánica de Poder Judicial).

Una de las manifestaciones legales de la potestad conminatoria del juez son los apremios, los cuales han sido previstos bajo la forma de norma genérica en el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, como medidas coercitivas para que peritos, testigos u otras personas cumplan con los deberes que les nacen por motivo del proceso. Tales apremios están destinados a que se cumpla con la orden judicial, y

son independientes del infractor, como el infractor, como "Las otras personas citadas, son aquél orden diferente de este orden de todo por las de 27, al referirse a los auxiliares de juicio. Los apremios son una coacción que es posible utilizar. Sin embargo, la probidad (artículo 180) impone la ley a los apremiados a fin de cuando el obligado no cumple sus deberes una deslealtad (...)

Pero las multas son una netamente el cumplimiento. En estos últimos impulsando el por el juez, en la ley, a meno

Dentro de quinientos bolívares Nacional individual

Con base en análisis constante en este caso basado en el poderes de también los específico los consecuencia jurisdiccional, orden delictu

son independientes de la responsabilidad civil en la que puede incurrir el infractor, como bien lo señala la norma.

"Las 'otras personas', a que se refiere el último aparte del artículo 27 citado, son aquellas que con motivo del proceso deben cumplir alguna orden diferente a la de testificar o presentar un peritaje. Dentro de este orden de ideas, el juez puede apremiar a quien incumple, sobre todo por las demoras injustificadas, sin que la última parte del artículo 27, al referirse a las personas, distinga si son partes, funcionarios, auxiliares de justicia, etc.

Los apremios son formas de coaccionar a quien debe una conducta, coacción que es típica del deber procesal (multas, arrestos, etc.), y no es posible utilizarlos si lo que se exige a la persona es una obligación. Sin embargo, cuando el obligado incumple el deber de lealtad y probidad (artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil) que le impone la ley -esto en cuanto al cumplimiento del deber- puede ser apremiado a fin que actúe leal y probamente, y este puede ser el caso, cuando el obligado, obrando fraudulentamente o con abuso de derecho no cumple sus obligaciones. El incumplimiento en estos casos involucra una deslealtad.

(...)

Pero las multas en los apremios pueden ser de dos naturalezas distintas, una netamente disciplinaria y otra cuyo fin es lograr coercitivamente el cumplimiento, más que penalizar.

En estos últimos supuestos, como no se está penalizando, sino impulsando el cumplimiento, el astreinte diario debe ser calculado por el juez, en base a los montos de los otros apremios que contempla la ley, a menos que esté señalado expresamente el monto.

Dentro de esos parámetros, el apremio no puede exceder de quinientos bolívares diarios (Bs. 500,00) que debe pagarlos al Fisco Nacional individualmente quien incumpla la orden.

Con base en lo anterior, esta Sala considera que, si del caso bajo análisis consta la resistencia abusiva de la persona privada o pública, en este caso el Municipio, en cumplir la decisión del juzgador, éste, basado en el principio de la tutela judicial efectiva, debe ejercer los poderes de constreñimiento, no sólo los conferidos por la ley sino también los derivados directamente del mencionado principio, en lo específico los poderes conminatorios o astringencias, como natural consecuencia del elemento *executio*, parte integrante de la actividad jurisdiccional, y en forma autónoma respecto de las consecuencias de orden delictual previstas por ejemplo en el artículo 485 del Código

Penal, referido a la desobediencia a la autoridad como falta contra el orden público, y así se declara (...).

Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa por cuanto la eficacia ejecutiva de lo decidido en el proceso judicial se encuentra de por medio, y por otra parte, si bien no existe una norma que prohíba la constrictión, también es cierto que no hay tampoco la que la establezca, mas no debe obviarse que el Juez dentro de su potestad jurisdiccional, en última instancia, debe ejecutar coactivamente lo decidido y en tal sentido debe propender la solución que deba otorgarse a tal disyuntiva.

3. El problema de la subsidiariedad o del carácter residual

Henríquez La Roche, con base en la doctrina española (Calderón, Jove), abona en favor de la tesis de que la potestad del órgano judicial queda limitada en orden a la previsión de la cautela en la medida típica o en procesos sumarios, pues, en el primer caso, no existe razón para decretar como innominado aquello que ya esta nominado y regulado por la Ley; y en el segundo supuesto, si el resultado ya esta garantizado en las formas concretas de ciertos procedimientos especiales, la creación de una medida atípica en sustitución de la prevista por la Ley, implicaría subvertir el orden procedimental especial.⁴¹⁵ La doctrina italiana⁴¹⁶, en sentido similar, se ha pronunciado por el carácter residual o subsidiario, de clausura del sistema cautelar, de las *provvedimenti d'urgenza* del art. 700 del Código peninsular, en cuanto solo podrán ser decretadas cuando ningún otro remedio cautelar sea subsumible al supuesto de hecho. Los argumentos son los que siguen: por una parte, según la redacción de la norma estas medidas solo son admisibles "*fuera de los casos regulados por las precedentes secciones de este capítulo*", vale decir, fuera de los casos regulados por las medidas preventivas típicas previstas en el propio código, interpretación de corte exegético que por vía de un fundamento sistemático también se ha extendido a las medidas cautelares típicas no previstas en el Código de rito; y por otra parte, porque el *periculum in mora* exigido no es solo aquel que amenaza el derecho de manera

415 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 331-332.

416 DITTRICH, Lotario. *Ob. Cit.* p. 180-181.

inminente, sino un "perjuicio in

Las opin atípicas frente sobre la idea d por casos⁴¹⁹ p correlacionando maximal, tal reg sólo se puede re las reglas ordi cuestión.⁴²⁰

417 La doctrina inadmisibilidad medida cautelar vinculación de administrativa del año 2000.

418 Una de las ca (*Ob. Cit.* Tom emerge cuando el art. 700 de precedentes: 110-111 y 12 instrumento p la flexibilidad siempre limit artículo 1428 mismos prest (*Cit.* p. 87-88) medidas pro Portugal y las respectivos o no es la exce de su país es por la norma atípica es ex

419 ALCHOURRO ciencias jurídicas 190-191.

420 Es este el crito Justicia de fe Hector Grisar

inminente, sino que debe además ser potencialmente idóneo para provocar un "perjuicio irreparable".⁴¹⁷

Las opiniones que promueven la subsidiariedad de las medidas atípicas frente las típicas⁴¹⁸, construyen su planteamiento básicamente sobre la idea de que, cuando se acude al procedimiento de la clausura por casos⁴¹⁹ para conseguir que un sistema jurídico sea completo, correlacionando todos y cada uno de los casos con alguna solución maximal, tal regla de clausura se dice que tiene carácter supletorio pues sólo se puede recurrir ella una vez que se haya demostrado que mediante las reglas ordinarias no se infiere alguna solución para el caso en cuestión.⁴²⁰

417 La doctrina italiana (*Ibidem*. p. 184-185), se ha pronunciado incluso por la inadmisibilidad del art. 700 a objeto de, *ad interim*, asegurar los efectos de una medida cautelar típica ya solicitada mas aun no ejecutada. Tal hipótesis tiene vinculación con las "medidas provisionales" decretadas por la Sala Política administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sendas sentencias del año 2000.

418 Una de las características de las medidas innominadas, en criterio de MANDRIOLI (*Ob. Cit.* Tomo I. p. 314-315), es su subsidiariedad, pues la posibilidad de éstas solo emerge cuando no resultan utilizables otras medidas cautelares y ello debido a que el art. 700 del Código Adjetivo italiano dice "fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo". En opinión de CALDERON (*Ob. Cit.* p. 110-111 y 120), si bien el legislador ha querido dar al órgano jurisdiccional un instrumento particularmente flexible con el fin de poderlo adaptar al caso concreto, la flexibilidad no es absoluta por el carácter residual del precepto, en cuanto estará siempre limitada por la regulación de las medidas típicas que impedirá el acceso al artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española derogada cuando por los mismos presupuestos se solicita la cautela específica. Por su parte, LACERDA (*Ob. Cit.* p. 87-88), luego de informar que la injunción del sistema anglo-americano, las medidas provisionales de seguridad alemanas, las providencias innominadas en Portugal y las cautelares innominadas italianas, no tienen cabida si existieran en los respectivos ordenamientos jurídicos otros medios típicos de tutela, afirma que Brasil no es la excepción a pesar de que la locución "además de" del art. 798 del Código de su país es menos drástica y perentoria que la frase "fuera de los casos" utilizada por la norma italiana. Finalmente, ARGUELLO (*Ob. Cit.* p. 48) dice que la medida atípica es excepcional y por ende subsidiaria de las medidas típicas.

419 ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1ra reimpresión. 1987. p. 190-191.

420 Es este el criterio acogido en sentencia de la Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de noviembre de 1999, actuando como ponente el Magistrado Hector Grisanti Luciani, en la que se expresa "... las medidas cautelares innominadas

Pero ¿puede ser considerado el párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil una norma de clausura?⁴²¹ Si la regla de

se dictan cuando los procedimientos cautelares regulados en la Ley no son eficaces para garantizar el cumplimiento del fallo que se dicte en el proceso. En este sentido, se pronunció esta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencia N° 131 de fecha 15 de marzo de 1.994, así: 'Sin embargo, debe la Sala en esta oportunidad destacar que las instituciones jurídicas innominadas, y entre ellas las medidas cautelares de tal naturaleza, deben en lo posible limitarse o restringirse, por su atipicidad y falta de regulación legal, a los casos en que las instituciones jurídicas nominadas, previstas especial y específicamente por el ordenamiento jurídico, resulten inaplicables o sean insuficientes o ineficaces para producir los efectos deseados en un caso concreto' (RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* N° 159. p. 340).

- 421 Desde Panamá, FABREGA y ARJONA (*Ob. Cit.* p. 117) son de la opinión que la subsidiariedad puede resultar en algunos casos inconvenientes, ya que los tribunales podrían estimar que otra figura cautelar de las contempladas en la ley es más idónea que la innominada, con lo cual se afectarán desfavorablemente los intereses procesales del demandante quien es, en definitiva, quien conoce mejor las circunstancias que rodean la controversia y puede ponderar con mayor exactitud cuál es la medida más apropiada. En Venezuela, RENGEL-ROMBERG (*Ob. Cit.* p. 86-88) no es partidario de concebir a las medidas atípicas como supletorias de las típicas pues ambas tienen igual función y están ligadas por un vínculo de instrumentalidad con la providencia jurisdiccional definitiva. En todo caso deben ser complementarias. Por su parte, QUINTERO ("Medidas innominadas". En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Ed Vadell Hermanos. Enero - junio 1990. No 7-1. p. 154) afirma con acierto que más importante que exista una medida atípica que satisfaga la necesidad de aseguramiento, es que exista una medida, sea típica o atípica, que se adecue a la necesidad de la tutela. También, SANCHEZ (*Ob. Cit.* p. 87) pareciera apegarse a la tesis de la no subsidiariedad cuando expone que el objeto de las medidas cautelares genéricas es el de garantizar la acción de la justicia en aquellas situaciones en que las medidas nominadas no se adecuen a sus circunstancias, o adecuándose, no sirven al fin de evitar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de las partes. Para ORTIZ-ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 391 y 462) no es posible sostener la tesis de la subsidiariedad de las medidas innominadas con respecto a las típicas ni tampoco la pretendida definición de medidas atípicas como aquellas que proceden "cuando no sea procedente una medida nominada", ya que aceptar esta circunstancia implica aceptar la posibilidad de medidas innominadas de embargos sobre inmuebles, o secuestros con base a causales inexistentes, o sobre bienes no litigiosos. Las medidas innominadas -sigue este autor- responden a situaciones que imposibilitan la procedencia de las medidas típicas, pues estas no pueden recaer sobre conductas y además son exclusivamente patrimoniales; por lo que cuando sea procedente una medida típica es improcedente una medida innominada, y viceversa, pero no por subsidiariedad sino por razones

clausura se considere refiere a los enunciados mas no se incluye a la norma en como *medidas preventivas* lo cual implica "tarde", "asimismo", "asimismo como reglas cautelares, cuestión de medidas típicas es bienes para asegurar medidas atípicas es de las partes, las específicos.

A pesar de junio de 1999, ha no pueden tener convertirían en un para que éstas se determinante en el contrario, el que la sub judice, de medida atípica, existe una efectos en que se manera más perfecta de que conozca. P

ontológicas ya de (157) estima que naturaleza medida por ser una claridad tienen su propia respecto de las n que pueden dictar prudente arbitrio la protección de

422 ALCHOURRON,
423 *Apud.* PIERRE T

clausura se considera en teoría⁴²² una regla de segundo nivel, la cual se refiere a los enunciados del sistema (que constituyen el primer nivel) mas no se incluye a sí misma en tal referencia, debemos percatarnos que la norma en comentario comienza enunciando que "*Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas (...)*" (resaltado nuestro), lo cual implica "también", "igualmente", "a más de", "aparte de", "fuera de", "asimismo", "conjuntamente", con lo cual tal precepto se incluye asimismo como regla de primer nivel dentro del sistema de medidas cautelares, cuestión que nos luce lógica en tanto en sentido estricto las medidas típicas están dirigidas básicamente a tutelar la conservación de bienes para asegurar las resultas del proceso principal, mientras que las medidas atípicas están dirigidas a controlar eventuales conductas dañosas de las partes, las cuales no necesariamente deben afectar a bienes específicos.

A pesar de que la Sala de Casación Civil, en decisión del 16 de junio de 1999, ha llegado a sostener que "(...) las medidas innominadas no pueden tener el mismo contenido de las medidas típicas, pues se convertirían en un modo de burlar los requisitos establecidos por la ley para que éstas se acuerden (...)"⁴²³, en nuestra opinión el factor determinante en este asunto no es la subsidiariedad *per se* sino, por el contrario, el que la medida cautelar se adecue a las necesidades del caso sub iudice, de modo tal que si entre dos medidas, una típica y otra atípica, existe una aparente analogía de eficacia por la similitud de los efectos en que se traducen, el juez deberá inclinarse por aquella que de manera más perfecta se amolde a las sinuosidades de las circunstancias de que conozca. Por ello resulta atinado el comentario plasmado por el

ontológicas ya determinadas. Finalmente, DUQUE CORREDOR (*Ob. Cit.* p. 156 y 157) estima que, si bien las medidas innominadas o indeterminadas son por su naturaleza medidas preventivas que carecen de previsiones legales que las definan por ser una clara manifestación del poder cautelar general del Juez, no obstante, tienen su propia identidad y autonomía procesal al prevenir de daños a las partes, respecto de las medidas típicas que garantizan la ejecución del fallo, hasta el punto que pueden dictarse independientemente o conjuntamente con estas, conforme al prudente arbitrio del Juez, pues hay posibilidad de que la medida típica no asegure la protección de la parte afectada frente a los actos o conductas de la otra.

422 ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Ob. Cit.* p. 191.

423 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1999. N° 6. p. 391.

propio Henríquez, quien, aunque sostiene la subsidiariedad de las medidas cautelares atípicas, reconoce que

(...) la idoneidad de la medida cautelar abierta propende a evitar los excesos. ¿Que causa más daño: el embargo general del patrimonio de una empresa que paraliza su giro ordinario o el nombramiento de un Administrador Judicial Supervisado? Evidentemente que el embargo produce perjuicios más severos, y no obstante es la medida típica; de donde se colige que el carácter innominado de una medida no la hace más ruïnosa o inmoderada ⁴²⁴.

En tal sentido, la extinta Corte Suprema de Justicia, actuando como Corte en Pleno, mediante sentencia de 15 de febrero de 1995, caso "República de Venezuela contra Carlos Andrés Pérez Rodríguez y otros", explana su posición sobre la subsidiariedad en los siguientes términos:

al intérprete se le ha planteado el problema de si existe necesaria prelación entre las medidas nominales y las innominadas en el sentido de que, si al plantarse para un determinado supuesto la posibilidad de aplicación de una cautela típica, ello excluye la innominada. Dicho en otra forma: ¿Puede el juez acordar una medida cautelar innominada para un caso específico, cuando la protección cautelar podría ser cumplida mediante una de las medidas taxativamente señaladas en la norma del artículo 588 ejusdem?

Aparentemente, la respuesta a favor de la residualidad de las medidas innominadas frente a las típicas pareciera aceptable; sin embargo, el juez no es un autómatas que decide para casos previamente codificados, en relación a los cuales, exista una fórmula única para su decisión; sino que, su amplio poder de apreciación que, en el caso de las medidas innominadas está expresamente consagrado, le permite establecer en cada uno de los supuestos en que le corresponda actuar, si la cautela solicitada por la parte se ubica dentro de las tradicionalmente establecidas, o si, lo conveniente es fijar modalidades que atiendan mejor al fin perseguido por la función que ejerce. Así, por ejemplo, si tal petición careciere de todos los requisitos exigidos para que pueda ser acordada, el uso de la potestad de dictar cautelas innominadas podrá suplir tal falta; o bien, si el alcance de lo pedido excediera a su juicio del que busca la propia figura típica, tal hecho podría igualmente obviarse a través de su sano criterio.

424 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 330.

La anterior afirmación ha dado a las medidas 588, por cuanto, o prohibiciones determinados a la posibilidad de por objeto hace frase, se amplía ámbito de las de a otras medidas partidarios de la o nominadas y la sobre los bienes agotan en pronunciamiento jurisdiccional. "Acogido el criterio innominadas, este 55 de la Ley Orgánica concordancia con el Procedimiento de carácter residual partes, con las medidas declara".

4. El problema de la

Asunto ligado a la prohibición de sustitución típica que por falta

425 Vinculado al presente medidas cautelares legales, diversas a para fines específicos. Aparte de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, concluye que, por objeto de una medida cuando se tema su hipótesis similar, por informe, prevista en atípicas del parágrafo un informe con efecto

La anterior afirmación se refuerza con el alcance que el legislador le ha dado a las medidas innominadas en el párrafo primero del artículo 588, por cuanto, si bien, las enuncia inicialmente como autorizaciones o prohibiciones que el juez puede acordar a la ejecución de determinados actos; sin embargo, de inmediato señala en forma amplia, la posibilidad del juzgador de 'adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión'. Con esta última frase, se amplía la facultad acordada, por cuanto excede del simple ámbito de las declaraciones autorizatorias o prohibitivas, para referirse a otras medidas concretas. Se destruye así, la diferencia que los partidarios de la residualidad han establecido entre las medidas típicas o nominadas y las innominadas, al considerar que las primeras, recaen sobre los bienes de la contraparte, en cuanto que las segundas, se agotan en pronunciamientos que han de ser dictados por el órgano jurisdiccional.

"Acogido el criterio amplio respecto a las medidas cautelares innominadas, esta Corte estima que, en base a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en concordancia con el Párrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil; las medidas cautelares innominadas no tienen carácter residual de las típicas, y pueden versar sobre los bienes de las partes, con las modalidades específicas que el Juez establezca y así se declara".

4. El problema de la sustitución por interpretación extensiva

Asunto ligado a aquel de la subsidiariedad es el vinculado a la prohibición de sustituir mediante una medida innominada aquella medida típica que por falta de un requisito no puede ser concedida.⁴²⁵

425 Vinculado al presente punto podemos plantear la hipótesis de que, mediante las medidas cautelares atípicas, se pretenda violentar la regulación específica de figuras legales, diversas a las medidas preventivas, figuras estas que han sido consagradas para fines específicos ajenos a los que derivan de la función estrictamente cautelar. Aparte de lo decidido en la sentencia N° 750 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de noviembre de 1996 (conforme a la cual se concluye que, por estar expresamente previsto el retardo perjudicial, no puede ser objeto de una medida cautelar innominada la evacuación de un medio probatorio cuando se tema su desaparición), nos permitimos mencionar lo que, sobre una hipótesis similar, planteamos en un trabajo precedente dedicado a la prueba por informe, prevista en el art. 433 del CPC: "¿Se puede, por vía de las medidas cautelares atípicas del párrafo primero del Art. 588 del CPC, imponer la carga de presentar un informe con efectos probatorios? Si lo cautelar está al servicio de un proceso,

El maestro uruguayo Barrios de Ángelis⁴²⁶ aporta las hipótesis en que es posible ejercer el poder cautelar general: i) Aplicación de una medida típica a circunstancias distintas a las previstas⁴²⁷; ii) Aplicación de una medida distinta a las circunstancias previstas; o iii) Aplicación de una medida distinta a circunstancias distintas. También nos enseña el maestro uruguayo que la sustitución de una medida gravosa por otra menos gravosa sólo requiere la prueba de la mayor adecuación, la que puede resultar de su mayor eficacia o menor daño.⁴²⁸

Un ejemplo de una providencia típica aplicada a circunstancias distintas de las previstas y, a la vez, de una medida distinta aplicada a circunstancias previstas, es el caso planteado por Henríquez la Roche⁴²⁹ de una medida de prohibición de enajenar y gravar que, con fundamento en el párrafo primero del art. 588 del Código Procesal Civil, se decreta con finalidad eminentemente conservativa de la cualidad del litigante a los fines de la sentencia, en juicios reivindicatorios y otros, habida cuenta que dicha medida, al no desposeer la cosa, produce efectos menos

actividad, acto o diligencia ulterior, para asegurar su eficacia, no podemos, mediante esta clase de medidas cautelares de naturaleza discrecional, trasladar al proceso los hechos a través de los cuales se posibilite verificar las afirmaciones de las partes, pues como resultado tendremos una prueba obtenida indebidamente.

"La función de las medidas cautelares en lo que toca a la prueba por informe, estriba en garantizar la eficacia probatoria del informe al asumir un contenido conservativo y hasta inhibitorio, para la fijación de la situación de hecho de la fuente del informe respecto de un eventual cambio" (URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto. "La prueba por informe en sentido propio en el Derecho Procesal Civil venezolano". En: CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo (Dir.) *Revista de Derecho Probatorio*. Caracas. Ed. Alva. 1996. No. 7. p. 217).

426 BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. "Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares". En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Dir: Sagunto F. Pérez Fontana y otros. Montevideo - Uruguay. Enero - marzo 1962. p. 28.

427 LAZZARI, Eduardo de. *Medidas cautelares*. La Plata. Librería Editora Platense. 2da ed. 1995. Tomo I. p. 575. Este autor comparte el criterio según el cual el art. 232 del Código procesal argentino puede servir de fundamento para el dictado de cualquier medida típica cuando no coincidiendo la plataforma fáctica con la descripción de las normas pertinentes, igualmente hay verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y se otorga suficiente contracautela.

428 *Ibidem*. p. 30.

429 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p.116-117.

perjudiciales para el o
de la cosa del ord. 2º
a tal hipótesis represe
588, *caput*) aplicada a
fin asegurar el result
fines conservativos); t
previstas, pues ya he
sido el secuestro de l

Otro ejemplo po
a un caso distinto, serí
de restitución de la co
por el comodante que
in mora específico e
inminente daño, y no
causales específicas,
el propietario de la
persona, ello no obs
juez tutele los derec
tomando como mode
art. 599. En tal hipóte
taxativamente en la r
además constituye un
del art. 1731 del Cód

Nuestra e
por ejemplo, cuando
aplicar una medida tí
Las sentencias de la
1993⁴³⁰ y del 16 de

430 RAMIREZ Y GARAY
juicio de la Sala, la
contenido y alcan
Procedimiento Civil,
de providencias cau
causales establecida
por negativa de apl
(...)

perjudiciales para el demandado que los que se derivarían del secuestro de la cosa del ord. 2° del art. 599. La aplicación de la mencionada medida a tal hipótesis representa una providencia típica (se especifica en el art. 588, *caput*) aplicada a circunstancias distintas de las previstas (siendo su fin asegurar el resultado práctico de la ejecución forzosa se dicta con fines conservativos); también una medida distinta aplicada a circunstancias previstas, pues ya hemos mencionado que la medida aplicable hubiera sido el secuestro de la cosa.

Otro ejemplo pero ahora de la aplicación de una providencia distinta a un caso distinto, sería aquel en el cual se solicite una medida anticipatoria de restitución de la cosa entregada en comodato a tiempo indeterminado por el comodante que a la vez es su propietario. Demostrado el *periculum in mora* específico del párrafo primero del art. 588, vale decir, el inminente daño, y no siendo aplicable el secuestro por tener establecidas causales específicas, a pesar de que en los numerales 5° y 7° del art. 599 el propietario de la cosa tiene el derecho a exigir su depósito en su persona, ello no obsta a que por vía del poder cautelar discrecional el juez tutele los derechos del comodante que a la vez es propietario, tomando como modelo la *ratio iuris* de los numerales mencionados del art. 599. En tal hipótesis el caso es distinto porque no es de los previstos taxativamente en la norma del art. 599 para que proceda el secuestro, y además constituye una medida distinta al secuestro por ser la aplicación del art. 1731 del Código Civil en sede cautelar-anticipatoria.

Nuestra extinta Corte Suprema de Justicia ha tenido reservas, por ejemplo, cuando por vía del poder cautelar general se ha querido aplicar una medida típica con causales específicas a una situación distinta. Las sentencias de la Sala de Casación Civil de fecha 20 de octubre de 1993⁴³⁰ y del 16 de junio de 1999⁴³¹, así como de la Sala Político

430 RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1993. Tomo CXXVII. p. 424. Este fallo establece: "A juicio de la Sala, la recurrida infringe, por error de interpretación acerca de su contenido y alcance, el Parágrafo Primero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, porque extendió las facultades del Juez en cuanto a la adopción de providencias cautelares innominadas, a la medida de secuestro y limitada a las causales establecidas en el artículo 599 ejusdem, que infringió también la recurrida por negativa de aplicación.
(...)"

Administrativa del 22 de febrero de 1995⁴³² son muestra de dicha tendencia.

"De aceptarse el criterio de la recurrida, el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil se convertiría en una indicación meramente enunciativa - no taxativa- de algunos casos en los cuales pudiera decretarse la medida de secuestro. Pero el espíritu del legislador ha sido determinar taxativamente las causales en las cuales el Juez puede decretar la medida de secuestro. En tal disposición - de carácter excepcional porque constituye una limitación al derecho de propiedad consagrado en la constitución- se enumeran los casos específicos que deben presentarse para que un Tribunal pueda decretar la medida de secuestro.

"De manera que no puede un Juez, con apoyo en el Parágrafo Primero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, extender la previsión del legislador en cuanto a la procedencia de las medidas preventivas nominadas, a otros casos o situaciones no previstas por la misma norma. La disposición en estudio faculta al tribunal para acordar providencias cautelares que considere adecuadas mediante la autorización o prohibición de ejecución de determinados actos o mediante las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. Pero se deriva de la primera parte de dicho parágrafo, que las providencias cautelares innominadas son distintas de las medidas preventivas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar y además deberán decretarse con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, que las limita al caso de que 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".

431 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1999. N° 6. p. 389-396.

432 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1995. N° 2. p. 270. Tal decisión fue del tenor siguiente:

"Ahora bien, el sentido de esta disposición que contempla una medida cautelar tan concreta, no podría ser desvirtuado por la discrecionalidad del Juez mediante el ejercicio del poder innominado. Admitir lo contrario equivaldría a aceptar, por ejemplo, que el Tribunal puede decretar una medida de secuestro de bienes indeterminados, siendo el secuestro una medida que, a tenor del ordinal 2° del artículo 588 (SIC) del Código de Procedimiento civil, recae sobre bienes determinados; o que el Juez ordene el embargo de bienes inmuebles por la vía descrita, cuando esta medida, en forma expresa, ha sido reservada para bienes muebles.

"En atención a ello debe señalarse, que el poder cautelar innominado previsto en el parágrafo único del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil no es absoluto, ya que el contenido y alcance de las medidas cautelares nominadas o taxativas, constituyen un límite que habrá de tomarse en cuenta para su ejercicio".

Henríquez L
No puede lim
los casos tipi
reglamentada
analógicamen
legalidad y no
juez, en uso
distintos el ta
interprete ext
referencia par

El mismo au
judicial de la exclus
con denominación
del 20 de octubre
parágrafo primero
restrictivo de las r
Justicia del 27 de j
de la medida ind
tenga base legal e
entendiéramos la f
enumeradas..." e
típicas esta desaut
genérica y con
innominadas.⁴³⁵

433 HENRIQUEZ LA
434 HENRIQUEZ LA
de Estudios Jurí
435 ORTIZ-ORTIZ (C
derecho procesa
Caracas. Ed. Livi
ROCHE, en el se
atípicas, causale
599, pues, en ca
Sin embargo, no
jurista zuliano
demuestra que e
un sistema. Así,
encuentran en e

32 son muestra de dicha

99 del Código de Procedimiento
e enunciativa - no taxativa- de
medida de secuestro. Pero el
ente las causales en las cuales el
n tal disposición - de carácter
recho de propiedad consagrado
os que deben presentarse para
sestro.

l Parágrafo Primero del Artículo
la previsión del legislador en
as nominadas, a otros casos o
disposición en estudio faculta al
nsidere adecuadas mediante la
minados actos o mediante las
ontinuidad de la lesión. Pero se
ue las providencias cautelares
tivas de embargo, secuestro y
decretarse con estricta sujeción
as limita al caso de que exista
ón del fallo y siempre que se
ción grave de esta circunstancia

389-396.

270. Tal decisión fue del tenor

emplaza una medida cautelar tan
onalidad del Juez mediante el
rio equivaldría a aceptar, por
medida de secuestro de bienes
ue, a tenor del ordinal 2º del
to civil, recae sobre bienes
e bienes inmuebles por la vía
ha sido reservada para bienes

utelar innominado previsto en
edimiento Civil no es absoluto,
telares nominadas o taxativas,
nta para su ejercicio".

Henríquez La Roche⁴³³, nos dice:

No puede limitarse el poder discrecional del juez en sede cautelar a los casos tipificados por el legislador como medidas preventivas reglamentadas, porque la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente los casos previstos por la ley, se fundamenta en la legalidad y no en la legitimidad (razón de equidad). De modo que el juez, en uso del poder discrecional cautelar, puede adoptar a casos distintos el *tatbestand* de una medida preventiva, mas no porque la interprete extensivamente, sino porque la utiliza como modelo o referencia para la solución del caso concreto.

El mismo autor posteriormente ha expresado⁴³⁴, en crítica a la tesis judicial de la exclusión del decreto de secuestros mimetizados o disfrazados con denominaciones distintas (sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1993), que la potestad cautelar amplia que otorga el parágrafo primero en estudio reduce y anula el denominado carácter restrictivo de las medidas cautelares (Sentencia de la Corte suprema de Justicia del 27 de junio de 1985), y por otra parte, la falta de subsunción de la medida indeterminada a la causal de secuestro, no impide que tenga base legal en el poder cautelar general, pues, de lo contrario, si *entendiéramos la frase "además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas..."*, en el sentido de que lo que no encaje en las medidas típicas esta desautorizado, eliminaríamos de un todo la potestad cautelar genérica y con ello la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas.⁴³⁵

433 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 48.

434 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 332-333.

435 ORTIZ-ORTIZ ("Las medidas cautelares innominadas y su función en el futuro del derecho procesal". En: *Revista venezolana de estudios de derecho procesal*. Invedepro. Caracas. Ed. Livrosca. 2000. No 3. p. 63) ha criticado la posición de HENRÍQUEZ LA ROCHE, en el sentido que no considera que se puedan crear, por vía de las cautelares atípicas, causales de secuestro fuera de las taxativamente establecidas en el art. 599, pues, en caso afirmativo, se anularía el sistema creado por el código adjetivo. Sin embargo, no consideramos que la interpretación que de la ley hace el reconocido jurista zuliano conduzca a consecuencias ilógicas o inicuas. Por el contrario, demuestra que el Derecho es algo ordenado y que sus diferentes partes constituyen un sistema. Así, resulta una verdad meridiana que los supuestos de hecho que se encuentran en el límite cercano a los objetos de regulación de las medidas cautelares

Las rígidas interpretaciones de nuestro máximo tribunal no encuentran asidero en un sistema cautelar mixto como el venezolano. Interpretar extensivamente o integrativamente implica ampliar el alcance de una norma, formulando la parte no expresada pero implícita de la misma norma. El juez que decreta una medida innominada no realiza una interpretación con resultado extensivo respecto de las medidas típicas, pues no aplica la norma que prevé estas sino aquella que consagra el poder cautelar general para que, por virtud de la discrecionalidad que se le concede, adopte las providencias más adecuadas a los hechos y al derecho.⁴³⁶

5. El problema de la calificación como derecho subjetivo de la situación jurídica deducida

Según Andrioli y Arieta⁴³⁷, en el sistema procesal italiano no son tutelables mediante providencias cautelares atípicas los intereses de hecho, los intereses legítimos y las obligaciones naturales, insusceptibles de tutela jurisdiccional por no estar protegidas por la norma jurídica, contrariamente al derecho subjetivo, que es una pretensión fundamentada en una norma jurídica previa⁴³⁸.

típicas, no necesariamente pueden ser satisfechos en su necesidad de garantía por la reglamentación legal taxativa prevista para las mismas. Sostener una posición en contrario implica, en hipótesis, una denegación de justicia para el justiciable, no fundamentada en alguna norma legal.

436 En Argentina, Lino Enrique PALACIO (*Ob. Cit.* 1989. Tomo XIII. p. 82-83) admite que a pesar del prevalente carácter residual que le reconoce Carlos COLOMBO al art. 232 del Código Procesal argentino (el cual establece en el país austral la potestad cautelar genérica), entiende que las valoraciones de seguridad y poder que le acuerdan sentido lo llevan a compartir el criterio de Alfredo DI IORIO cuando señala que dicha norma habilita no sólo a adoptar una medida absolutamente diferente a las reguladas en el Código, sino también a admitir una flexibilidad en el otorgamiento de las típicas mediante su adaptación a las particulares situaciones de hecho que se tienen en mira y en la combinación de dos o más medidas.

437 *Apud.* CARPI, Federico y otros. p. 1026.

438 MANDRIOLI (*Ob. Cit.* Tomo III. p. 318-319) informa que en Italia se tiende a negar que las medidas innominadas puedan ser empleadas en función de la tutela de los derechos que tengan por objeto bienes fungibles (pues se observa que el género no perece), o en función de la fructuosidad de la ejecución (no de la condena), o para asegurar los efectos de una tutela en vía no ordinaria o la tutela de una situación que presupone un pronunciamiento de inconstitucionalidad, o, peor aún, para paralizar o anular los efectos de una providencia jurisdiccional.

En nuestra
de la instrumenta
proceso principal
acción no puede
si el derecho objet
vale decir, ésta no
hay acción proce
acción y por ende
excluidos de la a
doctrina meras ex
así como las oblig
subjetivo de cré
Debemos admitir
condena, constitu
jurisdicción volun
objeto la tutela de
ejercida en sede
legales, no afecte
o las buenas cost

439 LACERDA (*Ob.*
constitutivas (a
derecho potes
favorezcan), y
actos jurídicos
pertinente, ate
existen meras
principal impie
440 En Venezuela,
de medidas ca
declarativa. Un
sociedad mere
podrá acordar
ejemplo del se
reconocimient
la persona qu
tales actos, co
duda la potest
no adquirir par
no es propietaria

En nuestra opinión el punto se debe dilucidar en torno al concepto de la instrumentalidad de la providencia cautelar atípica con relación al proceso principal. En Venezuela, por regla general, si no se ha ejercido la acción no puede hacerse petición de la tutela cautelar indeterminada, y si el derecho objetivo no le reconoce protección al interés de una persona, vale decir, ésta no es titular de un derecho subjetivo, en consecuencia no hay acción procesal. Por lo tanto, si no hay derecho subjetivo, no hay acción y por ende no puede haber tutela cautelar. Por ello, deben quedar excluidos de la aplicación de las medidas atípicas las denominadas en doctrina meras expectativas de derecho⁴³⁹, intereses de hecho y legítimos, así como las obligaciones naturales, en las cuales si bien existe un derecho subjetivo de crédito, el mismo no puede ser exigido ante tribunales. Debemos admitir además su procedencia sólo respecto de acciones de condena, constitutivas y merodeclaratorias⁴⁴⁰, así como en casos de jurisdicción voluntaria "contradictorias" o contradictorios, que tengan por objeto la tutela de cualquier derecho subjetivo, siempre que la pretensión ejercida en sede cautelar resulte razonable, cumpla con los extremos legales, no afecte a terceros al proceso y no colida con el orden público o las buenas costumbres.

439 LACERDA (*Ob. Cit.* p. 90-91) admite la tutela atípica en las hipótesis de las acciones constitutivas (aunque no hay todavía un poder directo sobre el bien, existe un derecho potestativo al reconocimiento judicial, a partir de los hechos que le favorezcan), y de los derechos condicionales y las modalidades, en general, de los actos jurídicos (pues siempre que haya acción, podrá la parte hacer valer la cautela pertinente, atendiendo a los requisitos de ésta); pero no la admite cuando solo existen meras expectativas de derecho, ya que la imposibilidad de una acción principal impide el uso de la cautela.

440 En Venezuela, Mario PESCI - FELTRI (*Ob. Cit.* p. 166) acoge la tesis de la procedencia de medidas cautelares atípicas cuando la acción intentada sea constitutiva o mero declarativa. Un ejemplo del primer caso sería en una solicitud de disolución de una sociedad mercantil o civil que se logra mediante una acción constitutiva, el juez podrá acordar la designación de un administrador o liquidador provisional. Un ejemplo del segundo caso es el de aquella acción mero declarativa que pretende el reconocimiento de un determinado derecho de propiedad, el juez podrá prohibir a la persona que públicamente desconoce tal derecho a que continúe efectuando tales actos, como cuando el demandado en la acción mero declarativa, ponga en duda la potestad del actor mediante avisos en la prensa aconsejando al público de no adquirir parcelas en una urbanización determinada so pretexto de que el vendedor no es propietario del bien parcelado.

6. El problema de la instrumentalidad en orden a la sentencia de mérito

La doctrina brasileña en general se ha adherido al planteamiento según el cual no puede el juez conceder de manera provisoria una tutela más amplia que aquella que la parte pudiera hipotéticamente obtener en el proceso definitivo de conocimiento.⁴⁴¹ Según tal principio, la instrumentalidad hipotética no permite obtener, por ejemplo, una providencia cautelar anticipatoria de condena, si en vía principal la demanda tiende a satisfacer una sentencia mero declarativa⁴⁴²; o cuando se pretende asegurar un derecho de crédito mediante un secuestro preventivo; o cuando se precave un derecho del actor no postulado en su pretension (inidoneidad de la cautela), verbigracia, si se pide la resolución de un contrato de servicios, no se puede pretender intervenir o auditar la administración de la demandada que ha incumplido el contrato.⁴⁴³

Asimismo, un sector de la doctrina española (Carreras y otros), el cual es seguido en Venezuela por Ortiz⁴⁴⁴ así como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 1 de febrero de 2000, asevera que, como toda medida cautelar está íntimamente preordenada a la ejecución, debe existir una homogeneidad entre el contenido de la medida cautelar decretada y la relación sustancial debatida en el proceso principal, para que aquella pueda ejecutarse sobre el contenido de éste; pero tal relación no puede comportar una identidad pues estaríamos en presencia de una ejecución anticipada de la sentencia que podría hacer inejecutable la decisión definitiva en caso de que sea adversa a quien salió favorecido con la medida cautelar de que se trate.⁴⁴⁵

441 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 87; SANCHES, Sydney. *Ob. Cit.* p. 90; GRECO FILHO, Vicente. *Ob. Cit.* p. 89.

442 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ob. Cit.* p. 332.

443 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 334.

444 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 476.

445 En similar sentido, la sentencia de Sala de Casación Civil del 8 de julio de 1997, con ponencia del Magistrado Alirio Abreu Burelli, según la cual: "... En ningún caso el Juez está facultado para decretar medidas cautelares típicas o innominadas cuyo objeto sea dar satisfacción a la pretensión alegada por el actor en su solicitud, pues en este caso ya no se trataría de una medida cautelar, sino de una medida que satisface totalmente lo pretendido y que como en el caso de autos, sustituiría una decisión que compete a la Asamblea, como órgano de la sociedad y que al tocar al

Ahora B
anticipar la e
acreedor, ni d
posibilidad de
que si bien la
que correspo
de la hipoteca
de extrema g
satisfactiva de
condicional y
Calderón va
identidad de
Esta autora co
efectividad" d
de una medic
en parte a la e
con el fin de e
estará dentro
siempre y cu
presupuestos

mérito del
"... Por est
intervenci
decisión ca
por irregul
órgano en
administra
Tal criterio
Administra
Federación
innomina
al quejoso
resolviend
vale decir,
lo que cor
litis (Apud
446 GRECO FI
447 LACERDA
448 CALDERÓ

la sentencia de mérito

rido al planteamiento
a provisoria una tutela
éticamente obtener en
gún tal principio, la
er, por ejemplo, una
si en vía principal la
eclarativa⁴⁴²; o cuando
mediante un secuestro
actor no postulado en
igracia, si se pide la
e pretender intervenir
ue ha incumplido el

(Carreras y otros), el
o la Corte Primera de
de febrero de 2000,
namente preordenada
tre el contenido de la
lebatida en el proceso
el contenido de éste;
d pues estaríamos en
ncia que podría hacer
sea adversa a quien
trate.⁴⁴⁵

Cit. p. 90; GRECO FILHO,

334.

medidas innominadas en el
1997. p. 476.

del 8 de julio de 1997, con
al: "... En ningún caso el
icas o innominadas cuyo
actor en su solicitud, pues
sino de una medida que
o de autos, sustituiría una
sociedad y que al tocar al

Ahora bien, a pesar de que Greco Filho nos dice que no se puede anticipar la ejecución para ganar tiempo en la satisfacción del posible acreedor, ni debe el juez pretender sustituir por la providencia cautelar la posibilidad de un proceso de conocimiento o ejecutivo⁴⁴⁶, Lacerda sostiene que si bien la medida cautelar no puede crear una situación de hecho que corresponda al derecho del solicitante (entrega de la cosa, extinción de la hipoteca, desocupación del inmueble), eventualmente, en situaciones de extrema gravedad, se puede producir la anticipación provisoria y satisfactiva de la prestación jurisdiccional, la cual no pierde el carácter condicional y provisorio, ni significa un prejuzgamiento definitivo.⁴⁴⁷ Calderón va más allá y critica la tesis de la homogeneidad pero no identidad de las medidas cautelares respecto de la ejecución forzosa. Esta autora considera que al hablar el legislador español de "asegurar la efectividad" de la sentencia, dicha efectividad puede garantizarse a través de una medida no simplemente parecida sino incluso idéntica en todo o en parte a la ejecutiva, para modificar e incluso innovar el mundo exterior con el fin de que la resolución despliegue toda su eficacia, con lo cual se estará dentro del cumplimiento estricto de la función encomendada, siempre y cuando se respeten a todo evento la concurrencia de los presupuestos y características exigidos por la Ley⁴⁴⁸.

mérito del asunto, impediría al juez de la causa un pronunciamiento sobre el fondo..."
"... Por esta razón es que el Juez de comercio tiene limitadas sus atribuciones de intervención dentro de las sociedades, y en ningún caso puede, mediante una decisión cautelar ni aún definitiva, en un procedimiento de nulidad de asamblea o por irregularidades en la administración suplir las funciones de la asamblea, como órgano encargado de discutir, aprobar o modificar el balance que presenten los administradores y de removerlos y designarlos entre otras..."

Tal criterio también ha sido acogido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 3 de diciembre de 1999 (caso K. S. Gudiño contra Federación Venezolana de Canotaje), según la cual al acordar la medida cautelar innominada solicitada, ordenando a la Federación Venezolana de Canotaje expedir al quejoso en amparo ficha deportiva como atleta del Estado Miranda, se estaría resolviendo la materia que constituye el fondo de la cuestión principal planteada, vale decir, su presunta pertenencia a la Asociación de Canotaje del Estado Miranda, lo que constituiría un adelantamiento indebido de la sentencia definitiva *in limine litis* (Apud. RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.*, N° 160. p. 151).

446 GRECO FILHO, Vicente. *Ob. Cit.* p. 89.

447 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 87.

448 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 61 y 71.

En conclusión, si finalidad inherente a toda función cautelar es asegurar la efectividad del contenido sentencial, como parte integrante que es de la tutela judicial efectiva del art. 26 de la Constitución venezolana, conduce a consecuencias ilógicas o inicuas limitar los efectos cautelares a una, valga la extrapolación, *capitis diminutio* frente a la probable decisión sobre el fondo, ya que por su propia naturaleza la amenaza de eventos dañosos en muchas ocasiones resulta más inminente y peligrosa durante el propio proceso, situación está que debe controlar la función cautelar, tanto es así que actualmente resulta permisible, a nivel del derecho comparado, utilizar la técnica de la anticipación a fin de evitar la consumación del daño.

7. El problema de los poderes públicos, del abuso de poder y de la usurpación de funciones en sede cautelar

Rondón⁴⁴⁹ se hace la interrogante sobre si a través de una cautelar atípica puede el juez obligar a un órgano público a abstenerse de ejercer o a proceder al ejercicio de una función pública propiamente dicha. En su opinión el Juez no puede ordenar a la Administración o demás poderes públicos en general que dicten una norma o que la deroguen, mas si puede inaplicarla a los recurrentes, incluso cuando sean numerosos, no así cuando se trata de una disposición general que ordene la adopción de una norma de conducta aplicable a toda la comunidad, pues en tal caso se estará penetrando en la noción de función y lesionándose los intereses que corresponden a los restantes miembros de la sociedad. Por su parte, nuestra Sala de Casación Civil en la sentencia del 19 de julio de 1995⁴⁵⁰ ha diferenciado la usurpación de funciones no conferidas por la ley del abuso de poder por incompetencia, ratificando sentencias del año 1989 y de enero de 1995:

Hay usurpación de funciones cuando un órgano en ejercicio de una rama del Poder Público realiza funciones que le corresponden a otro órgano distinto en ejercicio de otra rama del Poder Público. Existe abuso de poder, por incompetencia, cuando un órgano del Poder Judicial se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones o realiza

449 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 329.

450 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1995. N° 7. p. 108.

actuación
atribución
Judicial.

La misma
incompetencia
derechos sub
derechos labo

Otra se
1995, asimiló
un Tribunal d
ejecución de u
de Primera Ins
de los derech
debido proce
una sentencia
conforme a la
invade los lír
también, entr
manifestar in
del territorio

En Bra
Filho⁴⁵⁴ adm
violar la cosa
permite la su
u otro provei
que impide al
la garantía de
Enrico Reder
intentado y e
contra las co
las partes mis

451 *Ibidem.* p.
452 *Apud.* PIE
453 THEODO
454 GRECO F

actuaciones para las cuales no está autorizado, pero sin invadir atribuciones conferidas a otros órganos distintos de la rama del Poder Judicial.

La misma sentencia encara como un caso de abuso de poder por incompetencia la lesión flagrante mediante una medida innominada de derechos subjetivos de carácter constitucional como, por ejemplo, los derechos laborales.⁴⁵¹

Otra sentencia de la Sala de Casación Civil, la del 30 de marzo de 1995, asimiló, en cambio, a la usurpación de funciones, el caso en que un Tribunal de Primera Instancia, por vía del poder cautelar, prohibió la ejecución de una medida cautelar dictada por un Tribunal distinto también de Primera Instancia, anulando la efectividad de las mismas, en detrimento de los derechos constitucionales referentes al derecho a la defensa y al debido proceso. El fundamento de tal decisión lo podemos encontrar en una sentencia de la Sala de Casación Penal del 23 de febrero de 1999⁴⁵² conforme a la cual "(...) hay usurpación de funciones, no sólo cuando se invade los límites de los demás poderes (Legislativo y Ejecutivo), sino también, entre autoridades de la misma naturaleza, lo cual se puede manifestar invadiendo funciones en razón de la materia, de la cuantía, del territorio o, simplemente, de jerarquía".

En Brasil, por otra parte, tanto Theodoro Junior⁴⁵³ como Greco Filho⁴⁵⁴ admiten expresamente que las medidas innominadas no pueden violar la cosa juzgada. El primero de los nombrados aclara que no se permite la suspensión de la eficacia o la ejecutoriedad de una sentencia u otro proveimiento judicial de mérito pues ello violentaría el principio que impide al juez decidir nuevamente cuestiones ya decididas y ofendería la garantía de intangibilidad de la cosa juzgada. Por otra parte, en Italia Enrico Redenti ha advertido, que "en ocasiones, en la práctica, se ha intentado y en ocasiones también obtenido la aplicación del art. 700 contra las consecuencias, respecto de los terceros (o hasta respecto de las partes mismas), de providencias judiciales ejecutivas o constitutivas,

451 *Ibidem*. p. 104.

452 *Apud*. PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1999. N° 2. p. 57.

453 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. Cit.* p. 109.

454 GRECO FILHO, Vicente. *Ob. Cit.* p. 89.

pero nos parecen casos sumamente discutibles, cuando no sean abiertamente aberrantes (...)»⁴⁵⁵.

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en sentencia del 27 de abril de 1993⁴⁵⁶:

se observa que si bien la norma citada permite se autorice o prohíba la ejecución de determinados "actos", esta autorización o prohibición se contrae a actos de las partes cuando exista temor de que una de ellas pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, pero nunca puede extenderse tal aplicación a suspender o prohibir la ejecución de una decisión judicial firme, pues ésta sólo es suspendible por motivos que, expresa y directamente, prevea la ley. En efecto, la ejecución de una decisión judicial firme - que es lo pedido- no puede suspenderse sino por los motivos que establezca la Ley (v.g. acuerdo de las partes; tercerías; amparo constitucional; supuestos contemplados en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, etc.), más no por la vía de una medida cautelar, que no esté expresamente establecida en una disposición legal.

La violación del principio de intangibilidad de la cosa juzgada mediante una medida atípica la calificamos, entonces, como un abuso de poder por incompetencia según los conceptos explanados.

Podemos concluir afirmando, que las instituciones del abuso de poder por incompetencia y la usurpación de funciones constituyen dos fuentes de limitación a la discrecionalidad del juez en materia cautelar.

8. La remisión a principios del derecho

Theodoro Junior afirma que la mayor limitación al arbitrio del juez, en materia de poder cautelar, se localiza en el requisito de la necesidad, pues solo la medida realmente necesaria, dentro de los objetivos propios de la tutela cautelar, es la que debe ser deferida.⁴⁵⁷ A su vez, Lacerda nos habla de la prudencia como límite a la discrecionalidad del juez, pues este debe ponderar con equilibrio, las exigencias contrastantes de las

455 REDENTI, Enrico. *Ob. Cit.* Tomo II. p. 284.

456 RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1993. Tomo CXXV. p. 579.

457 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. Cit.* p. 108.

partes con e
las provider
Jueces debe
estrictament
del Código
se justifica e
del crédito
voluntariam
venta en su
de las sente

Siend
respecto de
y/o de mer
restricción
pretensión?
proporciona
intervención
ir mas allá
un interés
elegir el 'm
unidos a ell
los fines jus

Conf
alemán⁴⁶¹,
cabo una p
campo de p
los interese
intervención
que no pue

458 LACERDA

459 DUQUE

460 LARENZ
Madrid.

461 *Ibidem.*

462 La Sala
sobre el

2003, en

partes con el interés de la administración de justicia, siempre incito en las providencias cautelares.⁴⁵⁸ A manera de ejemplo, en Venezuela los Jueces deben limitar las medidas preventivas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio (art. 586 del Código de Procedimiento Civil). Opina la doctrina que tal limitación se justifica en las acciones patrimoniales de condena porque la satisfacción del crédito del demandante, en el supuesto de que se negare a cumplir voluntariamente con la sentencia el demandado, se obtiene mediante la venta en subasta de tales bienes dentro del procedimiento de ejecución de las sentencias definitivamente firmes.⁴⁵⁹

Siendo que consideramos las medidas atípicas procedentes no solo respecto de pretensiones de condena sino también en aquellas constitutivas y/o de mero accertamiento, ¿podemos sostener que la aplicación de la restricción esbozada se extiende también a estos últimos tipos de pretensión? El principio inmerso en el precepto mencionado es el de la proporcionalidad, el cual, según asienta Karl Larenz, implica que "(...) la intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección de otro bien o de un interés de mayor peso, que entre los varios medios posibles hay que elegir el 'mas moderado', que el medio empleado y los inconvenientes unidos a ello para el interesado no pueden ser excesivos en relación con los fines justificados a que se aspira."⁴⁶⁰

Conforme a los criterios del Tribunal Constitucional Federal alemán⁴⁶¹, el principio de proporcionalidad tiene por finalidad llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, esto es, del campo de protección de los derechos fundamentales, por un lado, y de los intereses dignos de defensa, por el otro, ya que "los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular" (BVerfGE, 17, 314).⁴⁶²

458 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 89.

459 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 183.

460 LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica. Tr. Luis Díez-Picazo. Madrid. Ed. Civitas. Reimpresión. 1993. p. 144.

461 *Ibidem.* p. 144-145.

462 La Sala de Casación Penal del máximo tribunal venezolano se ha pronunciado sobre el principio de proporcionalidad en la sentencia N° 070 del 26 de febrero de 2003, en los siguientes términos: "En la Constitución de la República Bolivariana de

En consideración, entonces, a estar sustentada en la vigencia del principio general de proporcionalidad como "prohibición de la excesividad", podemos sostener que la limitación a los bienes necesarios impuesta a las medidas cautelares por imperio del art. 586 del Código de Procedimiento Civil, resulta aplicable en el supuesto de las medidas innominadas, no solo a las pretensiones de condena, sino también *mutatis mutandis* a los procesos con eventuales sentencias constitutivas y de declaración de simple o de mera certeza. Por otra parte, según el art. 587 *eiusdem*, toda medida cautelar debe ejecutarse sobre bienes que sean propiedad de aquel contra quien se libra, pues cuando la medida se ejecuta sobre bienes ajenos faltaría la instrumentalidad⁴⁶³, excepción hecha de los casos de secuestro (art. 599), que puede recaer sobre bienes del que este poseyendo, aunque no sea su propietario.

Una interpretación adecuada del art. 23 del Código procesal puede generar una aplicación de tales principios dentro del proceso civil. Así la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sentenciado el 20 de abril de 1989⁴⁶⁴.

la discrecionalidad no significa arbitrariedad; antes bien, constituye el ejercicio de una jurisdicción ahora marcada por la equidad. Y con el fin de que no se desnaturalice o invalide la intención del legislador, la

Venezuela en varias disposiciones, donde se hace referencia la justicia se acoge el principio de la proporcionalidad: en el artículo 2, cuando se refiere a que 'Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...'. El concepto de Justicia está inspirado en todas las Constituciones del Mundo en la ya señalada clásica definición de lo que se entiende por Justicia, en donde aparece como elemento indispensable el principio de la proporcionalidad como un elemento supra constitucional reconocido universalmente; en los artículos 19 y 20 donde se garantiza el goce y ejercicio de los derechos humanos, en su más amplia concepción conforme a éste último artículo, siendo precisamente el principio de la proporcionalidad un derecho inherente a la persona humana; en el artículo 26, donde se señala expresamente: 'el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita...'. La equidad es sinónimo de Justicia que en su concepto más acabado y en sentido distributivo le da a cada cual lo que le corresponde acude al principio de la proporcionalidad en la forma de repartirse las recompensas y los castigos" (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

463 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 334.

464 RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1989. Tomo CVIII. p. 344-345.

doctrina actualmente vigente de la Corte, permite controlar jurisdiccionalmente en la Alzada el fundamento de legalidad, que no es otro sino la regla general de permisión que contempla el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, según la doctrina moderna, un buen uso del poder discrecional significaría, que si bien al Juez se le otorgan posibilidades diferentes para que actúe, esa Autoridad debe escoger la alternativa que sirva mejor a los objetivos para los cuales la discrecionalidad fue concedida. Es la llamada (SIC) fundamento de legitimidad o fundamento de legalidad material del acto discrecional.

(...)

Por consiguiente, justamente porque el poder discrecional no supone la reglamentación anticipada de las condiciones materiales del ejercicio de la competencia, es por lo que deben existir controles para determinar si la Autoridad competente ha procedido conforme a lo que el ordenamiento jurídico quiere; y esa es la razón por la cual la doctrina moderna expresa que es la 'razonabilidad' el límite axiológico de la competencia discrecional, en el sentido de que toda decisión, basada en el criterio discrecional del juez, debe ser razonable, y cuando efectivamente lo es, se considera que la Autoridad competente ha hecho buen uso de su poder.

La remisión que en última instancia se hace a los conceptos generales del proceso cautelar (necesidad y provisoriedad) y a los principios generales del derecho (prudencia, razonabilidad, legitimidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad) se deben basar, como lo prevé la excelente sentencia antes citada, en el art. 23 del Código adjetivo y se debe concatenar con los demás principios legales específicos, como por ejemplo el de la suficiencia cautelar previsto en el art. 586 *ejusdem*, para así conformar un sistema de valoración eficaz por virtud del cual no se exceda el juez en el ejercicio de su poder cautelar general.

Algunas consideraciones sobre el régimen probático en el procedimiento oral y en el procedimiento marítimo

Humberto Enrique Tercero Bello Tabares¹

Sumario

1. Las pruebas en el marco del procedimiento oral contenido en el Código de Procedimiento Civil.
2. Inicio del proceso. Pruebas en la demanda.
3. Admisión de la demanda. Pruebas en la contestación de la demanda. Confesión ficta.
4. Audiencia preliminar. Lapso probático. Evacuación de pruebas anticipadas.
5. Audiencia o debate oral. Sentencia.
6. Jurisdicción especial Acuática y de Actividades Conexas o Marítima.
7. Procedimiento marítimo. Diligencias o actividades probatorias anticipadas.

1 Universidad Santa María. Abogado, Especialista en Derecho Procesal Civil. Magíster Scientiarum en Ciencias Jurídicas mención Derecho Procesal Civil. Doctorado en Ciencias Jurídicas, Tesista. Profesor de pregrado y postgrado de la Universidad Santa María de las cátedras de Teoría General del Proceso, Procesal Civil I y II, y Derecho Probatorio. Profesor de la Escuela de Formación de Oficiales de la Guardia Nacional. Autor de varias obras jurídicas. Coordinador Académico de Postgrado de la Especialización de Derecho Mercantil de la Universidad Santa María.

8. Reforma de la demanda y de la contestación de la demanda.
9. Otras diligencias o actividades probatorias ancitipadas.
10. Continuación del procedimiento marítimo.
11. Pruebas antes del inicio del proceso con asistencia judicial.
12. Materialización de pruebas sin presencia del operador de justicia.
13. Otras facultades probatorias del Juez Marítimo. Pruebas en segunda instancia. Sistema de valoración de pruebas.

1. LAS PRUEBAS EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO ORAL CONTENIDO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El proceso oral contenido en el Código de Procedimiento Civil, como todos los procesos jurisdiccionales contenidos en el citado Código y en las diversas Leyes de la República, atraviesa por tres fases o etapas claramente determinadas, como lo son la alegatoria, probatoria y decisoria, donde cada una incide profundamente en la otra, siendo imposibles desligarlas.

En la segunda de estas fases o etapas del proceso, como lo es la etapa probatoria, las partes van a desplegar su actividad procesal probática destinada a demostrarle al decisor su verdad, los extremos de hecho o de excepción en que fundamentan la demanda o la contestación, etapa ésta que atraviesa a su vez por varios escenarios, como lo son la proposición o promoción de las pruebas, así como su enunciación en los casos que se expresarán mas adelante, la oposición a la admisión de las pruebas, la admisión de las pruebas y la evacuación o materialización de las pruebas.

En esta oportunidad pretendemos abordaremos esta segunda fase o etapa del proceso en el marco del procedimiento oral contenido en el Libro Cuarto, Título XI, Capítulo I del Código de Procedimiento Civil, a cuyo efecto, consideramos pertinente, hacer previamente un recorrido por el procedimiento estipulado en este instrumento para así adentrarnos al análisis de los momentos probáticos y de los medios de prueba que pueden utilizarse para la demostración de los hechos controvertidos.

El proceso oral contenido en los artículos 859 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, tal como lo norma el artículo 860 *ejusdem*, se encuentra orientado por los principios de oralidad, brevedad, concentración e inmediación, circunstancia esta que hace que el mismo

se halle en los artículos de aplicación en los procesos que mil bolívares los actuales, ello no obsta Decreto con Fuerza de Ley 8° y 150 re materia ma de accident personas o de Procedim

Pero para la apl Procedimie Orgánica de

- 2 Igualme Naciona las mate traduce, contenio adopció Adjetiva determi No obsta en la Le Consejo de 1.99 fueran a Judicial ineficaz supuest Actualm adminis 880 del
- 3 La Ley Extraor Julio de

se halle en sintonía con los postulados constitucionales contenidos en los artículos 26 y 257 de nuestra Ley fundamental, siendo que su ámbito de aplicación, tal como lo regula el artículo 859 *Ibidem*, será para aquellos procesos que en atención a la cuantía no excedan de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000,00), circunstancia esta que en la práctica y en los actuales momentos hace inoperante el procedimiento en cuestión, ello no obstante al hecho que existen recientes leyes, como lo son el Decreto con Fuerza de Ley del Procedimiento Marítimo y el Decreto con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, donde en sus artículos 8° y 150 respectivamente, para la tramitación de los procedimientos en materia marítima y para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito en los cuales se hayan ocasionado daños a personas o cosas, se remiten al procedimiento oral contenido en el Código de Procedimiento Civil.²

Pero debe destacarse, que la limitación de la fijación de la cuantía para la aplicación del procedimiento oral contenido en el Código de Procedimiento Civil, fue dejada sin efecto por el artículo 119 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,³ conforme al cual, el Consejo de la Judicatura

2 Igualmente, el artículo 880 del Código de Procedimiento Civil, autoriza al Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros y mediante Resolución, a modificar la cuantía y las materias a las cuales se les aplicará el procedimiento oral en estudio, lo cual se traduce, en que en un futuro y en acatamiento a los postulados constitucionales contenidos en los artículos 26 y 257 de la Ley fundamental, donde se exige la adopción de procedimientos orales, el procedimiento oral contenido en la Ley Adjetiva Civil podrá aplicarse a aquellos procesos que según la materia y la cuantía determine o señale el Ejecutivo Nacional.

No obstante a lo anterior, esta facultad del Ejecutivo Nacional, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, fue atribuida al extinto, corrupto e ineficaz Consejo de la Judicatura, el cual desapareciera con motivo del proceso constituyente de 1.999, por decreto de la Asamblea Nacional Constituyente y cuyas funciones fueran atribuidas a la no menos corrupta, incapaz e ineficaz Comisión de Emergencia Judicial, quien a su vez fuera suplantada por la igualmente corrupta, incapaz e ineficaz Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, quienes supuestamente tuvieron por objeto la reforma -desforma- del Poder Judicial. Actualmente el Tribunal Supremo de Justicia, quien asumió el gobierno y administración del Poder Judicial, es quien tiene la facultad contenida en el artículo 880 del Código de Procedimiento Civil.

3 La Ley Orgánica del Poder Judicial fue publicada en Gaceta Oficial N° 5.262 Extraordinaria, de fecha 11 de Septiembre de 1.998, y entraría en vigencia el 1° de Julio de 1.999.

quedaba autorizado para que en el plazo de un año, desde la publicación de la Ley, determinare mediante resolución, las Circunscripciones Judiciales y los tribunales en que entrarían en vigencia las disposiciones del procedimiento oral, así como su aplicación extensiva a las materias que considerare conveniente, sin consideración de la cuantía.⁴

En función de la materia, tal como lo norma el citado artículo 859 de la Ley Procesal Civil, será aplicable el procedimiento oral en los siguientes casos:

- Cuando la controversia verse sobre derechos de crédito u obligaciones patrimoniales que no tengan un procedimiento especial contencioso previsto en la parte primera del Libro Cuarto de este Código.⁵

- Cuando se trate de asuntos contenciosos del trabajo que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, y las demandas por accidentes de trabajo.⁶

- Cuando se trate de demandas de tránsito.⁷

- Cuando se trate de demandas que por disposición de la ley o por convenio de los particulares, deban tramitarse por el procedimiento oral.⁸

4 Ni el Consejo de la Judicatura, ni la Comisión de Emergencia Judicial, ni la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, ni el Tribunal Supremo de Justicia, han señalado las Circunscripciones Judiciales, los Tribunales y las materias a las cuales se les aplicará el procedimiento oral contenido en el Código de Procedimiento Civil.

5 Siendo que el Código de Procedimiento Civil regula los procedimientos especiales ejecutivos para tramitar las pretensiones que tengan por objeto derechos de créditos u obligaciones patrimoniales, como lo son los casos de la vía ejecutiva, el procedimiento intimatorio, la ejecución de créditos fiscales, la ejecución de prenda, la ejecución de hipoteca y la rendición de cuentas, procedimientos éstos por demás escritos que van contra los postulados contenidos en los artículos 26 y 257 Constitucionales, se hace prácticamente inoperante el procedimiento oral en estudio.

6 En relación a esta clase de asuntos contenciosos en materia del trabajo, los mismos tienen su procedimiento oral contenido en la novedosa Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

7 El artículo 150 del Decreto con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, remite al procedimiento oral contenido en el Código de Procedimiento Civil, para tramitar las reclamaciones que se presenten con ocasión a la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito en los cuales se hayan ocasionado daños a personas o cosas.

8 Tal es el caso de los procedimientos en materia de tránsito y marítimos.

No obstante a lo anterior, en función de la materia, conforme a lo previsto en el artículo 119 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Justicia, quien absorbiera las funciones que en su oportunidad correspondieran al extinto Consejo de la Judicatura, Comisión de Emergencia Judicial, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, tiene la facultad de extender la aplicación del procedimiento oral a las materias que considerare conveniente, lo cual conlleva a que la norma contenida en el citado artículo 859 del Código de Procedimiento Civil, prácticamente haya quedado derogado por el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. INICIO DEL PROCESO. PRUEBAS EN LA DEMANDA

El procedimiento oral contenido en el Código Procesal Civil, conforme a lo normado en el artículo 864, comienza por una demanda escrita que deberá cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, a la cual el accionante deberá acompañar toda la prueba documental de que disponga y que contenga la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión, así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaraciones en el debate oral, sin lo cual no se le admitirán después, salvo que se trate de instrumentos públicos y se haya identificado en el libelo de demanda, la oficina donde se encuentre.

En este sentido el citado artículo 864 del Código de Procedimiento Civil expresa:

El procedimiento oral comenzará por demanda escrita que deberá llenar los requisitos exigidos en el artículo 340 de este Código. Pero el demandante deberá acompañar con el libelo toda la prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si se pidieren posiciones juradas, éstas se absolverán en el debate oral.

Si el demandante no acompañare su demanda con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el libelo la oficina donde se encuentran.

De la norma antes transcrita puede observarse claramente, que el accionante tiene la carga de aportar junto al libelo de la demanda, toda la prueba documental –instrumental- de que disponga, bien sean estos de carácter público o privado –simples, reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos-, sean o no fundamentales, lo cual se traduce en que no tiene aplicación el contenido del ordinal 6º del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, todo –consideramos- con el objeto de garantizar al demandada el cabal ejercicio de su derecho constitucional de la defensa, pues como se señalara en otra oportunidad,⁹ el demandado enfilará sus defensas a enervar los efectos que se desprendan de los instrumentos acompañados por el actor junto a la demanda.

No obstante a lo anterior, en caso de tratarse de la prueba instrumental pública, podrá el accionante no acompañarla junto con el libelo de la demanda, siempre en la medida que señale la oficina en que se encuentre, circunstancia esta que encuentra su fundamento en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, y que en todo caso no exime al pretensionante de aportar a los autos la prueba instrumental pública que demuestre sus extremos de hechos controvertido, sino que lo exime de acompañarla junto al libelo de la demanda, caso en el cual, consideramos que el instrumento público podrá aportarse en cualquier estado y grado de la causa, tal como lo permite el artículo 435 ejusdem.

Ahora bien, obsérvese que conforme al contenido de la norma en comento, el accionante se encuentra en la obligación de acompañar junto a la demanda toda la prueba documental de que *disponga*, circunstancia esta que nos motiva a pensar que si para el momento de la presentación de la demanda el accionante no *dispone* de alguna prueba instrumental, bien sea esta de carácter pública o privada simple, reconocida o tenida legalmente por reconocida, podrá aportarse al proceso en la etapa probatoria, en la oportunidad de proponer o promover las pruebas como se verá posteriormente, de ser de carácter privado o en cualquier estado o grado del proceso de ser de carácter público, conforme a lo normado en el artículo 435 de la Ley Adjetiva Civil; no obstante a lo señalado, esta circunstancia también se presentaría en los casos del artículo 434 *Ejusdem*, en el sentido que si los instrumentos son de fecha posterior a la presentación de la demanda o que siendo de fecha anterior, apareciera

9 Humberto Enrique Tercero Bello Tabares. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo I.

que el accionante d
en la oportunidad
cualquier estado o g
a lo previsto en el ya
–consideramos- qu
demostrar que efec
demanda no *dispon*
al proceso, o que l
declarados inadmis
extemporaneidad,
momento de la p
instrumental, salvo
la oficina donde s
demanda, sin lo cu

Igualmente,
mencionar en su li
los testigos que ren
testigos que depo
audiencia o debate
no obstante y conf
consideramos que
de proponer o pr
prueba testimonial,
que traerá al proce
que en realidad no
sino de una menció
hubiese querido
formalmente la p
mencionar, la cual
el nombre de una

Pero si bie
Procedimiento Civ
libelo de la dema
audiencia oral, lo c
o promoción form

10 Diccionario Laro

que el accionante desconocía su existencia, podrán aportarse los mismos en la oportunidad de proposición de las pruebas, de ser privados o en cualquier estado o grado del proceso, de ser de carácter público, conforme a lo previsto en el ya mencionado artículo 435 *Ibidem*, todo en el entendido –consideramos– que para estos casos de excepción el accionante deberá demostrar que efectivamente para el momento de la presentación de la demanda no *disponía* de los instrumentos que se aporten posteriormente al proceso, o que los desconocía, ya que de lo contrario, deberían ser declarados inadmisibles por el operador de justicia, en función de su extemporaneidad, pues la regla general es que si el accionante para el momento de la presentación de la demanda, dispone de la prueba instrumental, salvo el caso del instrumento público –donde debe señalarse la oficina donde se encuentre– deberá preclusivamente aportarlo a la demanda, sin lo cual no se le admitirá después.

Igualmente, el accionante se encuentra en la obligación de *mencionar* en su libelo de demanda, el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral, esto es, la lista de testigos que depondrán en su oportunidad respectiva, como lo es la audiencia o debate oral o probatorio, sin lo cual no se le admitirán después; no obstante y conforme a lo forma como se encuentra redactada la norma, consideramos que el legislador no le impone al accionante la obligación de proponer o promover formalmente en el libelo de la demanda la prueba testimonial, sino solo le indica que debe *mencionar* a las personas que traerá al proceso para deponer sobre hechos controvertidos, por lo que en realidad no se trata de una proposición formal del medio probatorio sino de una mención de los testigos, dado que en todo caso, si el legislador hubiese querido que en el libelo de la demanda se promoviera formalmente la prueba testimonial, no hubiera utilizado la palabra *mencionar*, la cual por demás debe entenderse como citar, aludir o decir el nombre de una persona o cosa.¹⁰

Pero si bien el legislador en el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil, le indica al accionante que debe *mencionar* en el libelo de la demanda el nombre de los testigos que declararán en la audiencia oral, lo cual como se expresara no encuadra en una proposición o promoción formal de la prueba testimonial, pues de lo contrario se

10 Diccionario Larousse. 2.001.

tendría que identificar el objeto de la prueba, esto es, señalar los hechos sobre los cuales depondrían los testigos, no entendemos el motivo, la razón o la circunstancia por la cual si no se mencionan los referidos testigos, no se le admitirán después.

Piénsese por un momento que sucedería si el accionante mencionara tres testigos y como consecuencia de los hechos de excepción expuestos en la contestación de la demanda, fuera necesario la proposición de testigos diferentes a los mencionados en la demanda.

Ante esta circunstancia y conforme a una interpretación gramatical de la norma que comentamos, tendría necesariamente que concluirse que los testigos que se propusieran con posterioridad a la demanda y su contestación, no serían admitidos, circunstancia esta que abiertamente lesionaría el derecho constitucional de la defensa de las partes, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el derecho de acceder a las pruebas, pues se estaría limitando a las partes la utilización de los medios probáticos para demostrar sus extremos de hecho controvertido.

Pero no obstante a lo señalado, resulta totalmente incongruente e ilógico que la oportunidad para la proposición de la prueba testifical sea en el libelo de la demanda, pues para ese momento, si bien el accionante sabe cuales son los extremos de hecho que debe demostrar para ver coronada con éxito su pretensión, su actividad probatoria a ejecutar dependerá de la conducta que despliegue el demandado al momento de producir su contestación de la demanda, así como de los hechos de excepción que exponga en esa oportunidad, lo cual se traduce, en que como consecuencia de la estrategia procesal que realice el demandado al momento de descargar sus defensas, el accionante tendrá que seguir con el plan trazado o por el contrario tendrá que elaborar un nuevo mapa procesal probático para demostrar sus extremos de hecho o enervar los alegatos expuestos por el demandado.

Consideramos que limitar la proposición de la prueba testimonial a la oportunidad de la presentación de la demanda, lesiona abiertamente el derecho constitucional de la defensa, lo cual nos motiva a expresar, que cuando el legislador en el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil, le indica al accionante que deberá *mencionar* los testigos que declararán en la audiencia oral, no le está imponiendo preclusivamente

la obligación de
deber de *men*
sorpresas en e
sentido que el
comparecer al
todo caso, in
proponer la p
que perfectar
proposición d
demanda, ello
de la defensa.

Otro me
demanda, es la
cuales serían a

Pero con
juradas prop
preguntarnos,
esto es, señala
recaería la pr
doctrina y por

Si bien l
de la prueba.
en materia de
el libelo de la
cuales son los
al promovente
pues para el
producido la
sería prematu
consecuencia
demanda, el a
de confesión

11 Criterio que
al cual rem
Civil del T
2.001, con
Mercado d

la obligación de proponer o promover formalmente la prueba, solo el deber de *mencionar* los testigos que utilizará, con el objeto de evitar sorpresas en el proceso –falta de probidad y lealtad procesal–, en el sentido que el demandado tenga conocimientos de los sujetos que podrían comparecer al proceso a declarar sobre hechos controvertidos, pues en todo caso, insistimos que el legislador no impone la obligación de proponer la prueba sino de mencionar los testigos, lo cual conlleva a que perfectamente puedan promoverse en la oportunidad de la proposición de las pruebas, testigos diferentes a los indicados en la demanda, ello en resguardo –como se dijo– del derecho constitucional de la defensa.

Otro medio probático que puede proponerse en el libelo de la demanda, es la prueba de confesión provocada o posiciones juradas, las cuales serían absueltas al momento de la audiencia o debate oral.

Pero con ocasión a la prueba de confesión provocada o posiciones juradas propuesta en el libelo de la demanda, sería interesante preguntarnos, si el accionante tendría que identificar el objeto de la prueba, esto es, señalar cuales serían los hechos controvertidos sobre los cuales recaería la prueba propuesta, ello conforme al criterio sostenido por la doctrina y por la jurisprudencia patria.¹¹

Si bien la jurisprudencia ha venido expresando que el proponente de la prueba debe identificar el objeto de la misma, consideramos que en materia de confesión provocada o posiciones juradas promovidas en el libelo de la demanda, aún cuando el accionante de antemano sabe cuales son los extremos de hecho que debe probar, sería ilógico exigirle al promovente el requisito de la identificación del objeto de la prueba, pues para el momento de la proposición de la misma, al no haberse producido la contestación de la demanda y al no estar trabada la litis, sería prematuro fijar o definir el objeto de la prueba, dado que como consecuencia de los hechos que se expusieron en la contestación de la demanda, el accionante podría modificar el objeto original de la prueba de confesión provocada.

11 Criterio que sustentáramos en el tomo I de nuestro "Tratado de Derecho Probatorio" al cual remitimos al lector y que igualmente ya fuera acogida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia de fecha 16 de Noviembre de 2.001, con ponencia del Magistrado Franklin Arrieché G., en el juicio de Cedel Mercado de Capitales C.A., contra Microsoft Corporation.

En este sentido, nos inclinamos en sostener que la identificación del objeto de la prueba no puede exigirse cuando se trate de confesión provocada propuesta en el libelo de la demanda.¹²

3. ADMISIÓN DE LA DEMANDA. PRUEBAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. CONFESIÓN FICTA

Siguiendo con el estudio del procedimiento oral, encontramos que presentada la demanda, el Tribunal debe proceder a su admisión, siendo el caso que la ley no señala oportunidad o lapso alguno para producir la misma, lo cual conlleva a que deba aplicarse el contenido del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo efecto, el Tribunal tendrá tres (3) días de despacho siguientes a la consignación en autos de los recaudos correspondientes, para pronunciarse sobre la admisión de la demanda, donde deberá analizar los requisitos a que se refiere el artículo 341 ejusdem.

Admitida la demanda, se ordenará la citación de la parte demandada, en la forma ordinaria, esto es, mediante la forma establecida en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil –citación personal mediante compulsa– a fin de que comparezca al Tribunal dentro de los veinte (20) días de despacho siguientes a la constancia en autos de su citación, para que conteste la demanda o ejerza las defensas que a bien tenga, conforme a lo previsto en el artículo 865 ejusdem, que dispone:¹³

Llegado el día fijado para la contestación de la demanda según las reglas ordinarias, el demandado la presentará por escrito y expresará

- 12 Pensar lo contrario podría llevarnos al absurdo de sostener, que si el accionante identificó el objeto de la prueba en el libelo de la demanda y como consecuencia de la contestación, se fijaren como controvertidos nuevos hechos, el accionante no podría formular posiciones fuera de los hechos que hubiera fijado o identificado en la demanda.
- 13 El Profesor Abdón SÁNCHEZ NOGUERA, en su obra "Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos", considera que la contestación de la demanda es para un día determinado, esto es, para el día vigésimo de despacho siguiente a que conste en autos la citación de la parte demandada. Este criterio no lo compartimos, dado que la norma contenida en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, expresamente remite a las normas del proceso ordinario conforme a las cuales, la contestación es en un plazo y no en un término.

en ella to
alegar.
El demand
la prueba
y domicilio
Si el dem
document
menos qu
escrito de

La contes
y en ella se ex
creyere conver
las defensas es

En esta c
deberá acompa
–instrumental–
y domicilio de
sin lo cual no
documental –i
se encuentre, c
probatoria se t
remitimos a lo

Una circ
es el efecto qu
artículo 868 de

Si el dem
se aplicar

- 14 Obsérvese e
demanda, l
lugar el act
se refiere a
esto es, a la
que el emp
lapso de ve
con la cont
demanda p
del deman

en ella todas las defensas previas y de fondo que creyere conveniente alegar.

El demandado deberá acompañar con su escrito de contestación, toda la prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si el demandado no acompañare su contestación con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el escrito de contestación la oficina donde se encuentran.¹⁴

La contestación de la demanda en el procedimiento oral será escrita y en ella se expresarán tanto las defensas previas como de fondo que creyere conveniente el demandado, lo cual se traduce que el ejercicio de las defensas es en forma acumulativa.

En esta oportunidad –contestación de la demanda– el demandado deberá acompañar a su escrito de contestación toda la prueba documental –instrumental– de que disponga y deberá mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que depondrán en el debate o audiencia oral, sin lo cual no se le admitirán después, salvo que se trate de la prueba documental –instrumental– pública y se haya indicado la oficina donde se encuentre, circunstancia esta de la cual se desprende que en materia probatoria se trata por igual al accionante y accionado, por lo que nos remitimos a los comentarios anteriores.

Una circunstancia que nos llama la atención en materia probatoria, es el efecto que produce la no contestación de la demanda prevista en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, que expresa:

Si el demandado no diere contestación a la demanda oportunamente se aplicará lo dispuesto en el artículo 362, pero en este caso, el

14 Obsérvese que el artículo transcrito se refiere al día fijado para la contestación de la demanda, lo cual pareciera que se refiere a un término –día fijo para que tenga lugar el acto de contestación de la demanda, mas a continuación el mismo artículo se refiere a que la contestación de la demanda se hará según las reglas ordinarias, esto es, a la forma contenida en el artículo 344 de la Ley Adjetiva Civil, que expresa que el emplazamiento se hará para que el demandado comparezca en el plazo o lapso de veinte (20) días siguientes a su citación, norma que debe concatenarse con la contenida en el artículo 359 Eiusdem, según la cual, la contestación de la demanda podrá presentarse dentro de los veinte (20) días siguientes a la citación del demandado, por lo que en realidad se trata de un lapso y no de un término.

demandado deberá promover todas las pruebas de que quiera valerse, en el plazo de cinco días siguientes a la contestación omitida y en su defecto se procederá como se indica en la última parte del artículo 362.

Verificada oportunamente la contestación y subsanadas o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, el Tribunal fijará uno de los cinco días siguientes y la hora para que tenga lugar la audiencia preliminar en la cual cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad; aquellos que consideren admitidos o probados con las pruebas aportadas con la demanda y la contestación; las pruebas que consideren superfluas o impertinentes, o dilatorias y las que se proponen aportar en el lapso probatorio y cualesquiera otras observaciones que contribuyan a la fijación de los límites de la controversia. De esta audiencia se levantará acta y se agregarán a ella los escritos que hayan presentado las partes.

Aunque las partes o alguna de ellas no hubiesen concurrido a la audiencia preliminar, el Tribunal hará la fijación de los hechos y de los límites de la controversia dentro de los tres días siguientes por auto razonado en el cual abrirá también el lapso probatorio de cinco días para promover pruebas sobre el mérito de la causa. Admitidas las pruebas, se evacuarán las inspecciones y experticias que se hayan promovido en el plazo que fije el Tribunal tomando en cuenta la complejidad de la prueba. Este plazo no será superior al ordinario.

En ningún caso el Tribunal autorizará declaraciones de testigos ni posiciones juradas mediante comisionados, fuera del debate oral. Cualquiera que sea el domicilio de los testigos, la parte promovente tendrá la carga de presentarlo para su declaración en el debate oral, sin necesidad de citación, pero el absolvente de posiciones será citado para este acto sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 406.

Conforme a la norma transcrita, si el demandado no da contestación a la demanda o la produce extemporáneamente, deberá promover todas las pruebas de que quisiera valerse, en el plazo de cinco (5) días –de despacho– siguientes a la contestación omitida, es decir, al vencimiento del lapso de emplazamiento, y en su defecto, si la pretensión del accionante no es contraria a derecho, se procederá a declarar la confesión ficta dentro de los ocho (8) días de despacho siguientes.

Como expusieramos en otra oportunidad, la falta de contestación de la demanda o la contestación extemporánea de la misma, traerá como consecuencia que los hechos constitutivos expuestos por el actor en su

libelo de demanda de veracidad, de prueba que desvirtúa por el accionante contraria a derecho ficta.

Pero como podrá, dentro del lapso de cinco días de empuje que quiera vale procesal privilegio clase de prueba pública o privada norma contenida solo podía aportar

En tal sentido cuando al accionante documental de la presentación expresadas– y a permite aportar dentro del lapso del lapso de empuje

Obsérvese Adjetiva Civil, la prueba instrumental demanda, por lo que no dio contestación pruebas, dentro un verdadero proceso Constitucional, lo que no da contestación en mejor posición

En todo caso postulado constitucional Ley, para evitar

libelo de demanda, queden amparados por una presunción *iurus tantum* de veracidad, donde el demandado, tendrá que aportar al proceso la prueba que desvirtúe la presunción existentes sobre los hechos expuestos por el accionante, pues de lo contrario, si la pretensión accionante no es contraria a derecho, el operador de justicia deberá declarar la confesión ficta.

Pero como puede inferirse de la norma en estudio, el demandado podrá, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, proponer o promover *todas* las pruebas de que quiera valerse, circunstancia esta que lo coloca en una situación procesal privilegiada, pues le permite aportar o traer al proceso cualquier clase de prueba, especialmente la documental escrita o instrumental pública o privada, la cual conforme a lo previsto en la ya estudiada norma contenida en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, solo podía aportar al momento de la contestación de la demanda.

En tal sentido, resulta fragmentado el principio de igualdad procesal, cuando al accionante se le limita la aportación al proceso de la prueba documental de que disponga, en el momento –oportunidad preclusiva– de la presentación del libelo de la demanda –salvo las excepciones antes expresadas– y al demandado que no da contestación a la demanda se le permite aportar la prueba documental –instrumental– pública o privada dentro del lapso de cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento.

Obsérvese que conforme a lo dispuesto en el artículo 865 de la Ley Adjetiva Civil, la oportunidad procesal para que el demandado aporte la prueba instrumental pública o privada, será en la contestación de la demanda, por lo que al permitir el operador de justicia, que el demandado que no dio contestación a la demanda, pueda aportar cualquier clase de pruebas, dentro de las cuales podrían incluirse la instrumental, se crea un verdadero privilegio procesal contrario al contenido del artículo 21 Constitucional, lo cual nos llevaría al absurdo de afirmar que el demandado que no da contestación a la demanda estaría –probatoriamente hablando– en mejor posición que si hubiera dado contestación a la demanda.

En todo caso, con el objeto de mantener y dar cumplimiento al postulado constitucional conforme al cual todos somos iguales ante la Ley, para evitar desigualdades o privilegios procesales, sostenemos que

si el demandado no dio contestación a la demanda, no podrá apartar en el lapso probatorio la prueba instrumental, pues la misma sería extemporánea, considerar lo contrario sería lesionar el texto constitucional.¹⁵

Otro escenario que pudiera plantearse y que no se encuentra regulado en la Ley, es que el demandado no diera contestación a la demanda, pero en el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, promoviere pruebas.

Ante esta circunstancia, si el demandado no da contestación a la demanda, consideramos que el lapso de promoción de pruebas no solo es para el demandado, si que también el actor puede proponer pruebas, ello no obstante a que los hechos expuestos en la demanda se presumen ciertos, lo cual se traduce, que en caso de proposición de pruebas, el Tribunal deberá pronunciarse sobre su admisibilidad, en el lapso de tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas, por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, con motivo a la falta de regulación legal expresa y siempre resguardando el derecho constitucional que tienen las partes a oponerse a la admisión de las pruebas antes que la misma se produzca.

Propuestas las pruebas y admitidas por el Tribunal, consideramos que no debe tener lugar la audiencia preliminar ni la apertura del lapso de proposición de las pruebas, pues serían actos procesales inútiles, dado que ya la actividad de proposición de las pruebas tuvo lugar, y en tal caso, debería fijarse la audiencia o debate oral, para un día de los treinta (30) siguientes, a la hora que se fije, siguientes a la admisión de las pruebas o al vencimiento del lapso de evacuación de aquellas pruebas que se hayan ordenado en forma anticipada, como se verá mas adelante.

15 No obstante a lo anterior, no falta quien pudiera argumentar que la posición asumida lesionaría el derecho constitucional de la defensa, pues se estaría limitando al demandado el ejercicio de su derecho a probar, pero consideramos que bajo ninguna premisa se estaría lesionando el derecho constitucional de la defensa, pues efectivamente el demandado tuvo su oportunidad para ejercer las defensas y aportar las pruebas instrumentales que demostraren sus extremos de excepción o que enervaren la pretensión del actor, y si no lo hizo, por demás en un lapso de veinte (20) días de despacho, no puede posteriormente argumentar la indefensión, pues existe un debido proceso legal coloreado por el principio preclusión procesal, que debe respetarse y que no es relajable.

A este
si el demand
de despacho
al efecto la c
compartimo
del posterior
-proposició
(5) días d
emplazamie
debate oral.

4. AUDIENCIA ANTICIPADA

Siguie
observamos
Procedimien
o subsanad

16 Abdón S
17 Como se
podrá a
en el c
Procedi
De esta
1° del a
en el c
emplaza
trámite
Código
Si las c
5° y 6°
conform
días de
Si se tr
del artí
manife
de desp
que el
Ahora
Civil, s

A este respecto el profesor SÁNCHEZ NOGUERA considera,¹⁶ que si el demandado promoviere pruebas en el citado lapso de cinco (5) días de despacho, se continuaría el trámite del procedimiento oral, fijándose al efecto la oportunidad de la audiencia preliminar, criterio éste que nos compartimos, pues sería estéril e inútil la audiencia preliminar y la fijación del posterior lapso de promoción de pruebas, pues la actividad probatoria –proposición o promoción– ya tuvo lugar en el referido lapso de cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, siendo lo pertinente fijar el lapso para la audiencia o debate oral.

4. AUDIENCIA PRELIMINAR. LAPSO PROBÁTICO. EVACUACIÓN DE PRUEBAS ANTICIPADAS

Siguiendo con el análisis del procedimiento oral en estudio, observamos que conforme a lo previsto en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, producida o verificada la contestación de la demanda, o subsanadas o decididas las cuestiones previas opuestas,¹⁷ el Tribunal

16 Abdón SÁNCHEZ NOGUERA. Ob. Cit.

17 Como se señalara anteriormente, al momento de contestar la demanda el demandado podrá acumulativamente a la defensas de fondo, oponer cuestiones previas, caso en el cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 866 del Código de Procedimiento Civil, se decidirán antes de la fijación de la audiencia o debate oral. De esta manera, si las cuestiones previas opuesta fueran las contenidas en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, las mismas serán decididas en el quinto (5to) día de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento y de ser impugnada la decisión correspondiente, se seguirá con el trámite ordinario establecido en la Sección 6ª del Título I del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

Si las cuestiones previas opuestas fueran las contenidas en los ordinales 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, podrán ser subsanadas, conforme a lo previsto en el artículo 350 Eiusdem, dentro del lapso de cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento.

Si se trata de las cuestiones previas contenidas en los ordinales 7°, 8°, 9°, 10 y 11 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, la parte demandante deberá manifestar si las contradice o conviene en las mismas, en el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, en el entendido que el silencio de la parte actora dará por admitidas las cuestiones previas opuestas. Ahora bien, conforme a lo previsto en el artículo 867 del Código de Procedimiento Civil, si la parte demandada no subsanare las cuestiones previas subsanables o no

fijará uno de los cinco (5) días siguientes y a la hora para que tenga lugar la audiencia preliminar.

Consideramos que la fijación del día y hora para la celebración de la audiencia preliminar debe ser por medio por auto expreso, el cual creemos que debe producirse, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, a falta de regulación expresa, dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, o a subsanadas las cuestiones previas o a la culminación de la tramitación de las cuestiones previas, de lo contrario, de no producirse dicho auto en esa oportunidad, para la celebración de la audiencia preliminar tendría que notificarse a las partes.

En la audiencia preliminar, las partes deberán expresar que hechos aceptan o sobre los cuales convienen, determinándolos con claridad, así como aquellos hechos que a su criterio han quedado demostrados con las pruebas aportadas en la demanda y en la contestación, todo con el objeto de fijarse el tema controvertido o de pruebas.

contradijera las cuestiones previas que deberían ser contradichas, si las partes o alguna de ellas lo solicitare al Tribunal, se abrirá una articulación probatoria de ocho (8) días para promover y evacuar pruebas en la incidencia, a cuyo efecto, consideramos que si las partes o alguna de ellas solicitare al Tribunal, en el lapso de subsanación o contradicción de las cuestiones previas, que abriera la articulación probatoria –pues esta no se abre de pleno derecho–, el operador de justicia, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, tendría tres (3) días de despacho, computados a partir del vencimiento del lapso de cinco días para subsanar o contradecir las cuestiones previas, para dictar el auto abriendo la articulación probatoria, sin que se conceda el término de distancia.

Vencida la articulación probatoria que se abriera al efecto, el Tribunal tendría que dictar su fallo al octavo (8vo) día de despacho siguiente.

De no haber articulación probatoria, la decisión sobre las cuestiones previas tendría que tener lugar al octavo (8vo) día de despacho siguientes al vencimiento del lapso de subsanación o contradicción a que se refiere el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil.

En relación a los recursos y efectos de las cuestiones previas, remitimos al lector al artículo 867 del Código de Procedimiento Civil, con la sola observación que de ser declaradas procedentes las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 7° y 8° del artículo 346 Eiusdem, el efecto que se produciría, sería el de paralizar el proceso hasta que se cumpliera la condición o plazo pendiente o hasta que se resolviera la cuestión prejudicial planteada.

Igualmente
Procedimiento Civ
consideren superfl
proponer o apor
observación que
pues recordemos
alegatoria y pasan
que mantengan el
prueba.

De lo anter
norma, que en m
no están en la o
pruebas que dem
que solo deberán
oportunidad corre
las pruebas demo
audiencia prelimi
pruebas, solo para
en forma –conside
probáticos que se
indicar o precisar

Celebrada l
despacho siguien
fijación de los h
controversia, indi
comparecido las p

En este mis
controvertidos, o
promover prueba
cual, deberán las
para demostrar
excepción de las
864 y 865 del Coo

18 En cuanto a la
Tomo I de nue

Igualmente y como lo señala el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, las partes deberán expresar aquellas pruebas que consideren superfluas o impertinentes, o dilatorias y las que se propongan proponer o aportar en el lapso probatorio, así como cualquier otra observación que contribuya a la fijación de los hechos controvertidos, pues recordemos que no todos los hechos sobreviven a la fase o etapa alegatoria y pasan a la fase o etapa probatoria, siendo que solo aquellos que mantengan el carácter de controvertidos serán objeto del tema de la prueba.

De lo anterior consideramos, en función de la redacción de la norma, que en materia probatoria las partes en la audiencia preliminar no están en la obligación de proponer o promover formalmente las pruebas que demostrarán los extremos de hecho controvertidos, sino que solo deberán *expresar*, entendido como *manifestar*, que en la oportunidad correspondiente propondrán o promoverán formalmente las pruebas demostrativas de los hechos controvertidos, por lo que la audiencia preliminar no es la oportunidad procesal para promover las pruebas, solo para expresarlas, manifestarlas, indicarla o señalarlas, bien en forma —consideramos— expresa, esto es, indicando cuales son los medios probáticos que se promoverán, o bien en forma general, esto es, sin indicar o precisar que medios probáticos se van a proponer.

Celebrada la audiencia preliminar, dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, el Tribunal por auto expreso y razonado hará la fijación de los hechos y los límites en que ha quedado trabada la controversia, indistintamente que a la audiencia preliminar no hubiesen comparecido las partes o alguna de ellas.

En este mismo auto donde el operador de justicia fije los hechos controvertidos, ordenará que se abra un lapso de cinco (5) días para promover pruebas sobre el mérito de la causa, oportunidad ésta en la cual, deberán las partes proponer los medios probatorios que utilizarán para demostrar sus extremos de hecho controvertidos, con la sola excepción de las pruebas instrumentales a que se refieren los artículos 864 y 865 del Código de Procedimiento Civil, antes analizados.¹⁸

18 En cuanto a la proposición o promoción de las pruebas, remitimos al lector al Tomo I de nuestro Tratado de Derecho Probatorio.

Ahora bien, de la norma contenida en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, puede observarse que el Tribunal debe proceder a la admisión de las pruebas propuestas por las partes, mas no fija un lapso para tal efecto, por lo que consideramos, ante el silencio de la Ley, que debe aplicarse el contenido del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo efecto, vencido el lapso de cinco (5) días de despacho de promoción de pruebas, el Tribunal tendrá, dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, que pronunciarse sobre la admisión de las pruebas propuestas.

Pero obsérvese que no existe lapso para que las partes puedan ejercer su derecho constitucional de la defensa que en materia probatoria se traduce en contradicción y control de la prueba, es decir, que la Ley no prevé lapso alguna para que las partes puedan oponerse a la admisión de las pruebas propuestas por ser manifiestamente ilegales, impertinentes, irrelevantes, inidónea o inconducentes, ilícitas, extemporáneas o irregularmente promovidas, a cuyo efecto consideramos, en cumplimiento al postulado contenido en el artículo 49 Constitucional, que desde el mismo momento en que se propongan las pruebas hasta antes que se produzca su admisión, es tiempo útil para oponerse a la admisión de las pruebas.

En cuanto a la evacuación o materialización de las pruebas, esta se hará en la audiencia o debate oral, siendo interesante destacar, que una de las circunstancias acertadas que prevé el Código de Procedimiento Civil, a diferencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es la posibilidad de evacuar en forma anticipada, esto es, antes de la audiencia o debate oral, aquellas pruebas que por su naturaleza no podrían materializarse en la propia audiencia o debate oral, lo cual conllevaría a la fragmentación del principio de concentración y unidad que predominan en los procesos orales, tal como es el caso de la experticia, la cual por su complejidad podría no poderse realizar en la propia audiencia probatoria; o en el caso de la inspección judicial donde el Tribunal tuviera que trasladarse fuera de su sede para dejar constancia de lugares, documentos o cosas que por su naturaleza no pudieran llevarse a la presencia del operador de justicia.

A este respecto, el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, establece la posibilidad, en aquellos casos que se hayan promovido las

referidas pruebas antes de la audiencia oral, dado que por su naturaleza se materializan anticipadamente en ningún caso por lo que esto es, de tres (3) días del juzgador la prueba como de cualquier otro decisor no puede ser

Aquellas pruebas tratadas en forma anticipada, contrario a lo que se establece en la Ley, carecería de la experticia, los testimonios, el debate oral, con el objeto de ser pericial; y si se materializa antes del contenido del debate oral de pruebas.

Lo antes mencionado en el artículo 862 del Código

La causa a ser juzgada. Las pruebas que por su naturaleza no podrían materializarse en la propia audiencia o debate oral, lo cual conllevaría a la fragmentación del principio de concentración y unidad que predominan en los procesos orales, tal como es el caso de la experticia, la cual por su complejidad podría no poderse realizar en la propia audiencia probatoria; o en el caso de la inspección judicial donde el Tribunal tuviera que trasladarse fuera de su sede para dejar constancia de lugares, documentos o cosas que por su naturaleza no pudieran llevarse a la presencia del operador de justicia.

Una circunstancia que precisamente interviene en el momento de interrogar, no

referidas pruebas de experticia y/o inspección judicial, que éstas se realicen antes de la audiencia o debate oral –en forma anticipada–, a cuyo efecto, dado que por su naturaleza podría suceder que fuera imposible su materialización en la propia audiencia probática, las mismas se evacuarían anticipadamente en el lapso que fije el operador de justicia, el cual en ningún caso podría exceder del lapso ordinario de evacuación de pruebas, esto es, de treinta (30) días de despacho. En todo caso, quedará a criterio del juzgador la fijación del lapso para la evacuación de éstas pruebas, así como de cualquier otro medio probatorio complejo que a criterio del decisor no pudiera materializarse en la audiencia o debate oral.

Aquellas pruebas evacuadas en forma anticipada, tendrán que ser tratadas en forma oral en la audiencia o debate probatorio, pues de lo contrario carecerán de eficacia, por lo que si se trata de una prueba de experticia, los expertos deberán comparecer a la audiencia o debate oral, con el objeto de tratar oralmente los resultados de la prueba o dictamen pericial; y si se trata de una prueba de inspección judicial, sus resultados, el contenido del acta respectiva, deberá ser tratada oralmente en la audiencia de pruebas.

Lo antes dicho igualmente encuentra basamento legal en el artículo 862 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

La causa se tratará oralmente en la audiencia o debate.

Las pruebas se practicarán por los interesados en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia. En este caso, la parte promovente de la prueba, tratará oralmente de ella en la audiencia, pero la contraparte podrá hacer al Tribunal todas las observaciones que considere pertinentes sobre el resultado o mérito de la prueba.

Si la prueba practicada fuera de la audiencia fuere la de experticia, se oír en la audiencia la exposición y conclusiones orales de los expertos y las observaciones que formulen las partes, sin lo cual la prueba carecerá de eficacia y será desestimada por el Juez.

En todo caso, el Juez puede hacer los interrogatorios que considere necesarios a las partes, a los testigos y a los peritos en la audiencia o debate oral.

Una circunstancia interesante de la norma antes transcrita, es precisamente el hecho que el operador de justicia tiene la facultad de interrogar, no solo a los testigos y a los expertos, sino también a las

partes, a cuyo efecto, consideramos que se trata de un libre interrogatorio de las partes realizado por el juzgador, quien podrá hacer preguntas a éstas sobre hechos controvertidos y personales y si sus respuestas son contrarias a sus intereses o benefician a la otra parte, estaremos en presencia –a nuestro criterio– de una confesión judicial.

Siguiendo con el análisis del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, observamos que en relación a la prueba testimonial propuesta por las partes, la misma se materializará en la audiencia o debate oral, sin necesidad de citación, pues cada parte carga con la obligación de llevar a sus testigos para que depongan sobre hechos controvertidos, indistintamente de su domicilio.

En cuanto a la prueba de posiciones juradas, esta se materializará en la audiencia o debate oral, previa citación del absolvente y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, conforme a lo previsto en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de testigos y la de confesión provocada o posiciones juradas, no podrá ser comisionada.

Ahora bien, evacuada como hayan sido las pruebas anticipadas, más aún, vencido el lapso de evacuación de las pruebas anticipadas, pues pudiera suceder que las pruebas no fueran evacuadas por las partes –falta de impulso– o admitidas las pruebas propuestas, sin que existiere la necesidad de evacuar pruebas en forma anticipada, el Tribunal por auto expreso deberá fijar uno de los treinta (30) días siguientes del calendario y a la hora para que tenga lugar la audiencia o debate oral.

Consideramos que ante el silencio de la Ley, el lapso que tiene el Tribunal para dictar el auto fijando la audiencia o debate oral, será el señalado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, esto es, tres (3) días de despacho contados a partir del vencimiento del lapso de evacuación de las pruebas anticipadas o del auto que admitió las pruebas propuestas de no existir pruebas de evacuación anticipada.

5. AUDIENCIA O DEBATE ORAL. SENTENCIA

Llegada la oportunidad –día y hora– fijada para que tenga lugar la audiencia o debate oral, conforme a lo previsto en el artículo 872 del

Código de Proce
de justicia, quie
orden para aseg

En esta op
breve exposición
comenzándose o
evacuación en f

Conforme
Procedimiento C
la lectura de esc
existente en aut

Para la ev
ordinario, en cu

De esta m
de Procedimien

La audienci
de todas las
celebración
del demanc
siempre co
a las parte
trate de al
tenor deba
se seguirá
opongan a
No se reda
registro o g
técnico de
se indica e

Por su pa

Recibida l
tiempo bre
oportunas
hacer ces
suficiente

Código de Procedimiento Civil, la misma será presidida por el operador de justicia, quien dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma.

En esta oportunidad, cada parte tendrá el derecho a realizar una breve exposición oral y se procederá a recibir las pruebas de las partes, comenzándose con las del accionante, para seguidamente efectuarse su evacuación en forma oral.

Conforme a la norma antes señalada –artículo 872 del Código de Procedimiento Civil- no se les permitirá a las partes ni la presentación ni la lectura de escritos, salvo la evacuación de algún instrumento o prueba existente en autos a cuyo tenor se refiere alguna de las partes.

Para la evacuación de las pruebas se seguirán las reglas del juicio ordinario, en cuanto no se opongan al procedimiento oral.

De esta manera la norma contenida en el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil, expresa:

La audiencia la declarará abierta el juez que la dirige, quien dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma. Previa una breve exposición oral del actor y del demandado, se recibirán las pruebas de ambas partes comenzando siempre con las del actor. En la audiencia o debate oral no se permitirá a las partes ni la presentación ni la lectura de escritos, salvo que se trate de algún instrumento o prueba existente en los autos a cuyo tenor deba referirse la exposición oral. En la evacuación de las pruebas se seguirán las reglas del procedimiento ordinario en cuanto no se opongan al procedimiento oral.

No se redactará acta escrita de cada prueba singular, pero se dejará un registro o grabación de la audiencia o debate oral por cualquier medio técnico de reproducción o grabación. En este caso, se procederá como se indica en el único aparte del artículo 189.

Por su parte el artículo 873 Eiusdem expresa:

Recibida la prueba de una parte, el Juez concederá a la contraria un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas o las repreguntas a los testigos. El Juez podrá en todo caso, hacer cesar la intervención de la contraparte, cuando considere suficientemente debatido el asunto.

Como es lógico, evacuadas las pruebas por las partes, el operador de justicia debe conceder un plazo prudencial a las mismas para que controlen las pruebas —ejercicio del derecho constitucional de la defensa en materia probatoria—.

Concluido el debate oral, conforme a lo previsto en el artículo 875 del Código de Procedimiento Civil, el operador de justicia se retirará de la audiencia por un tiempo no mayor a treinta (30) minutos, y vuelto a la misma, procederá a pronunciar el dispositivo del fallo, mediante una síntesis clara y lacónica de los motivos de hecho y de derecho en que se base.

La sentencia completa y escrita deberá publicarse dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la culminación de la audiencia o debate oral donde se haya dictado el dispositivo del fallo, tal como lo prevé el artículo 877 del Código de Procedimiento, la cual deberá ser redactada en términos claros, precisos y lacónicos sin necesidad de narrativa ni transcripciones de actas ni de documentos que consten en autos, pero conteniendo los motivos de hecho y de derecho de la decisión y demás requisitos del artículo 243 de la Ley Adjetiva Civil.

La sentencia que llegue a dictarse será recurrible, dentro del lapso ordinario, esto es, cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación o consignación en autos del fallo completo y escrito, tal como lo regula el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil, circunstancia esta ilógica y peligrosa, pues el Tribunal tiene un plazo o lapso de diez (10) días para publicar o consignar el fallo completo y escrito, lo cual se traduce en que las partes tendrían que acudir al Tribunal todos los días, durante diez (10) días para constatar si el fallo fue publicado.

Esta circunstancia lesiona el derecho constitucional de la defensa y por demás contraría el principio de preclusión de los lapsos procesales, pues lo lógico hubiese sido que el lapso de apelación comenzara a computarse a partir del vencimiento del lapso de diez (10) días que tiene el Tribunal para publicar el fallo completo y escrito, o de la notificación de las partes si se produce fuera de dicha plazo.

En todo caso la apelación se oírá libremente y en cuanto al trámite en segunda, conforme a lo previsto en el artículo 879 del Código de Procedimiento Civil, se observarán las reglas previstas para el juicio ordinario.

6. CASO ESPECIAL PROCEDIMIENTO ORAL. TACITO

Algunas
en materia de
incidencias de
instrumentos

En todo
el contenido
expresa:

En el pro
en los cas
Título y c
requieran
en el pro
no previs
procurar
del proc
En todo
pueden
disposici

En este
dimiento oral
del procedim
cimiento de ir

Si los ir
junto al libelo
del Código
desconocerlo
reconocidos.

Por su
proceso con
para descono
al vencimient

6. CASO ESPECIAL DEL DESCONOCIMIENTO DE INSTRUMENTOS EN EL PROCEDIMIENTO ORAL. TACHA DE INSTRUMENTOS EN EL PROCEDIMIENTO ORAL. TACHA DE TESTIGOS EN EL PROCEDIMIENTO ORAL

Algunas de las circunstancias procesales no prevista por el legislador en materia de procedimiento oral, son precisamente el trámite de las incidencias de desconocimientos de instrumentos privados, tacha de instrumentos públicos y/o privados y tacha de testigos.

En todo caso, y antes de analizar su tramitación es preciso transcribir el contenido del artículo 860 del Código de Procedimiento Civil, que expresa:

En el procedimiento oral, la forma escrita de los actos sólo será admitida en los casos expresamente contemplados en disposiciones del presente Título y cuando deban practicarse pruebas antes del debate oral, que requieran el levantamiento de un acta. Son aplicables supletoriamente en el procedimiento oral las disposiciones del ordinario en todo aquello no previsto expresamente en este Título, pero en estos casos, el juez procurará asegurar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación del procedimiento oral.

En todo caso, las disposiciones y formas del procedimiento oral no pueden renunciarse ni relajarse por convenio de las partes ni por disposición del Juez.

En este sentido, todo lo no expresamente previsto en el procedimiento oral, será resuelto por aplicación supletoria de las disposiciones del procedimiento ordinario, a cuyo efecto, con ocasión al desconocimiento de instrumentos privados en el procedimiento oral encontramos:

Si los instrumentos privados han sido aportados por el accionante junto al libelo de la demanda, conforme a lo previsto en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, la oportunidad procesal para desconocerlos será en la contestación de la demanda, sin lo cual quedarán reconocidos.

Por su parte, si los instrumentos privados han sido aportados al proceso con la contestación de la demanda, la oportunidad procesal para desconocerlos será dentro de los (5) cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, ello en función del principio

de preclusión de los lapsos procesales y para resguardar el derecho constitucional de la defensa.¹⁹

En todo caso, y conforme a las circunstancias excepcionales antes analizadas, si los instrumentos privados fueron presentados en la oportunidad de la promoción de las pruebas, la oportunidad para desconocerlos, conforme al contenido del artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, será dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a su proposición.²⁰

De haber sido desconocidos los instrumentos privados en las oportunidades antes señaladas, el proponente de los instrumentos desconocidos deberá proponer la prueba de cotejo –experticia grafotécnica– y deberá seguirse el trámite a que se refieren los artículos 445 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, todo ello a propósito,

19 No obstante a lo señalado, otro criterio válido para computar el lapso de desconocimientos de instrumentos privados acompañados junto a la contestación de la demanda, es que el mismo será de cinco (5) días de despacho siguientes a su consignación o producción en autos. En todo caso será el criterio del operador de justicia quien determine a partir de qué oportunidad corre el lapso para desconocer los instrumentos privados acompañados a la contestación de la demanda, pues la norma contenida en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, solo establece dos supuestos, esto es, que los instrumentos privados fueron acompañados al libelo de la demanda o en el lapso de promoción de pruebas, ya que en el procedimiento ordinario, no se permite la aportación de instrumentos privados a la contestación de la demanda, como si se permite en el procedimiento oral.

20 En esta oportunidad se hacen igualmente válidos los criterios antes expuestos, en el sentido que quedará a criterio del juzgador la oportunidad a partir de la cual se computará el lapso para desconocer instrumentos privados aportados en el lapso probatorio, pues pudieran establecerse dos criterios, a saber: Que el lapso de desconocimiento se computare a partir del vencimiento del lapso de promoción de pruebas, ello en función del principio de preclusión de los lapsos procesales; o que se computare a partir de la oportunidad procesal en que se promovieren, todo esto en virtud, que realmente en el procedimiento ordinario, el lapso de desconocimiento de instrumentos privados aportados en el lapso de promoción de pruebas, se computará a partir del día de despacho siguiente a la publicación de las pruebas, que tendrá lugar al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de quince (15) días de despacho de promoción de pruebas, por lo que en materia de procedimiento ordinario, existe certeza procesal en cuanto a la oportunidad de inicio del lapso de desconocimiento, lo cual no puede aplicarse al procedimiento oral.

Esta misma circunstancia pudiera presentarse si el demandado no diere contestación a la demanda –artículo 868 del Código de Procedimiento Civil.

que la audien
conste en auto
en forma antic
citada audienc
oral con el ob
partes podrán
de experticia,
grafotécnica.

En cuan
oportunidad o
Civil, que disp

Los instr
especifica
del recon
día despu
presentad
menos qu
Pasadas e
pero la pa
desconoc
establecer
En el cas
observará
aplicables

En este s
al libelo de la
la demanda y
la contestación
podrán ser tach
a su presentac

21 En materia d
expuestos e
que siendo
instrumento
fundamenta
el cual, ven
pruebas y

que la audiencia o debate oral no podrá fijarse sin que previamente conste en autos las resultas de la prueba de cotejo, —evacuación de prueba en forma anticipada— pues la misma deberá ser tratada y discutida en la citada audiencia, a cuyo efectos los expertos comparecerán al debate oral con el objeto de exponer las conclusiones de la prueba, donde las partes podrán hacer sus observaciones, tal como si se tratase de un prueba de experticia, pues en puridad de verdad, es una prueba de experticia grafotécnica.

En cuanto a la tacha de instrumentos privados, esta se hará en la oportunidad que señala el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

Los instrumentos privados pueden tacharse por los motivos especificados en el Código Civil. La tacha deberá efectuarse en el acto del reconocimiento o en la contestación de la demanda, o en el quinto día después de producidos en juicio, si antes no se los hubiese presentado para el reconocimiento, o en apoyo de la demanda, a menos que la tacha verse sobre el reconocimiento mismo.

Pasadas estas oportunidades sin tacharlos; se tendrán por reconocidos; pero la parte, sin promover expresamente la tacha, puede limitarse a desconocerlos en la oportunidad y con sujeción a las reglas que se establecen en la Sección siguiente:

En el caso de impugnación o tacha de instrumentos privados, se observarán las reglas de los artículos precedentes, en cuanto les sean aplicables.

En este sentido, si los instrumentos privados fueron acompañados al libelo de la demanda, podrán tacharse de falsos en la contestación de la demanda y si fueron aportados en otra oportunidad procesal, bien en la contestación de la demanda o en el lapso de promoción de pruebas, podrán ser tachados de falsos en el quinto (5to) día de despacho siguiente a su presentación o producción.²¹

21 En materia de tacha de falsedad de instrumentos privados, son aplicables los criterios expuestos en materia de desconocimiento de instrumentos privados, en el sentido, que siendo que en el procedimiento ordinario no se permite la aportación de instrumentos privados en la contestación de la demanda, pues si no son fundamentales, deberán proponerse en el lapso de promoción de pruebas, caso en el cual, vencido el lapso de promoción de pruebas, se procederá a publicar las pruebas y a partir de ese momento es que corre el tiempo para tachar los

De ser tachados de falsos los instrumentos privados aportados al proceso, se seguirá el procedimiento contenidos en los artículos 440 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Si se trata de instrumentos públicos, los mismos conforme a lo previsto en el artículo 439 Eiusdem, podrán tacharse de falsos en cualquier estado y grado del proceso, siguiéndose con el procedimiento contenido en la Ley Adjetiva Civil.

Por último y en cuanto a la tacha de testigos, consideramos que la misma podrá producirse por las causas de inhabilidad absoluta o relativa establecidas en el Código de Procedimiento Civil, y en el tiempo procesal establecido en el artículo 499, esto es, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la admisión de la prueba testifical, sin que la tacha evite que se proceda a tomar la declaración.

En este caso, y para demostrar las causas de tacha, creemos que deberá producirse la articulación probatoria a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, pues no existe lapso para proponer las pruebas de la tacha, ya que el acto procesal siguiente a la admisión de las pruebas, será la evacuación de las pruebas anticipadas -de ser el caso- o la audiencia o debate oral.

Hechas algunas consideraciones sobre el régimen de las pruebas en el proceso oral contenido en el Código de Procedimiento Civil, de seguidas pasamos al análisis probático en el procedimiento marítimo.

7. JURISDICCIÓN ESPECIAL ACUÁTICA Y DE ACTIVIDADES CONEXAS O MARÍTIMA

Con la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insolares, se crea una nueva competencia especial denominada acuática y de actividades conexas o marítimas, la cual estará conformada, tal como lo norma los artículos 109 y 110, por tres (3) Tribunales Superiores Marítimos y cinco (5) Tribunales de Primera

instrumentos, circunstancia esta diferente a lo que sucede en el procedimiento oral, debe expresarse que en éste último caso, el tiempo del desconocimiento pudiera computarse a partir de la producción o aportación en autos de los instrumentos privados, o a partir del vencimiento de los lapsos respectivos.

Instancia Marítima acuática nacional, independientemente y sobre buques extranjeros nacional; así como operaciones que no otra actividad que

Estos Juzgados juez que deberá ser reconocida honoraria para su escogencia navegación y comercio superior en esta rama años en el mismo para los Tribunales

Los Tribunales previstos en el artículo señalado, son como

- 1- De las controversias relativos al comercio la actividad marítima del transporte
- 2- De las acciones su representación o embargo por
- 3- De los casos de matrícula en virtud de extranjeros República;
- 4- De los procedimientos acciones par

Instancia Marítimos, los cuales tendrán competencia sobre todo el espacio acuático nacional, sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentren y sobre buques extranjeros que se encuentren en aguas bajo jurisdicción nacional; así como sobre los derechos y acciones derivados de las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y sobre cualquier otra actividad que señale la Ley.

Estos Juzgados serán de carácter unipersonal, conformados por un juez que deberá ser abogado, venezolano, mayor de treinta (30) años, de reconocida honorabilidad y competencia, siendo de condición preferente para su escogencia, ser especialista en derecho marítimo, derecho de la navegación y comercio exterior o su equivalente, ser docente a nivel superior en esta rama o haber ejercido la abogacía por más de diez (10) años en el mismo campo para los Tribunales Superiores y cinco (5) años para los Tribunales de Instancia.²²

Los Tribunales de Primera Instancia Marítimos, conforme a lo previsto en el artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica antes señalado, son competentes para conocer de los siguientes asuntos:

- 1- De las controversias que surjan de los actos civiles y mercantiles relativos al comercio y tráfico marítimo, así como las relacionadas a la actividad marítimo portuaria, y las que se sucedan mediante el uso del transporte multimodal con ocasión del comercio marítimo;
- 2- De las acciones dirigidas contra el buque, su capitán, su armador o su representante, cuando aquel haya sido objeto de medida cautelar o embargo preventivo;
- 3- De los casos que involucren a más de un buque y que alguno fuere de matrícula nacional, o cuando resulte aplicable la legislación nacional en virtud del contrato o de la ley, o cuando se trate de buques extranjeros que se encuentren en aguas jurisdiccionales de la República;
- 4- De los procedimientos de ejecución de hipotecas navales, y de las acciones para el reclamo de privilegios marítimos;

22 Ver nuestra obra conjunta *Teoría General del Proceso*.

- 5- De la ejecución de sentencias extranjeras previo al exequátur correspondiente;
- 6- De la ejecución de laudos arbitrales y resoluciones relacionadas con causas marítimas;
- 7- De juicios concursales de limitación de responsabilidad de propietarios o armadores de buques;
- 8- De las acciones derivadas con ocasión de la avería gruesa;
- 9- De las acciones derivadas con ocasión de los servicios de pilotaje, remolques, lanchaje, señalización acuática, labores hidrográficas, meteorológicas, oceanográficas, la cartografía náutica y la canalización y mantenimiento de las vías navegables;
- 10- De las acciones que se propongan con ocasión del manejo de contenedores, mercancías, materiales, provisiones, combustibles y equipos suministrados o servicios prestados al buque para su explotación, gestión, conservación o mantenimiento;
- 11- De las acciones que se propongan con ocasión de la construcción, reparación, modificación o desguase de buques;
- 12- De las acciones que se propongan con ocasión de primas de seguros, incluidas las cotizaciones de seguros mutuo, pagaderas por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por cuenta, en relación con el buque;
- 13- De las acciones relativas a comisiones, corretajes u honorarios de agencias navieras pagaderos por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, por su cuenta, en relación con el buque;
- 14- De controversias a la propiedad o a la posesión del buque, así como de su utilización o del producto de su explotación;
- 15- De las acciones derivadas del uso de los diversos medios y modos de transporte utilizados con ocasión del comercio marítimo;
- 16- De las hipotecas o gravámenes que pesan sobre el buque;
- 17- De las acciones derivadas de hechos ilícitos con ocasión de actividades efectuadas en los espacios acuáticos nacionales; y
- 18- De cualquier otra acción, medida o controversia en materia regulada por la Ley.

Por s
normado e
para cono

- 1- De las a
en prin
- 2- De los s
edición
distinto
tribunal
- 3- De los r
la adm
corresp
- 4- De cual
la mate

De la
podrá inten
Supremo d

Los t
establece la
de Ley Org
las ciudad
Maracaibo
Instancia c
distribuido
Instancia, c
Estado Mira
de Primera
los Estados
Tribunal M
competenc

- 23 Debe c
activida
del artí
primer
mismo

Por su parte los Tribunales Superiores Marítimos, conforme a lo normado en el artículo 112 del Decreto en comento, serán competentes para conocer de los siguientes asuntos:

- 1- De las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas, en primera instancia, por los Tribunales Marítimos;
- 2- De los conflictos de competencia que surjan entre tribunales cuyas ediciones pueda conocer en apelación y entre estos y otros tribunales distintos cuando el conflicto se refiera a materias atribuidas a los tribunales marítimos;
- 3- De los recursos de hecho intentados contra las decisiones relativas a la admisibilidad de la apelación en causas cuyo conocimiento le corresponde en segunda instancia; y
- 4- De cualquier otro recurso o acción que le atribuye la ley que regula la materia.²³

De las decisiones dictadas por los Tribunales Superiores Marítimos, podrá intentarse recurso de apelación, el cual será conocido por el Tribunal Supremo de Justicia.

Los tres (3) Tribunales Superiores Marítimos creados, tal como lo establece la disposición transitoria Décima Novena del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares, tendrán sus sedes en las ciudad de Caracas (Región Central), Barcelona (Región Oriental) y Maracaibo (Región Occidental); por su parte los Tribunales de Primera Instancia que estarán conformados por cinco (5) juzgados, estarán distribuidos de la siguiente manera: Un Tribunal Marítimo de Primera Instancia, con sede en la Guaira y con competencia en Distrito Federal, Estado Miranda, Vargas y Dependencias Federales; Un Tribunal Marítimo de Primera Instancia, con sede en Puerto Cabello, y con competencia en los Estados Aragua, Carabobo, Cojedes, Lara, Portuguesa y Yaracuy; Un Tribunal Marítimo de Primera Instancia, con sede en Puerto Ordaz y con competencia den los Estados Amazonas, Apure, Bolívar, Delta Amacuro

²³ Debe destacarse que con la creación de la competencia especial acuática de actividades conexas o marítimas, quedaron derogados los ordinales 3°, 4°, 5° y 6° del artículo 1.090 del Código de Comercio, último aparte del artículo 1.095, el primer aparte del artículo 1.100 y los artículos 1.116 al 1.118, todos inclusive del mismo Código.

y Guárico; Un Tribunal Marítimo de Primera Instancia, con sede en Maracaibo, y con competencia en los Estados Barinas, Falcón, Mérida, Táchira, Trujillo y Zulia; Un Tribunal Marítimo de Primera Instancia, con sede en Puerto la Cruz, con competencia en los Estados Anzoátequi, Monagas, Nueva Esparta y Sucre.

En general, como lo expresa la exposición de motivos de Decreto con Fuerza de Ley del Procedimiento Marítimo, la competencia marítima tendrá por objeto el conocimiento de aquellos asuntos que se presenten con motivo de la creación de las leyes de Marina y Actividades Conexas, Comercio Marítimo, General de Puertos, de Costas y de Pesca y Acuicultura.

8. PROCEDIMIENTO MARÍTIMO. DILIGENCIAS O ACTIVIDADES PROBATORIAS ANTICIPADAS

En fecha 13 de Noviembre de 2.001, fue publicado en Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinaria, el Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, el cual entró en vigencia en Mayo de 2.002, y que establece propiamente el régimen procesal ordinario para ser aplicado a aquellos asuntos marítimos que nos tienen previsto un procedimiento especial, entre cuyas características generales se destacan las innovaciones en el trámite del procedimiento judicial, privando la oralidad y la concentración en la tramitación de los asuntos pertenecientes a la competencia especial marítima, la realización de diligencias o actividades probatorias anticipadas, la posibilidad de la reforma de la demanda y de la contestación con posterioridad a la contestación de la demanda y la posibilidad de evacuarse pruebas sin la presencia del operador de justicia, entre otras circunstancias.

Esta Ley de Procedimiento Marítimo, como lo expresa el profesor Alberto BAUMEISTER TOLEDO,²⁴ encuentra sus raíces en parte en el sistema jurídico procesal norteamericano, y más atinadamente en las normas del Estado de Louisiana (*Discoveris*) y en la Ley Panameña sobre

24 Alberto BAUMEISTER TOLEDO. Breves Consideraciones Sobre los Procedimientos en Derecho Marítimo Venezolano. Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca.

Procedimie
modelo y e
República.

El Pro
comento, ta
del asunto,
en el Libro
caracteriza
concentraci

De es

El pro
en for
inmed
conter
Civil, e

Tal e
Civil, el pro
contener lo
deberá acc
de que disp
y domicilio
audiencia c

Prese
artículo 10
sobre la ad
parte dema
dentro de l
autos su cit
cual, confo

25 Remitin
26 Confor
Procedi
Tribuna
Procedi

Procedimientos Marítimos, que por igual adoptó en gran parte el mismo modelo y en algunos Convenios internacionales ya suscritos por la República.

El Procedimiento marítimo ordinario contemplado en la Ley en comento, tal como lo regula el artículo 8º, indistintamente de la cuantía del asunto, se tramitará por conducto del procedimiento oral contenido en el Libro Cuarto, Título IX del Código de Procedimiento, y estará caracterizado y regulado por los principios de oralidad, brevedad, concentración, inmediación, gratuidad y publicidad.

De esta manera la norma antes señalada expresa:

El procedimiento marítimo, cualquiera sea su cuantía, se desarrollará en forma oral, aplicando los principios de la brevedad, concentración, inmediación, gratuidad y publicidad conforme a las disposiciones contenidas en el Libro Cuarto, Título IX del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones señaladas en este Capítulo.

Tal como lo señala el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil, el procedimiento comenzará con una demanda escrita que deberá contener los requisitos a que se refiere el artículo 340 Eiusdem donde deberá acompañarse al libelo de demanda, toda la prueba instrumental de que disponga el accionante, así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán su declaración en el debate o audiencia oral.²⁵

Presentada la demanda, el Tribunal Marítimo por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil,²⁶ deberá pronunciarse sobre la admisión de la demanda, ordenando al efecto la citación de la parte demandada, a fin de que comparezca en el lapso ordinario, esto es, dentro de los veinte (20) días de despacho siguientes a que conste en autos su citación, para que tenga lugar la contestación de la demanda, la cual, conforme a lo previsto en el artículo 865 Eiusdem, deberá ser en

25 Remitimos al lector al análisis del procedimiento oral realizado anteriormente.

26 Conforme a lo previsto en el artículo 3º del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimientos Marítimos, en los procesos que conozcan, sustancien y decidan los Tribunales Marítimos, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

forma escrita y donde se expresarán todas las defensas previas y de fondo que el demandado creyere conveniente, todo ello a propósito que deberá acompañarse junto al escrito de contestación, toda la prueba documental de que disponga el pretensionado, y deberá mencionarse el nombre, apellido y domicilio de los testigos que depondrán en el debate o audiencia oral.²⁷

En la oportunidad de la contestación de la demanda, el accionado tendrá la oportunidad de oponer cuestiones previas, las cuales serán tramitadas y decididas, conforme al procedimiento establecido en los artículos 866 y 867 del Código de Procedimiento Civil, el cual fuera analizado anteriormente.

Ahora bien, tal como lo norma el artículo 9º del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, verificada la contestación de la demanda y subsanadas o decididas como hayan sido las cuestiones previas que se hayan opuesto, de pleno derecho, sin necesidad de decreto o providencia del operador de justicia, se entenderá abierto un lapso de cinco (5) días de despacho, dentro de los cuales alguna de las partes podrá solicitar al Tribunal que ordene a la otra la exhibición de documentos, grabaciones o registros que se encuentren bajo su control o en su custodia, relacionadas con el tema controvertido, o bien que sean reproducidos por cualquier medio.

Igualmente podrá solicitarse al Tribunal que se acceda a un buque, muelle, dique seco, almacén, construcción o área portuaria, con el objeto de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento; o bien para medirlos, fotografiarlos o reproducirlos.

La norma en cuestión señala:

Verificada oportunamente la contestación a la demanda y subsanadas o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, se entenderá abierto un lapso de cinco días dentro del cual cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal ordene a la otra:

1. La exhibición de los documentos, grabaciones o registros que se encuentren bajo su control o en su custodia, relacionados con el asunto objeto de la demanda, o permitir que sean reproducidos por cualquier medio.

27 Nuevamente remitimos al lector al análisis del procedimiento oral.

2. El acceso a
área portuaria
otro objeto o

De esta man
marítimo en estu
fijará la oportuni
868 del Código d
un lapso de cinco
tienen, puedan p
diligencias o activ
como "elemento
analizamos, tiene
jurisdiccional, m
controvertidos en

Una de éstas
las partes, será la
contengan la dem
encuentren en pe
incluso podrá acc
pertinentes, a cuy
del Código de Pro

Realmente
exhibición, consi
un mecanismo pa
grabaciones o reg
en forma alguna
mecanismo ni qu
bastaría con la
consideramos qu
analogicamente el
Civil, donde se
concomitantemen
acompañe una co
afirme el contení
presunción grave
del adversario.

2. El acceso a un buque, muelle, dique seco, almacén, construcción o área portuaria, con el fin de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento; medirlos, fotografiarlos o reproducirlos.

De esta manera, una vez contestada la demanda en el procedimiento marítimo en estudio y resueltas las cuestiones previas opuestas, no se fijará la oportunidad para que tenga lugar la audiencia preliminar –artículo 868 del Código de Procedimiento Civil–, sino que se entenderá abierto un lapso de cinco (5) días para que cualquier de las partes, si ha bien lo tienen, puedan pedir al Tribunal la realización de cualquiera de éstas diligencias o actividades probatorias anticipadas, denominadas por la ley como “elementos probatorios” pues efectivamente la norma que analizamos, tiene por objeto traer al proceso, con el auxilio del órganos jurisdiccional, material probatorio que tienda a demostrar hechos controvertidos en la contienda judicial.

Una de éstas actividades probáticas anticipadas que podrán solicitar las partes, será la exhibición de documentos, grabaciones o registros que contengan la demostración de hechos debatidos en el proceso y que se encuentren en poder o bajo la custodia de alguna de las partes, donde incluso podrá acordarse su reproducción por cualquiera de los medios pertinentes, a cuyo efecto podría aplicarse el contenido del artículo 502 del Código de Procedimiento Civil.

Realmente la diligencia o actividad probatoria referida a la exhibición, consideramos que más que un medio probático, constituye un mecanismo para traer al proceso medios de pruebas –documentos, grabaciones o registros–, siendo interesante destacar, siendo que la Ley en forma alguna expresa como deberá realizarse la proposición de éste mecanismo ni qué requisitos deben cumplirse, por lo que pareciere que bastaría con la simple proposición o solicitud de exhibición, más consideramos que ante la ausencia de requisitos deberá aplicarse analógicamente el contenido del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, donde se le exija al promovente de la exhibición, que concomitantemente cumpla con dos extremos de Ley, a saber: Que se acompañe una copia del documento, o en su defecto que se indique o afirme el contenido del mismo; y un medio de prueba que constituya presunción grave que el instrumento se halla o se ha hallado en poder del adversario.

Consideramos, que en todo caso, e indistintamente de que se aplique analógicamente el contenido del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, el proponente de la exhibición está en la obligación de aportar un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave que el documento se halla o se ha hallado en poder de la otra parte, pues del contenido del artículo 9º del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, puede inferirse claramente que el documento, grabación o registro objeto de la mecánica probática, deberá estar en poder –control o custodia– del adversario, sin lo cual la mecánica deberá ser inadmitida por el órganos jurisdiccional; Igualmente, esta circunstancia se desprende del contenido del artículo 13 de la Ley, conforme al cual la parte requerida podrá hacer la prueba de que los documentos u objetos a exhibir, no se encuentran en su posesión o bajo su custodia, circunstancia ésta que conlleva a que efectivamente el proponente de la mecánica de exhibición, se encuentra en la obligación de demostrar que los documentos u objetos a exhibir, se hallan o se hallaban en poder –control o custodia– de su adversario.

Otra de las diligencias o actividades probáticas anticipadas que pueden proponerse, es el acceso judicial a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias, con el objeto de practicar inspecciones judiciales de naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento, a cuyo efecto, tratándose de una inspección judicial, consideramos que la parte proponente de la prueba, debe indicar con claridad y precisión los hechos controvertidos sobre los cuales recaerá la actividad sensorial del juzgador, salvo que se trate de hechos que desconoce el solicitante de la actividad probatoria anticipada, y que precisamente son el objeto de la solicitud de acceso a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias.

En este último y novedoso caso, consideramos que si la parte proponente de la diligencia probatoria desconoce con qué se va a encontrar en los buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias, una vez en el sitio, observando la existencia de naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento que sirva para la demostración de hechos controvertidos, podrá en ese mismo momento solicitar al operador de justicia que deje constancia sobre los mismos –inspección judicial–, incluso que se proceda a su reproducción, medición

o fotografía de
502 del Código

Propues
diligencias o
requerida para
para que perm
construcciones
de despacho
prorrogado po
Tribunal, tal co
de Procedimie

Pero de
señala en form
jurisdiccional d
debe realizarse

A este r
cuanto a la op
diligencia o act
el contenido d
efecto, el auto
días de despac
partes podrán

En cuan
deberá realiza
veinte (20) d
correspondie
grabaciones o
dique secos, a

Obsérves
probatorias a d
de Procedimie
a exhibir o a pe
construcciones
apercibimiento
será la consec
obligada no e

o fotografía de ser posible, aplicándose al efecto el contenido del artículo 502 del Código de Procedimiento Civil.

Propuesta por alguna de la partes cualquiera de éstas novedosas diligencias o actividades probatorias, el Tribunal intimará a la parte requerida para que exhiba los documentos, grabaciones o registros, o para que permita el acceso a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias, dentro de un plazo de veinte (20) días de despacho siguientes a la intimación, pudiendo dicho plazo ser prorrogado por acuerdo de las partes o por causa justificada a juicio del Tribunal, tal como lo regula el artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo.

Pero debe destacarse que realmente el artículo en comento no señala en forma alguna, ni en que oportunidad procesal debe el órgano jurisdiccional dictar el auto ordenando la intimación de la parte, ni cómo debe realizarse dicha intimación.

A este respecto, consideramos que ante el silencio de la Ley en cuanto a la oportunidad para que el Tribunal dicte el auto admitiendo la diligencia o actividad probatoria anticipada, debe aplicarse supletoriamente el contenido del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo efecto, el auto correspondiente deberá producirse dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso dentro del cual las partes podrán solicitar las diligencias probatorias anticipadas.

En cuanto a la intimación de la parte, consideramos que la misma deberá realizarse mediante boleta, donde se indique que dentro de los veinte (20) días de despacho siguientes a que conste en autos la correspondiente intimación, deberán exhibirse los documentos, grabaciones o registros, o deberá permitirse el acceso a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias.

Obsérvese que propuestas cualquiera de las diligencias o actividades probatorias a que se refiere el artículo 9º del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, se ordenará el llamado de la parte obligada a exhibir o a permitir el acceso a buques, muelles, diques secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias, a través de la intimación y bajo apercibimiento o amenaza, más no se establece en forma alguna, cual será la consecuencia jurídica y procesal que se producirá, si la parte obligada no exhibe o permite el acceso a los lugares señalados,

circunstancia ésta que pudiera traducirse en que perfectamente la parte requerida podría adoptar una actitud negativa, contumaz o de renuencia ante el requerimiento del Tribunal, lo cual pudiera fomentar el fraude procesal, la falta de lealtad y probidad.

El legislador ordenó el llamado de la parte a través de la intimación bajo apercibimiento o amenaza, pero no reguló cual sería la consecuencia procesal de la falta de exhibición o de la negativa de la parte a permitir el acceso a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias, circunstancia esta que nos motiva a expresar, que en cuanto al primero de los casos, es decir, ante la contumacia de alguna de las partes a exhibir documentos, grabaciones o registros, no podría aplicarse sanción procesal alguna; pero en cuanto al acceso a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias, consideramos que si la parte impide tal acceso, el Tribunal podrá hacer caso omiso a dicha circunstancia y proceder a la materialización de la diligencia o actividad probática, pues se encuentra actuando investido de jurisdicción y con plena competencia.

No obstante a lo anterior, el artículo 13 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo dispone que el operador de justicia, ante la falta o negativa de exhibición de documentos o acceso a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias, sin motivo justificado, podrá extraer las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen, por lo que en todo caso quedará a la prudencia del decisor analizar si existieron o no motivos justificados para adoptar la negativa ante el requerimiento del Tribunal.

El profesor Alberto BAUMEISTER TOLEDO, al referirse al tema tratado, expresa que la conducta de la parte que niega el buen decurso de la prueba, será sancionada con una presunción *iuris tantum* que implica una valoración en su contra por la disconducta de ella, adinmiculado a los demás recaudos o pruebas que cursen en autos.²⁸

Realmente esta opinión que respetamos por provenir de un reconocido y prestigioso profesor y jurista, no la compartimos, pues nos atreveríamos a decir que la Ley de Procedimiento Marítimo bajo ninguna fórmula contempla que la conducta negativa de la parte requerida, pueda

28 Alberto BAUMEISTER TOLEDO. Ob. Cit.

ser sancionada con una presunción desvirtuable en su contra, ya que la Ley —como se señalara— solo se limitó a ordenar la intimación bajo apercibimiento de requerido, pero no dispuso las consecuencias procesales o probatorias de la falta de colaboración del mismo, solo dejó a la potestad al operador de justicia, el extraer de su conducta las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejaren, las cuales podrían ser en beneficio o en contra de los intereses del propio requerido.

Por otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, la parte requerida —obligada a exhibir o a permitir el acceso a los lugares antes señalados— podrá dentro del lapso de cinco (5) días de despacho siguientes a la constancia en autos de su intimación, oponerse a todo o parte del objeto de la intimación por razones de ilegalidad, impertinencia o de orden público.

En este caso nos encontramos ante el derecho constitucional de la defensa que tiene el requerido o intimado a oponerse a la orden del Tribunal, la cual, conforme a la norma en comento, se realizará con posterioridad a la admisión de las diligencias o actividades probatorias anticipadas promovidas, es decir, dentro de los primeros cinco (5) días de despacho del lapso de la intimación —veinte (20) días de despacho—, por lo que el lapso de intimación y de oposición corren o se computan paralelamente, circunstancia ésta por demás anormal o atípica, pues lo lógico hubiese sido que el requerido hiciera la oposición a la admisión de las diligencias o actividades probatorias, antes de que se produjera su admisión, para de esta manera cumplir eficazmente con el ejercicio del derecho constitucional de la defensa.

En todo caso, y no obstante a que la oposición al requerimiento del Tribunal fue prevista en la Ley con posterioridad a la admisión de las diligencias o actividades probatorias, consideramos que antes que se produzca su admisión, perfectamente la parte a quien se le solicita la exhibición o el acceso a los lugares antes indicados, podrá oponerse a la admisión de las diligencias o actividades, no solo por los motivos de ilegalidad, impertinencia o de orden público, sino también por irrelevancia, ilicitud, irregularidad en la proposición de las pruebas anticipadas, inidoneidad o inconducencia.

Pero siguiendo con lo señalado en la Ley, hecha la oposición a la intimación realizada por el Tribunal en tiempo oportuno, se suspenderá

el término de la intimación, y el operador de justicia, deberá resolver la misma en un término que no excederá de tres (3) días de despacho,²⁹ caso en el cual, se declarar improcedente la oposición, el lapso continuará respecto de aquellos elementos probatorios solicitados que hayan sido admitidos.³⁰

Para terminar éste punto, es interesante destacar que tal como está redactado el artículo 9° de la Ley de Procedimiento Marítimo, si el demandado no dio contestación a la demanda, no habrá oportunidad de proponer las diligencias o actividades probatorias que se analizan, pues la ley se refiere a “verificada oportunamente la contestación de la demanda”, circunstancia ésta que traerá como consecuencia, que vencido el lapso de emplazamiento –veinte (20) días de despacho– no se abrirá de pleno derecho el lapso para proponer las diligencias o actividades probatorias anticipadas reguladas en el procedimiento marítimo, sino que se entenderá abierto el lapso a que se refiere el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, esto es, el lapso de promoción de pruebas que se debatirán en la audiencia o debate oral.

29 Es interesante destacar que en el artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, el legislador incurre en una clara contradicción, ya que indistintamente se refiere a “plazos” y a “términos”, como si fueren sinónimos, ya que en principio ordena la intimación del requerido para un plazo de veinte (20) días y posteriormente al referirse a la oposición, utiliza la palabra “término” y “lapso”, por lo que realmente no sabemos si se trata de un plazo, lapso o término.

30 Para mayor claridad sobre este aspecto consideramos prudente transcribir el artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo que expresa: “El Juez intimará a las partes requeridas para que exhiban los documentos, grabaciones o registros que permitan el acceso a los que se refiere el artículo anterior, bajo apercibimiento, dentro de un *plazo* de veinte (20) días de despacho siguientes a la intimación. Este *plazo* podrá ser prorrogado por el acuerdo de las partes, o por causa justificada o juicio del Tribunal.

Dentro de los primeros cinco (5) días del referido plazo, la parte requerida podrá oponerse a todo o parte del objeto de la intimación por razones de ilegalidad, impertinencia o de orden público. El juez resolverá sobre la oposición en un término que no excederá de tres (3) días de despacho.

La oposición suspenderá el *término* de la intimación. Decidida la oposición, el *lapso* continuará respecto de aquellos elementos probatorios solicitados que hayan sido admitidos.” (Cursivas nuestras).

9. REFORMA DE LA

Tal como lo de Procedimiento siguientes a la de o actividades pro 10 *Ejusdem*, la pa esta novedosa pu demanda con po

El motivo o es precisamente otras circunstanc basa la pretensión probáticas realiza las mismas, pod que no se habi introducirse origi

En este se anticipadas –exh dique secos, alm de naves, mercan o fotografías- sur fueron plasmado existían en ese m circunstancia esta diligencias o ac materializaron, b o por contumacia no existirá posibi con la posición a sentido que no p alguna manera n materiales proba autor en cuestió alegatos, sobreve

9. REFORMA DE LA DEMANDA Y DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tal como lo establece el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, dentro del lapso de cinco (5) días de despacho siguientes a la declaración del Tribunal de haber concluido las diligencias o actividades probatorias anticipadas a que se refieren los artículos 9° y 10 *Ejusdem*, la parte accionante podrá reformar la demanda, circunstancia esta novedosa pues en nuestra legislación actual no existe reforma de la demanda con posterioridad a la contestación de la misma.

El motivo o la razón por la cual se permite la reforma de la demanda, es precisamente para adicionar, incluir, excluir o complementar entre otras circunstancias, los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la pretensión, con motivo a las resultas de las diligencias o actividades probatorias realizadas en forma anticipada, pues de la materialización de las mismas, podrán surgir nuevos hechos y pruebas que no existían o que no se habían tomado en consideración para el momento de introducirse originalmente la demanda.

En este sentido, si de las diligencias o actividades probatorias anticipadas —exhibiciones, reproducciones, acceso a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias, inspecciones de naves, mercancías o de cualquier otro objeto o documento, mediciones o fotografías— surgen nuevos elementos de hecho o de derecho que no fueron plasmados en la demanda original, o nuevas pruebas que no existían en ese momento, la nueva Ley permite la reforma de la demanda, circunstancia esta que se traduce, por criterio en contrario, en que si las diligencias o actividades probatorias anticipadas no se realizaron o materializaron, bien por que el Tribunal declaró procedente la oposición o por contumacia del requerido, o si no hubo contestación a la demanda, no existirá posibilidad de reforma del libelo, por lo que nos identificamos con la posición asumida por el profesor BAUMEISTER TOLEDO, en el sentido que no podría reformarse la demanda o la contestación, si de alguna manera no se refiriera o sustentara en la consignación de nuevos materiales probatorios, pues lo contrario equivaldría a permitir —dice el autor en cuestión— solapadamente una forma de reforma de dichos alegatos, sobrevenidamente y por hechos no justificados.³¹

31 Alberto BAUMEISTER TOLEDO. Ob. Cit.

Así, el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo señala:

Dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, a la declaratoria del Tribunal de haber concluido las diligencias a que se refieren los artículos 9º y 10, el demandante podrá reformar su demanda. En ese supuesto, el demandado podrá contestar la reforma dentro de los cinco días de despacho siguientes al vencimiento del término concedido para la reforma.

Si el demandado no hubiere reformado la demanda, podrá el demandado reformar su contestación.

Con la reforma de la demanda o de la contestación, las partes deberán ratificar todas las pruebas y documentos presentados originalmente, la lista de testigos que rendirán declaración en el debate oral, así como presentar los documentos adicionales que pretendan hacer valer, los nombres y domicilios de los nuevos testigos que rendirán declaraciones. Las pruebas documentales que no fuesen presentadas no se admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y se haya indicado la oficina donde se encuentran.

Es interesante observar, que el lapso que tiene el accionante para reformar la demanda con motivo a las pruebas obtenidas por conducto de las diligencias o actividades probatorias anticipadas, se computará a partir de la declaratoria del Tribunal de haber concluido las mismas, por lo que existe la obligación para el decisor de dictar un auto expreso donde declare tal culminación, el cual, ante el silencio de la Ley, deberá producirse en lapso a que se contrae el artículo 10 de la Ley Adjetiva Civil; en tal sentido, hasta que el Tribunal no emita su auto, no comenzará a computarse el lapso para la reforma.

Producida la reforma de la demanda y vencido el lapso correspondiente, el demandado tendrá un lapso de cinco (5) días de despacho para dar contestación a la misma, pero obsérvese que propuesta la reforma de la demanda, no señala en forma alguna la Ley si el Tribunal debe pronunciarse sobre su admisión, a cuyo efecto consideramos, que si se produjo la reforma de la demanda, el Tribunal deberá pronunciarse sobre su admisión, en el lapso a que se refiere el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, ello por aplicación supletoria.

En todo caso, reformada la demanda y producida la contestación de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 868 del

Código de
(5) días de
audiencia p

Pudie
lo haga el o
procesal alg
circunstanc
que se le da
de despacho
accionante
Tribunal de

Dispe
de la demar
de *ratificar*
—en el libe
depondrán
documento
domicilios o

Sobre

En pr
que ha refo
documental
contestación
no se ratific
exceso de f
los artículos
dichas prue
éste sentido
Marítimo —o

En se
solo exige q
sin exigir el
fraudes pro
propuestos.

Por ú
deberán acc

Código de Procedimiento Civil, el Tribunal deberá fijar uno de los cinco (5) días de despacho siguientes y a una hora, para que tenga lugar la audiencia preliminar.

Pudiera suceder que el accionante no reforme su demanda, mas sí lo haga el demandado, siendo el caso que el legislador no señaló lapso procesal alguna dentro del cual podrá el demandado realizar tal reforma, circunstancia ésta ante la cual, creemos, debe otorgarse el mismo lapso que se le da al accionante para tal fin, es decir, un lapso de cinco (5) días de despacho computados a partir del vencimiento del lapso que tiene el accionante para reformar la demanda, y una vez producida la reforma, el Tribunal deberá fijar la oportunidad para la audiencia preliminar.

Dispone el artículo que venimos comentando, que con la reforma de la demanda o de la contestación, las partes se encuentran en el deber de *ratificar* todas las pruebas documentales presentadas originalmente –en el libelo o en la contestación original– y la lista de testigos que depondrán en la audiencia o debate oral, así como la presentación de los documentos *adicionales* que pretendan proponer y los nombres y domicilios de los nuevos testigos que rendirán declaración.

Sobre este aspecto debemos hacer algunas reflexiones.

En primer término, que sucede si la parte –actora o demandada– que ha reformado su demanda o contestación no ratificaren las pruebas documentales y de testigos propuestas o presentadas en la demanda o contestación original. Ante esta circunstancia, somos del criterio que si no se ratifican –procesalmente hablando– no sucede nada, pues sería un exceso de formalismo inútil y contrario a los postulados contenidos en los artículos 26 y 257 Constitucionales, dejar de evacuar, analizar o desechar dichas pruebas con fundamento a la falta de ratificación, por lo que en éste sentido, el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo –consideramos– es inconstitucional.

En segundo término, y con ocasión a la prueba testimonial, la Ley solo exige que el proponente indique el nombre y domicilio de los testigos, sin exigir el apellido de los mismos, circunstancia ésta que podría propiciar fraudes procesales, en el sentido de traer testigos diferentes a los propuestos.

Por último, en las reformas de la demanda o de la contestación, deberán acompañarse los instrumentos adicionales que pretendan valerse,

así como la lista de los testigos –nuevos– que depondrán en la audiencia o debate oral, sin que les sean admitidos con posterioridad, salvo que se trate de instrumentos públicos y se haya indicado la oficina donde se encuentren.

De esta manera observamos con preocupación, que si bien el nuevo Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento marítimo, amplía las facultades probatorias y permite la reforma de la demanda y de la contestación, no existe claridad en cuanto a las normativas jurídicas que contemplan dichas circunstancias, lo cuál pudiera producir en la práctica errores de interpretaciones y falsas aplicaciones, incluso fraudes a la Ley.

10. OTRAS DILIGENCIAS O ACTIVIDADES PROBATORIAS ANCITIPADAS

Aunado a la posibilidad que tienen las partes luego de producida la contestación de la demanda, de proponer diligencias o actividades probatorias anticipadas, el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, contempla la posibilidad, en cualquier momento u oportunidad antes de la audiencia o debate oral, de proponer pruebas anticipadas, como lo podrían ser la deposición de algún testigo, la realización de la prueba de inspección judicial, de experticia o de reconocimiento, siempre que se justifiquen la urgencia y por el peligro que desaparezcan el medio probatorio.

A tal efecto la norma en comento expresa:

En cualquiera oportunidad anterior a la audiencia oral, las partes podrán promover algún testigo, inspección judicial, experticia o reconocimiento, siempre que justifiquen la urgencia, por el peligro que desaparezca el medio probatorio.

En este supuesto, el juez fijará una oportunidad que no podrá ser menor de dos (2) días de despacho, previa notificación de la contraparte.

Esta norma podría interpretarse de dos maneras, a saber:

a. Que cuando alguna de las pruebas promovidas en sus oportunidades correspondientes pudieran desaparecer, se ordenaría su evacuación en forma anticipada, siempre que se justificare tal circunstancia.

De interpretarse la norma en comento en este sentido, pudiera argumentarse que la misma es confusa y contradictoria, pues obsérvese

que el legislador al comienzo de la disposición legal utilizó la frase "promover" para referirse en realidad a una "evacuación" de pruebas antes del debate oral, cuando fuere justificada la circunstancia del peligro de que el medio probatorio pudiera desaparecer.

En este caso, si las pruebas fueron propuestas en la demanda, en la contestación o en el lapso probatorio, y se justificare el peligro que de no evacuarse, los hechos sobre los cuales recaería pudieran desaparecer, se ordenaría su evacuación anticipada, es decir, antes de la audiencia o debate oral.

b. La otra interpretación que pudiera dársele a la norma en comento, es que en cualquier momento antes de la audiencia o debate oral, pudieran proponerse –promoverse– y evacuarse medios probatorios, cuando se justificare la urgencia por el peligro que fueran a desaparecer.

A este respecto, consideramos que cuando el legislador se refiere a "cualquier oportunidad anterior a la audiencia oral", se refiere a la posibilidad de proponer –promover– la prueba de testigos, inspección judicial, experticia o reconocimiento, antes de la oportunidad de la promoción de las pruebas a que se refiere el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, pues vencido dicho lapso, ya no habrá otra oportunidad procesal para que las partes puedan proponer pruebas, de donde se deduce que lo que pudieran las partes, conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley especial, antes de la audiencia oral, es realizar la evacuación o materialización anticipada de aquellos medios probatorios propuestos y admitidos oportunamente, de lo contrario, el procedimiento marítimo en materia probatoria sería un verdadero caos, pues se podrían proponer pruebas en cualquier momento procesal, lo cual pudiera lesionar el derecho constitucional de la defensa de las partes y el debido proceso, todo ello salvo que las partes estuvieren de acuerdo en proponer y evacuar medios probatorios.

En todo caso, justificada la urgencia por el peligro que desaparecieran los medios probatorios, se ordenará su evacuación en forma anticipada, a cuyo efecto el operador de justicia fijará la oportunidad para la realización de la prueba, en un tiempo no menor a dos (2) días de despacho, previa la notificación de la contraparte.

11. CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO

Vencido el lapso a que se refiere el artículo 9º del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, sin que se hayan propuesto diligencias o actividades probatorias anticipadas; o sin que se hayan evacuado de haber sido propuestas; o de haber sido evacuadas o materializadas y vencido el lapso a que se contrae el artículo 11 Eiusdem, sin que se hubiere reformado la demanda ni la contestación; o reformada la demanda y contestada la misma; o reformada la contestación de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal deberá fijar uno de los cinco (5) días de despacho siguientes y a una hora, para que tenga lugar la audiencia preliminar siguiéndose al efecto el trámite contenido en los artículos 869 y siguientes de la Ley Adjetiva Civil, antes referidos.

12. PRUEBAS ANTES DEL INICIO DEL PROCESO CON ASISTENCIA JUDICIAL

Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, aún antes de presentarse la demanda, cualquier interesado podrá solicitar al Tribunal la realización de una inspección judicial para dejar constancia de estado de personas, cosas, lugares o documentos, la cual se regirá por las disposiciones del Capítulo VII, Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, a cuyo efecto, para la evacuación de la prueba, se ordenará la citación de aquellos contra quienes se pretende oponer, salvo que resulte imposible por razón de la urgencia, caso en el cual se designará un defensor judicial, el cual atenderá la evacuación, dando de esta manera cumplimiento el derecho constitucional de la defensa que en materia probatoria se traduce en contradicción y control de la prueba.

La norma en cuestión expresa:

Aún antes de promovida la demanda, cualquier interesado puede solicitar ante un tribunal una inspección judicial para dejar constancia del estado de personas, cosas, lugares o documentos, la cual se regirá por las disposiciones del Capítulo VII, Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. Para la evacuación de la prueba, previamente, se citará a aquellas a quienes se pretenda oponer, salvo

cuando resulte imposible por razón de la urgencia, en cuyo caso de le designará de inmediato un defensor judicial el cual atenderá la evacuación. A los efectos de la evacuación de esta prueba, el juez dictará las medidas conducentes.

Resulta interesante en materia de inspecciones judiciales extrajudiciales, la regulación de la Ley de Procedimiento Marítimo, en el sentido de ordenar la citación de aquellos sujetos contra quienes se les pretende oponer la prueba, y en todo caso, por la urgencia o por la imposibilidad de realizar dicha citación, la previsión de designar por Ministerio de la Ley, un defensor judicial para la evacuación de la prueba, lo cual tendrá por objeto garantizar el derecho constitucional de controlar la prueba, evitándose de esta manera el inconveniente de repetir la misma o de declarar su ineficacia por lesión del derecho constitucional de su control, todo lo cual es una garantía de la legalidad en el proceso de obtención del medio probatorio.

12. MATERIALIZACIÓN DE PRUEBAS SIN PRESENCIA DEL OPERADOR DE JUSTICIA

Otra de las circunstancias novedosas que trae la Ley de Procedimiento Marítimo, es que conforme a lo previsto en el artículo 20, cuando las partes estuvieren de acuerdo, previa la participación al Tribunal, las diligencias probatorias que se hubiesen solicitado en el proceso o en medidas prejudiciales, y que se refieran a materias tratadas en la Ley, podrán materializarse extrajudicialmente, pero con la asistencia de los abogados de las partes.

La norma en cuestión dispone:

Cuando las partes estuvieren de acuerdo, previa participación conjunta al Tribunal, las diligencias probatorias que se hubiesen solicitado en juicio o en medidas prejudiciales y que se refieran a materias tratadas por esta Ley, podrán llevarse a cabo extrajudicialmente, pero con asistencia de los abogados de las partes.

Si durante la producción de esta prueba se suscitaren controversias entre las partes, se suspenderá el acto reservándose la decisión sobre los puntos controvertidos para el Juez que conoce el proceso o el que deba conocer, si se trata de diligencias prejudiciales. Lo aquí expresado no obsta a que se continúe extrajudicialmente con otras actuaciones probatorias.

Las diligencias probatorias que se hubieren interrumpido por oposición de alguna de las partes, podrán continuarse judicialmente si así se solicita.

De esta manera, cuando se trate de asuntos o temas relacionados con las materias propias del procedimiento marítimo, las partes durante el transcurso del proceso judicial o aún antes que éste se instaure, si están de acuerdo y previa participación conjunta al Tribunal Marítimo, podrán realizar, sin la presencia judicial, es decir, sin presencia del operador de justicia que este conocimiento o que pueda conocer del proceso, las diligencias probatorias que hubieren solicitado en dicho proceso o en las medidas prejudiciales, siempre y cuando estén con asistencia letrada, esto es, con asistencia de sus abogados.

Si durante la práctica o evacuación extrajudicial y sin presencia judicial de las pruebas, surgiere alguna controversia entre las partes, se suspenderá la realización del acto para que el Tribunal que este conociendo o que pueda conocer del proceso, se pronuncie sobre los puntos controvertidos, circunstancia ésta que bajo ninguna premisa impedirá que la prueba no practicada pueda realizarse con el auxilio judicial en el proceso correspondiente.

13. OTRAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ MARÍTIMO. PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA. SISTEMA DE VALORACIÓN DE PRUEBAS

Dentro de las facultades del Juez Marítimo, encontramos que éstos pueden dar por terminados actos de examen de testigos y posiciones juradas, cuando lo consideren pertinente, respetando siempre el principio de igualdad de las partes; e igualmente podrán solicitar dictámenes a funcionarios expertos de los organismos públicos del sector acuático y de los colegios profesionales, tal como lo dispone el artículo 14 de la Ley de Procedimiento Marítimo.

Podrán dictar diligencias probatorias para el mejor esclarecimiento de la verdad, pudiendo al efecto ordenar de oficio la evacuación de las pruebas que estimen pertinentes, manteniendo en todo caso el principio de igualdad de las partes, sin que puedan suplir defensas ni alegatos no formulados por éstas, tal como lo prevé el artículo 15 Ejusdem.

En cu
compartime
TOLEDO,³²
Procedimier
ordenar de
no precisó
son *ad clar*
a la Jurispru

Otra
Procedimier
las partes de
al proceso,
ratificados p
prueba testi

Consí
calificados,
instrumento
Código de l
la presentac
aportarse el
elaboró el d
su condició
oportunidad
para contro
parte contra
no solo par
depusiera c

En cu
grado de ju
de Procedir
Tribunal Su

32 Alberto
33 Remitim
realizad
34 Somos c
expedie
sin lo cu

En cuanto a las potestades o facultades oficiosas del Juez Marítimo, compartimos plenamente el pensamiento del profesor BAUMEISTER TOLEDO,³² en el sentido que si bien el artículo 15 de la Ley de Procedimiento Marítimo otorga al operador de justicia la posibilidad de ordenar de oficio la evacuación de las pruebas que estime pertinentes, no precisó en forma alguna si dichas actividades probatorias oficiosas son *ad clarificandum* o con fines probatorios, lo cual quedará por resolver a la Jurisprudencia.³³

Otra de las circunstancias novedosas que trae la Ley de Procedimiento Marítimo en su artículo 19, es la posibilidad que tienen las partes de producir en juicio dictámenes de expertos calificados, ajenos al proceso, los cuales, para su apreciación y valoración, deberán ser ratificados por el experto en la oportunidad del juicio oral, mediante la prueba testimonial.

Consideramos que en relación a los dictámenes de expertos calificados, debe seguirse el mismo procedimiento de ratificación de instrumentos emanados de terceros, contenido en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido, que en la oportunidad de la presentación de la demanda o de la contestación de la misma, deberá aportarse el referido dictamen y mencionarse al experto calificado que elaboró el dictamen y que comparecerá en la audiencia o debate oral, en su condición de testigo, para ratificar el contenido de su dictamen, oportunidad en la cual, quien tendrá el derecho de interrogar al testigo para controlar la prueba, no será su proponente o promovente, sino la parte contraria, salvo que se hubiese propuesto o promovido al testigo no solo para ratificar el instrumento -dictamen- sino también para que depusiera como testigo como tal.

En cuanto al trámite de las pruebas en segunda instancia o segundo grado de jurisdicción, conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley de Procedimiento Marítimo, una vez recibido el expediente por parte del Tribunal Superior Marítimo,³⁴ se abrirá de pleno derecho, sin necesidad

32 Alberto BAUMEISTER TOLEDO. Ob. Cit.

33 Remitimos al lector al estudio de la actividad oficiosa del Juez en materia probatoria, realizado en el Tomo I de nuestro Tratado de Derecho Probatorio.

34 Somos del criterio, para mantener la seguridad jurídica, que el recibimiento del expediente por parte del Tribunal Superior Marítimo, debe ser por auto expreso, sin lo cual, no se computará ningún lapso procesal.

de auto expreso, un lapso de diez (10) días de despacho para promover y evacuar las pruebas procedentes de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil e instruir las que el Tribunal considere pertinentes de acuerdo a la Ley.

Vencido el lapso antes señalado –diez (10) días de despacho para promover y evacuar pruebas– al día de despacho siguiente el Tribunal oírán en audiencia oral y pública a la hora que fije, las exposiciones de las partes, quienes podrán presentar dentro de los tres (3) días siguientes a dicha audiencia, sus conclusiones escritas, debiéndose dictar la sentencia respectiva dentro de los treinta (30) días siguientes, sin perjuicio que pueda dictarse un auto para mejor proveer, conforme a lo previsto en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, es interesante destacar que con relación a las pruebas que podrán proponerse y evacuarse en segunda instancia o segundo grado de jurisdicción, el legislador remite a las que sean procedentes según el Código de Procedimiento Civil, circunstancia ésta que pudiera interpretarse de dos formas, a saber:

- a. Que en segunda instancia sólo pudieran producirse las pruebas a que se refiere el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, esto es, posiciones juradas, juramento decisorio o instrumentos públicos;
- b. Que pudieren proponerse y evacuarse cualquiera de los medios probatorios regulados en el Código de Procedimiento Civil.

Creemos que el criterio que debe imperar es éste último, pues ofrece mayores ventajas y no limita el derecho de prueba de las partes, pero lo cierto es que el legislador no fue lo suficientemente claro, por lo que corresponderá a la jurisprudencia aclarar cual es el criterio correcto.

Por último y en cuanto a la apreciación y valoración de las pruebas, como es lógico en materia de procedimientos orales, se adoptó el sistema de la sana crítica.³⁵

35 Artículo 19 de la Ley de Procedimiento Marítimo.

Las Uniones alter

Sumario

Resumen. Aspectos
Reseñas de la institución
Matrimoniales de he
Bibliografía.

RESUMEN

El matrimonio
debe a que el género
una mutua atracción
permanente e indisoluble
un varón y una mujer
determinadas funciones

* Facultad de Derecho
** Facultad de Derecho

Las Uniones Matrimoniales De Hecho: ¿una alternativa al matrimonio tradicional?

Tatiana Lageyre Ramos*
Tania Sánchez Pérez**

Sumario

Resumen. Aspectos Generales. Referencias históricas. Definición y caracteres. Reseñas de la institución en el Derecho Comparado. El fenómeno de las Uniones Matrimoniales de hecho. Su manifestación en Cuba. Consideraciones críticas. Bibliografía.

RESUMEN

El matrimonio es tan antiguo como la humanidad y su origen se debe a que el género humano está dividido en dos sexos que sienten una mutua atracción física y afectiva para cristalizar en una unión permanente e indisoluble, entendida como la sociedad constituida por un varón y una mujer en orden a conseguir unos fines típicos y unas determinadas funciones legalmente establecidas.

* Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba.

** Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba.

En las últimas décadas el progreso tecnológico, los cambios sociales y las vicisitudes políticas han influido en el modo de concebir las relaciones familiares, así, la crisis de la familia tradicional con la pérdida de su función tanto en el plano de las relaciones económicas como en el de las sociales, ha atribuido una cierta relevancia jurídica a las uniones de hecho.

Es esta problemática, la que ha motivado nuestro interés por identificar el comportamiento actual de las denominadas Uniones Matrimoniales de Hecho como fenómeno social y jurídico en nuestro país partiendo de un análisis teórico, histórico, sociológico y comparado del mismo. Para lo cual utilizamos como métodos teóricos: el teórico jurídico, el del análisis histórico, y el jurídico comparado.

Nuestro trabajo parte de aspectos generales en relación al matrimonio y a las uniones matrimoniales de hecho, brindando luego breves referencias históricas, la definición y caracteres del fenómeno, una visión comparada, para más tarde, mostrar el comportamiento social y jurídico en Cuba de las uniones matrimoniales de hecho.

Con la presente investigación nos percatamos de que la precariedad material y el factor cultural no son determinantes para el aumento de las uniones de hecho, que evidencian una nueva concepción sobre la familia, de gran aceptación social en la sociedad cubana.

Las Uniones Matrimoniales de Hecho: ¿una alternativa al matrimonio tradicional?

1. ASPECTOS GENERALES

El matrimonio es tan antiguo como la humanidad y su origen se debe a que el género humano está dividido en dos sexos que sienten una mutua atracción física y afectiva para cristalizar en una unión permanente aunque disoluble.

Se entiende por tal la sociedad constituida por un varón y una mujer en orden a conseguir unos fines típicos y unas determinadas funciones legalmente establecidas. En este sentido se refiere al estado conyugal, a una situación permanente, al cúmulo de relaciones que entrelazan a sus protagonistas entre sí y con terceros.

El matrimonio es una institución cultural y así no debe ser considerada como una creación o invención del Estado o la Iglesia sino que ambos se encuentran ya con la institución matrimonial anterior a ellos y se limitan a regularla jurídicamente.

Este, origina derechos y obligaciones recíprocos entre los distintos miembros del mismo a tenor de la función social que posee. De ahí que el mismo, entre otras dimensiones tenga un carácter eminentemente jurídico lo que conlleva a una gran intervención del derecho en todo lo que en cuanto a él se refiere.

En las últimas décadas el progreso tecnológico, los cambios sociales y las vicisitudes políticas subsiguientes han contribuido a elevar el tenor de la vida general y a mejorar la posición de los individuos en su relación con la sociedad.

En la materia que nos ocupa acaso más relevante haya sido la emancipación de la mujer y los jóvenes. Junto a eso, hay que situar el cambio de la base económica de la familia representada cada vez más por la suma de rendimiento laboral de sus miembros y cada vez menos por la gerencia familiar de una empresa; la casi desaparición de las relaciones entre la llamada familia nuclear (compuesta por los cónyuges y sus hijos) y la familia agnaticia (compuesta también por los ascendientes de la pareja); la mayor movilidad de los cónyuges tanto en el territorio nacional como en el extranjero.

Los cambios mencionados han influido en el modo de concebir las relaciones familiares: cada vez es más difícil para los padres ejercitar la autoridad sobre los hijos de manera que las relaciones entre ambos sólo son posibles en un plano estrictamente doméstico y lo mismo cabe decir de las relaciones entre los esposos. A todo lo que hay que añadir la atribución de una cierta relevancia jurídica a las uniones de hecho o matrimonios no registrados y la tendencia legislativa a la igualación de la posición jurídica de los hijos cualquiera que sea la filiación, la manifiesta admisión del reconocimiento de la filiación cualquiera que sea el estado civil de los padres, la potenciación de la investigación de la paternidad.

Por otro lado hemos de subrayar que en la crisis de la familia tradicional con la pérdida de su función tanto en el plano de las relaciones económicas como en el de las sociales, no ha naufragado ni mucho menos el sentimiento de amor o sea el contenido y elemento espiritual

de la familia. Ciertamente que el amor no ha sido nunca susceptible de un mandato legal ni siquiera en la sociedad patriarcal.

En esta materia lo único que la ley ha podido garantizar ha sido un mínimo ético consistente en la lealtad de las relaciones familiares, en la fidelidad al grupo. Pero el sentimiento del amor en sí relevante para el derecho aparece como el elemento esencial para la existencia de la familia conyugal de la era tecnológica, incluso más de cuanto era necesario en la familia agnaticia de la era económica agrícola. En otras palabras, la familia, si bien distinta a su modelo tradicional, no está en inexorable decadencia en la era industrial sino que se ha especializado, por así decir, en el cumplimiento de una serie de funciones, de gran importancia para la sociedad que no pueden ser desarrolladas por ninguna institución de seguridad social.

Desde la perspectiva sociológica, también es posible una consideración de la vigencia social del matrimonio a partir del número de celebraciones matrimoniales, atendiendo al mayor o menor grado de aceptación social de la institución; dependiendo de factores muy diversos entre los que se destacan los derivados de la coyuntura económica del momento (posibilidad de acudir a un empleo, a una vivienda, de independización económica).

Para hablar de una crisis del concepto de matrimonio es necesario tener en cuenta lo relativo a aquella pareja hábil legalmente para contraer, o sea, aquella en que ninguno de sus integrantes ni individualmente ni considerado en relación con el otro está incurrido en impedimento matrimonial; establece una convivencia *more uxorio* renunciando al casamiento, sobre todo si ello se debe a una toma de posición explícita refractaria a burocratizar una opción de vida en común acaso construida sobre presupuestos libertarios.

Pero también las uniones libres no susceptibles de convertirse en un matrimonio (por concurrir impedimento legal) pueden ser interpretadas como muestras de la crisis institucional del matrimonio, en la medida que se conciba a modo de afrenta, es decir, como intento de establecer por vía de hecho lo que institucionalmente no está permitido.

La crisis actual del concepto jurídico de matrimonio encubre en el mundo occidental la superación sociológica del matrimonio romano-

canónico,
matrimonio

2. REFEREN

Sustit
se impuso
manu o sir
de convive
entre marid
hay que de
affectio ma
de los có
matrimonio
maritalis, o
hecho (el d
nada les vi
podía inter

Mient
consecuen
potestad, d

No fu
una forma
coexistiend
como el cla
se puede c
derecho m
cristiana.

Durán
matrimonio
teoría cons
presunción,
o conyugal
esa fue la m
matrimonial
matrimonio

canónico, cuyo esquema fue sustancialmente secularizado por el matrimonio civil.

2. REFERENCIAS HISTÓRICAS

Sustituyendo al matrimonio religioso original, que era la *conferratio*, se impuso en Roma como matrimonio cuasi único el matrimonio *sine manu* o sin potestad marital, consistente en una simple situación fáctica de convivencia marital socialmente honorable, sin relación jurídica alguna entre marido y mujer (sin vínculo). Dentro de esa situación convivencial, hay que destacar como aspecto fundamental la honorabilidad social o *affectio maritalis* (que no se debe confundir con las intenciones subjetivas de los cónyuges), que se convirtió en elemento constitutivo del matrimonio, hasta el punto de que éste no existiría si no hubiera *affectio maritalis*, o cesaría de no haberla. Lo único que une a los cónyuges es un hecho (el de la convivencia), pero desde el punto de vista del derecho nada les vincula. En consecuencia esta situación matrimonial de hecho podía interrumpirse también por vía de hecho en cualquier momento.

Mientras existía como hecho social, esa relación convivencial tenía consecuencias en el orden jurídico (legitimidad de la descendencia, patria potestad, donaciones matrimoniales, dote, etc).

No fue hasta el Concilio de Trento en el siglo XVI que se estableció una forma de celebrar como requisito de validez del matrimonio coexistiendo tanto el matrimonio formal (contraído *in facie ecclesiae*), como el clandestino u oculto (sin forma pública de celebración) que no se puede confundir con formas concubinarias (como la *barragamía* del derecho medieval), que conocía, incluso profusamente, la sociedad cristiana.

Durante siglos la tradición judeo cristiana conoció la existencia de matrimonio sin forma de celebración a los que condujo dentro de la teoría consensual (y su correspondiente esquema legal) mediante presunción, y en muchos casos ficción, de que el comportamiento sexual o conyugal equivalía a un consentimiento, bien inicial o sobrevenido, y esa fue la manera de integrar dentro de la legalidad canónica las uniones matrimoniales entre personas que podían contraer pública y legítimamente matrimonio.

3. DEFINICIÓN Y CARACTERES

No es casual la dispersión terminológica a que ha dado lugar la unión matrimonial de hecho que se presenta socialmente como alternativa al matrimonio institucional, aunque estas fórmulas son siempre insuficientes. Se trata de concubinato para quienes parten de una noción peyorativa cuyo único reconocimiento sólo tendría sentido a efectos primitivos y descalificatorios.

Se habla a veces de matrimonio de hecho, de convivencia more uxorio, de vida marital, expresiones también discutibles por cuanto en el ánimo de la pareja lo que con frecuencia se pretende evitar es precisamente la propia idea de matrimonio. Se alude en ocasiones al término matrimonio no registrado, expresión que aunque gráfica, puede confundirse con un verdadero matrimonio falto únicamente de ese requisito complementario no esencial que es la inscripción.

Unión de hecho o unión libre tienen el inconveniente de no asegurar el componente heterosexual, para muchos inseparable del propio concepto. También es unión libre el matrimonio en sentido de libertad nupcial.

La expresión uniones matrimoniales de hecho acota por un lado a las uniones heterosexuales y a aquellas que se presentan como alternativas al matrimonio legal. Heterosexual porque se encierra en ello la idea de núcleo natural para la descendencia.

Las Naciones Unidas la identifica como "una unión marital que no está respaldada por una acción de tipo legal, con determinada estabilidad y que implica responsabilidad económica o presupuesto común de los miembros de la pareja para la manutención de la familia que forman". (Naciones Unidas, 1988).

Rasgos definidores de una unión matrimonial de hecho:

- El carácter heterosexual de la pareja.
- La convivencia basada en la affectio semejante a la del matrimonio, aunque el ánimo inicial de los convivientes se oponga a ésta institución.
- Comunidad vital, o sea, con idea de formar y mantener un hogar, lo que implica estabilidad que se manifiesta no sólo en la plenitud del consorcio de vida, sino también en una cierta extensión temporal.
- Carácter exclusivo.

Uno de... conferir efecto... dicha equipara... convivientes q... porque no quie...

De todas... el matrimonio... de dichas unio... problemas de... importancia de...

4. RESEÑAS DE

A. Derecho Eu

Hace tie... tradicional de... conyugales. C...

a raíz de... en el der... unión lib... regular le... que se e... crear una...

Pese a e... con decisión... principios ger... por la declara... conclusiones... conyugal y la... que han valid... hecho. Como... Comisión y c...

Uno de los argumentos más prodigados por la doctrina contraria a conferir efectos jurídicos matrimoniales a estas uniones de hecho es que dicha equiparación va en contra de la propia voluntad inicial de los convivientes que precisamente acuden a esa convivencia sin matrimonio porque no quieren o rechazan lo que significa legalmente el matrimonio.

De todas formas el dato de que los convivientes eludan inicialmente el matrimonio institucional o legal y utilicen el reconocimiento judicial de dichas uniones para en lo sucesivo poder plantear judicialmente los problemas de justicia que hayan podido suscitarse, da la idea de la importancia de la tutela jurídica para darle solución a los mismos.

4. RESEÑAS DE LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

A. Derecho Europeo

Hace tiempo ya que el derecho occidental abandonó el principio tradicional de penalizar o al menos ignorar las relaciones de hecho no conyugales. Como escribió Fosar Balloch

... a raíz de la promulgación de la Constitución Española se abre camino en el derecho europeo la concepción de no penalizar ni ignorar la unión libre, aunque, si se disciplina esta de algún modo tratando de regular los problemas reales que trae consigo y admitir los contratos que se establezcan entre parejas rehuendo la fórmula romana de crear una suerte de matrimonio de segundo orden¹.

Pese a ello es cierto que las modernas constituciones no abordan con decisión el problema de las uniones de hecho, aunque de sus principios generales sobre los derechos humanos y de los proclamados por la declaración de los derechos humanos quepa extraer determinadas conclusiones. De esa manera y debido a la necesidad de igualar la familia conyugal y la de hecho, el derecho europeo ha ido produciendo normas que han validado también para conferir efectos jurídicos a las uniones de hecho. Como ha recogido Navarro Valls "según la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal de Derechos Humanos, el artículo 8 de la

1 "Curso de Derecho Matrimonial". Colectivo de Autores. Madrid, 1998.

Convención europea de los derechos del hombre de 1950, no distingue entre familia legítima y familia natural. Y en el caso "X.Y.Z", "Suiza se afirma que el artículo 8 se aplica también a las relaciones extraconyugales, siempre que tengan carácter permanente"².

Por su parte, el Consejo de Europa ha constatado que en algunos estados miembros en especial del Norte de Europa, el fenómeno de las uniones extraconyugales ha tomado especial significación.

El XI Coloquio de derecho europeo, impulsado por el propio Consejo, dedicó sus trabajos a los problemas jurídicos de las parejas no casadas. En dicho coloquio uno de los problemas planteados fue la validez de los contratos entre convivientes y el de las disposiciones testamentarias; invirtiéndose a los Gobiernos a reconocer tales contratos y disposiciones a través de la Recomendación 88 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Por último dada la heterogeneidad y desbordamiento del fenómeno que como ya hemos dicho se refiere a las parejas de hecho heterosexuales y dentro de ellas, aquellas que por sus características pueden más razonablemente asimilarse al matrimonio legal. Cabe apuntar que no se puede silenciar la Resolución 28/1994 del Parlamento europeo aprobada el 8 de Febrero de 1994, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea.

Dicha Resolución que no es de obligado cumplimiento para los Estados Miembros, solicita, entre otras, la supresión de las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; las que persiguen la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. Solicita que la futura recomendación que elabore la Comisión pongan la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas lesbianas o de homosexuales, garantizando a dichas uniones los plenos beneficios del matrimonio. También se solicita se elimine en los Derechos Nacionales toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres, adoptar o a crear niños.

En la actualidad, y por lo que se refiere únicamente al tema de la asimilación al matrimonio, ha sido el propio tribunal de Derechos

2 Idem.

Humanos
12 del Co
refiriendo
o diferen

Vol
esta refer
significati
norteame

B. Derech

Esp
evolucion
actitud de
hecho.

Las
de matrin
maritalme
según esta
y mujeres

A su
filiación d
consagra
debilitand
momento
como la s

Tod
redimensi
puesto qu
aplicable.
unionen c
ocasiones

Se p
específico
reconocid
siendo ot

Humanos el que ha rechazado la equiparación por entender que el Artículo 12 del Convenio de Roma, que garantiza el derecho a casarse "se está refiriendo al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico o diferente.

Volviendo al tema central de nuestra exposición, y para no recargar esta referencia al derecho comparado, nos limitaremos a dos ejemplos significativos: el Derecho Francés dentro del modelo Europeo y el norteamericano dentro del modelo anglosajón.

B. Derecho Francés

Especialmente significativa, por constituir la normativa civil que ha evolucionado a partir de los principios de la Revolución Francesa, es la actitud del legislador francés contemporáneo respecto al matrimonio de hecho.

Las estadísticas marcan una disminución apreciable en el número de matrimonios y paralelamente el número de personas que viven maritalmente "de hecho" aumentaron un 30 por ciento en diez años según estadísticas las que indicaban que el 41 por ciento de los hombres y mujeres de 21 años a 25 años habían convivido maritalmente sin casarse.

A su vez, las leyes sobre la autoridad parenteral de 1970, sobre filiación de 1972, sobre el divorcio de 1975, y sobre la adopción han consagrado la transformación de la concepción legal de la familia, debilitando los cimientos tradicionales de la institución. A partir de ese momento la familia no es considerada como una entidad jurídica, sino como la suma de los intereses de los individuos que la componen.

Todo ello ha movido a la doctrina francesa a postular una redimensión de la definición y efectos legales de las uniones de hecho puesto que el Código Civil no contiene una normativa especialmente aplicable. Por lo demás el reconocimiento legal o jurisprudencial de las uniones de hecho ha conducido a la paradoja de que los esposos en ocasiones resulten desfavorecidos respecto a los convivientes de hecho.

Se puede decir, que no existe en el Derecho Francés un estatuto específico para el matrimonio de hecho, ni que recoja los Derechos reconocidos a los convivientes de hecho; si algunas prerrogativas van siendo otorgadas a estos últimos, es por mera aplicación de los principios

generales del Derecho, pero no porque se reconozca: *Un Derecho de Concubinage*.

Así por ejemplo: Con la liquidación de los intereses patrimoniales, que comporta la ruptura de la vida en común, hecho que tiene lugar lo mismo entre esposos que entre convivientes maritales. A partir de la ley 4 de enero de 1978, se privó a los convivientes de hecho de toda posibilidad de invocar en defecto de convención expresa entre ellos la aplicación de las reglas de un pseudo régimen matrimonial. De ese modo, la liquidación de la comunidad patrimonial de hecho se efectúa con arreglo a las reglas de la indivisión (siempre en defecto de convenio entre los convivientes).

Otro pudiera ser: la ausencia de testamento favorece a la familia legítima en perjuicio de la esposa de hecho, pues la ley no reconoce a los convivientes como herederos ab intestato. Por ello los legados son particularmente utilizados entre convivientes, aunque como toda liberalidad incurren en nulidad cuando son efectuados con el fin de crear o de mantener relaciones extraconyugales. Por lo demás. El legislador ha favorecido las sucesiones en línea recta y entre cónyuges mientras que las transmisiones entre no parientes son limitadas muy severamente.

Esta situación inicial –muy mitigada– de desconocimiento del matrimonio de hecho ha producido la paradoja o efecto perverso de que debido a la excesiva juridificación del matrimonio, en algunos aspectos resulta favorecido el conviviente de hecho respecto a los esposos. Cuestión ésta que ha sido denunciada por la doctrina francesa a propósito de las liberalidades entre cónyuges y también de la presión fiscal sobre el matrimonio; así la legislación fiscal francesa ha tenido que reaccionar asimilando en el impuesto sobre grandes fortunas, la convivencia marital notoria al matrimonio.

Cada vez es mayor la atención que las leyes francesas prestan al matrimonio de hecho, siendo admitido en él la unión heterosexual de hecho (concubinage).

Las distintas normas parciales que contemplan la unión marital de hecho, se puede perfectamente estructurar un cuadro general de efectos del matrimonio de hecho, que equivale a un verdadero estatuto jurídico. Por todo ello, la doctrina francesa viene insistiendo en la necesidad de

encarar con real
tanta ficción.

C. Derecho Ang

En lo que
que en la trad
matrimonio no
por lo que la l
permaneció co
hasta 1940).

En esta s
ricanos, temátic
a nivel federal.

En estas
que por su no
matrimoniales
de California es
de los convivie
entente tácita u
que se conside
recibir una just

No obsta
por los tribuna
igual y según
estarían aquell
que se oponer
rinden un vago
criterios tan rig
concubinos qu
los que acepta
alcance. Sólo
derechos sobr

encarar con realismo jurídico estas situaciones de hecho y acabar con tanta ficción.

C. Derecho Angloamericano

En lo que se refiere a las soluciones del Derecho Angloamericano, que en la tradición del Common Law el problema de la forma del matrimonio no evolucionó de la misma manera que el mundo tridentino, por lo que la línea divisoria entre matrimonios formales y no formales permaneció confusa durante bastante más tiempo (por ej: en Escocia hasta 1940).

En esta situación participaron también algunos estados norteamericanos, temática que se resolvía a través de resoluciones jurisprudenciales a nivel federal.

En estas jurisprudencias hay que hacer referencia al caso Marvin, que por su notoriedad inició la tendencia a conceder efectos jurídicos matrimoniales a las uniones de hecho. En dicho caso, la Corte Suprema de California estableció que la jurisprudencia puede indagar si la intención de los convivientes encerraba una verdadera voluntad de empresa común, entente tácita u otro acuerdo implícito. Si esto se demostraba, el conviviente que se consideraba lesionado al deshacerse la relación de hecho podría recibir una justa indemnización por su participación en la sociedad tácita.

No obstante esta jurisprudencia no ha sido unánimemente admitida por los tribunales de Estados Unidos. La posición de los estados no es igual y según Navarro Valls existen hasta tres posturas. En primer lugar, estarían aquellos estados que hacen suyos los principios tradicionales que se oponen a la concesión de efectos a las relaciones vanales. Otros rinden un vago homenaje a la jurisprudencia Marvin, pero estableciendo criterios tan rigurosos para probar la existencia de contratos tácitos entre concubinos que en la práctica, bloquean su operatividad. En fin, están los que aceptan la jurisprudencia Marvin, aunque pocos le dan todo su alcance. Sólo Oregón parece querer hacer nacer del solo concubinato derechos sobre los bienes.

5. EL FENÓMENO DE LAS UNIONES MATRIMONIALES DE HECHO. SU MANIFESTACIÓN EN CUBA

La cantidad de personas que deciden formar una familia sin que medie algún documento legal ha aumentado en varios países. Este tipo de relación de pareja es denominado por los especialistas de diferentes disciplinas "uniones libres", "uniones consensuales", "matrimonio no formalizado", "matrimonio de hecho", "matrimonio de uso", pero, como se ha referido, preferimos el de uniones matrimoniales de hecho.

Una cosa es cierta: es un fenómeno muy importante en Cuba y se debe a factores distintos de los que rigen en los países occidentales; pues el matrimonio como institución jurídica ha perdido aceptación en nuestro país, donde las uniones de hecho entre los jóvenes superan a las legales. La unión consensuada es como un no al matrimonio legal, pero también a la soledad.

En Cuba, existe una gran tradición de la consensualidad. Pero actualmente, se cambia la tendencia por razones económicas. Digamos dos palabras en relación al asunto.

En la época colonial, las uniones consensuales fueron discriminadas y se prohibían los matrimonios entre diferentes razas y clases sociales. La Iglesia exigía la formalización del matrimonio religioso. Entonces la formación legal del matrimonio interesaba sólo a aquellas personas pertenecientes a la clase dominante que podía pagar la ceremonia. Esta una situación común a los países que conocieron la esclavitud. Como era casi imposible para la gente pagar el costo del matrimonio a la Iglesia o al estado, la unión consensual se instaló como un hecho económico y cultural para las clases sociales más desposeídas.

La Constitución de 1940 trató de solucionar esta problemática jurídica social. El objetivo iba dirigido a "la protección de la mujer o concubina y por ende a sus hijos, a defenderlos del desamparo en que quedarían cuando no pudieron contar con su único sostén en aquella sociedad: el hombre".

En 1975, se promulga el nuevo Código de Familia, para regular las relaciones jurídicas en materia familiar. En relación a las uniones matrimoniales de hecho establece su artículo 18 que "La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para

contraerla y
todos los efe
fuere recon
ánimo del le
de las cond
matrimonio

De to
IV dedicado
derechos sea
calificación s
de familia re
, cuando reza
derechos y
cualesquiera
de los hijos
tipo de unión
y deberes qu

En Cu
39,6% de las
y 21,2% de l
de los homb
hombres y
referidos a la
34,7% de las

La ten
demostrada
rural pues e
en muchas r
motiva este

Mucha
zona de re
escolaridad

En 19
los hombres
el indicador
rurales y tar

contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, sufrirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente". De ello se deduce que el ánimo del legislador es brindar protección a dichas uniones, partiendo de las condiciones de singularidad y estabilidad que las asemeja al matrimonio legal.

De todas maneras el texto constitucional en el artículo 37, Capítulo IV dedicado a la familia, establece que "todos los hijos tienen iguales derechos sean habidos dentro o fuera del matrimonio. Está abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación..." Presupuesto del derecho de familia recogido por demás en el artículo 65 del mencionado Código, cuando reza: "Todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes con respecto a sus padres, cualesquiera que sea el estado civil de éstos". Así elimina la calificación de los hijos según el estado civil de los padres por lo que no interesa el tipo de unión que hayan tenido éstos a la hora de determinar los derechos y deberes que ostenten los hijos.

En Cuba los datos reflejan que en 1970 39% de los hombres y 39,6% de las mujeres estaban casados, mientras que 20,3% de los hombres y 21,2% de las mujeres vivían en uniones consensuales. En 1981, 37,1% de los hombres y 38,3% de las mujeres estaban casados; 19,9% de los hombres y 28,9% de las mujeres estaban unidos. En 1987, los datos referidos a la población femenina en edad fértil (15 a 49 años) dicen que 34,7% de las mujeres estaban casadas y 28,4% unidas consensualmente.

La tendencia al incremento de las uniones consensuales ha sido demostrada en el pasado y está fuertemente arraigada en la población rural pues es una cuestión cultural que aún no ha podido ser superada en muchas regiones de nuestro país, más allá del factor económico que motiva este fenómeno en otras sociedades.

Muchas variables informan de la situación en Cuba: la edad, la zona de residencia, el nivel de urbanización, el color de la piel, la escolaridad y la ocupación.

En 1981, se encontraban más personas unidas que casadas entre los hombres menores de 25 años y las mujeres menores de 20. También el indicador de la consensualidad se mantiene siempre superior en áreas rurales y también se observó un incremento apreciable en zonas urbanas

(para los varones de 14 a 18 años y las hembras de 14 a 17 años). En la estructura de la población según la situación conyugal y el color de la piel se puede observar que entre mulatos o mestizos habían más uniones consensuales que en la población negra, asiática y blanca, tanto en el caso de los hombres como el de las mujeres: 27,4% de hombres y 28,7% de mujeres mestizos vivían en unión consensual mientras que solamente 17,4% de hombres y 18,4 % de mujeres blancos eran unidos sin formalización legal.

En 1987 por cada cinco mujeres casadas de entre 15 y 49 años existían al menos cuatro uniones de hecho.

De acuerdo con una encuesta entre más de un centenar de jóvenes de ambos sexos, menores de 35 años, más de la mitad declaró que viven establemente con su pareja sin haber contraído matrimonio. Casi el 80 por ciento dijo que de una u otra manera, "lo importante es quererse y la firma en un papel no determina".

El 68 por ciento coincidió en señalar las dificultades y lo costoso que resultaba celebrar una boda, en la que hay que afrontar gastos como fotos, banquete, trajes, etc.

Podríamos pensar que el nivel educacional alcanzado por nuestra población en las últimas décadas ha influido en la manifestación del fenómeno en cuestión. Los datos dicen que la proporción de la población femenina de 15 a 49 años (año 1987) que no tenía ningún nivel educacional llegaba a 64,3% entre las unidas, mientras que las que tenía educación universitaria eran 59,9% casadas. Aunque como veremos más adelante, la situación ha variado algo desde entonces.

Hoy la unión consensual funciona como alternativa para aquellos que tienen dificultades económicas y ausencia de vivienda independiente. Las dificultades de disponer de una vivienda propia, las posibilidades de adquirir un ajuar doméstico para el futuro hogar, el alto costo de la educación y los cambios sociales en los últimos 30 años figuran entre los principales factores que dificultan los matrimonios.

En Cuba esa tipología de uniones consensuales en estos tiempos ha experimentado un auge en las zonas urbanas y más cerca de la clase intelectual que tiene una vida más libre, más lejos de los principios de la Iglesia. La manera de vivir es profundamente cultural. Por lo que creemos

que al menos el bajo nivel de la mayoría de la pareja sin con

De toda determinante de dificultades de adquirir un principales factores evidencia una la sociedad cu a asumir resp matrimonio le

Todo e que se pued arraigadas en uniones de h cional a partir

6. CONSIDERA

Las uni heterosexual matrimonio l núcleo natura

Podem como elemen la convivenc aunque el án una comunid que implica consorcio de exclusivo, lo crea la institu

Por ot institucional

que al menos en la realidad social cubana de principios del nuevo siglo, el bajo nivel cultural de las personas no condiciona, al menos en la mayoría de los casos, que estas se unan de manera informal con su pareja sin contraer formalmente.

De todas formas, en nuestra opinión, la precariedad material no es determinante para el aumento de las uniones de hecho, pues aunque las dificultades de disponer de una vivienda propia, las escasas posibilidades de adquirir un ajuar doméstico para el futuro hogar, figuran entre los principales factores que dificultan los matrimonios en la actualidad, se evidencia una nueva concepción sobre la familia, de gran aceptación en la sociedad cubana, que tiene que ver también con el temor de los jóvenes a asumir responsabilidades y deberes tal cuales lo impuestos por el matrimonio legal.

Todo ello vinculado a otros factores de orden cultural entre los que se pueden citar la costumbre de consensualidad fuertemente arraigadas en algunas regiones rurales cubanas ha motivado que las uniones de hecho se conviertan en una alternativa al matrimonio tradicional a partir de los cambios que ha venido sufriendo la familia cubana.

6. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Las uniones matrimoniales de hecho acotan por un lado a las uniones heterosexuales y a aquellas que se presentan como alternativas al matrimonio legal. Heterosexual porque se encierra en ello la idea de núcleo natural para la descendencia.

Podemos considerar una unión de hecho aquella que presenta como elementos distintivos el hecho de tener un carácter heterosexual; la convivencia basada en la *affectio* semejante a la del matrimonio; aunque el ánimo inicial de los convivientes se oponga a ésta institución; una comunidad vital, o sea, con idea de formar y mantener un hogar, lo que implica estabilidad que se manifiesta no sólo en la plenitud del consorcio de vida, sino también en una cierta extensión temporal; carácter exclusivo, lo que significa una relación de tipo singular similar a la que crea la institución matrimonial tradicional.

Por otra parte, la crisis del concepto jurídico de matrimonio institucional no significa, ni mucho menos, que la realidad matrimonial

esté en crisis, sino que ésta viene adoptando en las sociedades occidentales formas y maneras múltiples, de las cuales algunas aunque minoritarias, se caracterizan por su rechazo a pasar por la formalidad de la celebración matrimonial. Todo ello motivado porque en las últimas décadas el progreso tecnológico, los cambios sociales y las vicisitudes políticas han contribuido a elevar el tenor de la vida general y a mejorar la posición de los individuos en su relación con la sociedad.

Éste es un fenómeno muy importante en Cuba y se debe a factores distintos de los que rigen en los países occidentales; pues el matrimonio como institución jurídica ha perdido aceptación en nuestro país, donde las uniones de hecho entre los jóvenes gozan de mayor aceptación que las legales.

Por otra parte creemos que la precariedad material y el factor cultural no son determinantes para el aumento de las uniones de hecho, que evidencian una nueva concepción sobre la familia cubana; la que se ha readaptado teniendo en cuenta las nuevas condiciones económicas y sociales. Las uniones matrimoniales de hecho se han convertido así en una alternativa al matrimonio legal de gran aceptación en la sociedad cubana.

BIBLIOGRAFÍA

- Bossert, Gustavo. A; Zannori, Eduardo. A: Manual de Derecho de Familia.
Fernández Bulté, Julio: Manual de Derecho Romano.
Peral Collado, Daniel: Derecho de Familia.
Reina, Víctor; Martinell, José María: Curso de Derecho Matrimonial.
Fuente: Marelén Díaz Tenorio, *Uniones consensuales en Cuba* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1994. 104 pág.)

La relación del juez, las partes y los abogados

Susana Pedemonte*

Para definir esta relación he de partir de la descripción de cada uno de los partícipes del vínculo procesal.

El juez: ¿Qué es ser juez? ¿Cómo es un juez?. He de señalar algo básico en mi concepción de la magistratura y que comparto con otros colegas: se es juez con todo lo que se es de hombre o mujer. O sea, el juez es un ser humano igual a cualquiera de sus compatriotas, es por lo tanto el fruto de una sociedad dada en un momento histórico concreto. No es más ni menos que otro ser de su especie. Es humano, sufre, disfruta, se alegra y se entristece. Nada de lo humano le es ajeno. Está inserto en la realidad que lo circunda. Conoce su barrio, su ciudad, el ámbito donde ejerce su jurisdicción, su país y aún en este mundo global, las circunstancias que informan las naciones. O sea, es un hombre o mujer con emociones, informado, con los pies en la realidad, con la humildad de saberse uno más con sus conciudadanos.

Ejercer la magistratura, es ejercer uno de los poderes del estado. Poder significa autoridad, y autoridad a mi entender, y recordando a San Francisco de Asís, es servicio desinteresado y respeto por todos.

* Abogado por la Universidad Morón, Argentina. Juez granzo de Morón, Profesora Asociada Universidad El Salvador, Argentina.

SUSANA PEDEMONTÉ

Entonces a ese ser humano con circunstancias similares a otros que lo rodean, se suma el ejercicio de un poder con la demarcación vital de estar prestando un servicio y de realizarlo con respeto absoluto, lo que incluye el respeto a si mismo y de allí la igual consideración a todos los que se allegan a el: colegas, abogados en el ejercicio de su profesión, partes, empleados, etc.

El juez no declina el poder, no desvirtúa ni desacredita la autoridad, sino que la ejerce firmemente, sin autoritarismo, con prudencia, enmarcado en la realidad, equilibrado en sus emociones, buscando lo justo mas allá de lo meramente formal, con un respeto profundo y comprometido con el prójimo atendiendo la ley y a la equidad, sorteando presiones internas y externas, ejercitando su independencia.

El juez es docto en derecho, y perseguirá siempre la excelencia, aprendiendo cada día y enseñando cada día, que es otra forma de aprender. Ejerce permanentemente al par del servicio en la magistratura una actividad pedagógica que se trasuntará en sus sentencias y en la relación con los estamentos del poder judicial.

El juez es un líder, es el director no solo del proceso, del cual no debe ser un mero espectador, sino que está al frente de un equipo. Como líder de ese equipo, tendrá la última decisión, pero su valía como líder será proveer y prever que el equipo funcione, se desarrolle y crezca. Para que ello suceda será menester que cada miembro del equipo madure, crezca y se ponga en acción, desarrollando sus habilidades y condiciones personales para sí y en beneficio del conjunto. O sea optimizará los recursos humanos. El juez tendrá valores y pautará límites internos y externos. Ellos serán claros y precisos, lo que permitirá una relación sana y franca. El ejercicio de los valores que posea el magistrado, el trabajo y perfección sobre los mismos propenderá al ejemplo en el equipo y se trasuntarán en la vinculación de éste con los justiciables y los letrados del foro. Por tanto el juez docto, abierto a aprender, sensible, realista, pragmático, líder desde el autoconocimiento y la integridad personal, responsable y comprometido es quien mejor puede relacionarse ejerciendo el servicio del poder con respeto y vocación, siendo actor del proceso y protagonista de la justicia.

En este protagonismo, el magistrado sabe que no está solo, cuenta con su equipo y tiene como coprotagonista a los abogados y a las partes.

El abogado, aquel que pide por otro. Aquel que puede hacer de esta profesión la mas noble o el más vil de los negocios. El abogado en el ejercicio libre de su profesión, porque no hay que olvidar que el magistrado también es abogado, es el instrumento parcial que expone, desde sus conocimientos del derecho, las necesidades de su cliente, con habilidad e inteligencia sin hacer uso de artificios o ardid. Guardará el delicado equilibrio de ser leal a su cliente y al tribunal. Tarea que le demandará toda su sapiencia e integridad. Será hábil y no astuto. Será franco y abierto pero no tontamente ingenuo. Sabe que forma parte del engranaje de la justicia, y no consiente ser menos que nadie y no aboga por ser más. Exige y brinda respeto Asentará sus posiciones en los hechos y avalará la pretensión de su erudición que responderá a su constante desarrollo profesional. Estudio y experiencia son sus pilares. Sus escritos y/o alegatos verbales serán claros y directos, no agobiarán al tribunal, guardarán estilo y serán considerados, no obsecuentes, con el juez, con la contraparte y con el colega. Ejercerán todos los derechos para la mejor defensa de su cliente poniendo pasión en cada proceso, lo que implica sustentar una verdadera vocación y un compromiso ético. No confundirá esta actitud vehemente con la necesidad de la ofensa personal, el agravio o la descalificación del tribunal o del ocasional oponente. El cobro de sus honorarios será un instrumento para su subsistencia y perfeccionamiento, pero no será un fin en sí mismo. El fin no es tener, el fin del humano es "ser" y se es mas allá de lo que se tenga materialmente hablando. El abogado vale, y no está mal que cuantifique su labor por un honorario adecuado. Pero realmente vale por su idoneidad y probidad.

La parte, el justiciable, el requirente, el hombre o la mujer que padece la falta de reconocimiento de un derecho es también un engranaje de la justicia. Es el destinatario último y es a su vez otro de sus protagonistas. Su papel es el mas importante. El magistrado, el abogado en el ejercicio de su profesión, son tales personal y profesionalmente hablando, mas allá de sus características propias porque pertenecen a una sociedad concreta en un momento dado. Esta sociedad está compuesta por los ciudadanos que forman la pleyade de actuales o futuros justiciables. Sus reclamos, el modo de encararlos, su compromiso en la vida de la Nación, su accionar e interactuar en la familia y la comunidad, sus pareceres y querer perfilarán a la dirigencia que los guiarán o gobernarán en todos los ámbitos del quehacer: barrial, educativo, provincial, familiar, nacional,

etc.. Cuando sus requerimientos cambie, cuando su modo de solicitarlos también, cuando sus objetivos personales y comunitarios tengan una visión superadora y se aliente al bien propio y al común, y en el orden de los valores se privilegie la paz y el amor, no en el marco de una mera utopía sino en el accionar diario y en el pragmatismo de los hechos cotidianos, la dirigencia los líderes cambiarán porque habrá cambiado la cuna de su nacimiento. Tendrán los mejores jueces y los mejores abogados. No pedirán de ellos el engaño, ni consentirán el peculado, querrán la defensa de sus derechos mas sinceros: su familia, sus bienes, su libertad, con las herramientas mas nobles, mas dignas, mas hábiles e inteligentes basamentadas en la calidad de los conocimientos de los profesionales que los representen o juzguen, y buscarán en ellos al docto hombre de bien. Pedirán y recibirán respeto y lo conferirán sin discriminación a todos los que se dirijan. Lo fundamental y fundacional para este cambio reside en la educación.

La interacción de todos estos personajes sí descriptos, cada uno desde el ámbito de su incumbencia, cada uno accionando para cubrir sus propias expectativas y desde sus personales ideologías y con un respeto absoluto entre ellos, hará del proceso no un lugar formal para teorizar sobre un conjunto de leyes vacías de contenido, sino el lugar de encuentro para resolver las controversias de modo de llegar lo mas cerca posible de la verdad material para concretar el ideal de la justicia que es dar a cada uno lo suyo.

Creo que el proceso oral, es el mejor orientado para conseguir el objetivo apuntado precedentemente. La intermediación del juez, la relación directa de las partes y letrados con el mismo y la visualización de las pruebas en común entre los partícipes del proceso lo harán mas prístino, positivo, real, confiable y creíble.

Aspectos concretos de la ponencia:

- A) Elección de los magistrados por concurso de antecedentes y oposición, perfilando su idoneidad técnica e integridad personal, computando dentro de la idoneidad técnica sus conocimientos estrictamente profesionales como sus condiciones en el manejo de los recursos humanos, en cuanto a su integridad personal se considerará su equilibrio emocional y se privilegiará su falta de prejuicios así como su capacidad de apertura y flexibilización y su especial consideración

por lo
particip
hacer
cargo
Corte S
para el
de los
B) La cap
ejercici
así com
íntegro
C) Concre
que se
atenció
necesid
D) Elabora
nivel. L
hasta la
del der
poder y
y por e
enseña
de los
respetu
el aseg
E) Instrum
mutuo
uno de
dentro
solo al
justicia
cuanto
económ
para a
encom
discrim
capaci

- por los derechos humanos.- En el procedimiento de elección se participará a los ciudadanos para que por el medio que se elija, puedan hacer observaciones sobre quienes resulten posibles candidatos al cargo (en cualquiera de los estamentos del Poder Judicial aún en la Corte Suprema) poniéndose no menos de tres candidatos posibles para el mismo cargo y no pudiéndose seleccionar al magistrado fuera de los postulantes puestos a consideración de la población.
- B) La capacitación permanente de los magistrados y abogados en el ejercicio de la profesión, en el desarrollo y conocimiento del derecho, así como en la ética profesional y personal, propendiendo al desarrollo íntegro del ser humano.
 - C) Concretar foros de discusión para un mejoramiento de la justicia en que se traten los temas de mención con la finalidad de la posterior atención legislativa de sus conclusiones teniendo en cuenta las necesidades de la población.
 - D) Elaborar y mejorar constantemente los contenidos educativos en todo nivel. Lo que implica asumir un compromiso educativo desde la niñez hasta la última hora del ser humano, no solo apuntando al profesional del derecho sino a la comunidad toda. Las ideas son la fuerza del poder y la ignorancia es el poder de la fuerza, por ello los ciudadanos y por ende sus dirigentes tienen el derecho y el deber de aprender y enseñar superándose permanentemente, lo que asegurará la defensa de los derechos, desde su conocimiento y ejercitación responsable y respetuosa teniendo como objetivo último la paz social y por lógica el aseguramiento del bienestar general.
 - E) Instrumentar el proceso oral en que se pondrá en práctica el respeto mutuo y las puntualizaciones específicas con que se describió a cada uno de los partícipes del proceso. Priorizando, de una vez por todas, dentro de los presupuestos nacionales, las partidas destinadas no solo al objeto específico de este estudio que apunta a afianzar la justicia por un mejor ordenamiento y participación sino también en cuanto a la educación, la salud y la seguridad. Concretando una economía humanista marco necesario para los aspectos señalados y para asegurar los beneficios de la libertad : entre los cuales el más encomiable es el valor justicia, para todos los hombres y mujeres sin discriminación alguna de sexo, edad, religión, condición social, capacidades diferentes, etc.

ficaz del juez, las humanización del hombre a quien olístico.

El Contrato de Leasing en el Derecho Español

Federico Arnau Moya*

Sumario

1. EL CONTRATO DE LEASING. 2. - LA REGULACIÓN DEL LEASING. 3.- ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING. 4.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING. 5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA. 6.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN EL LEASING. 7.- LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR: LA ACCIÓN DIRECTA. 7.A.- Contenido de la acción directa. 7.B.- La resolución del contrato de leasing como efecto de la resolución del contrato de compraventa. 7.C.- La ineficacia del contrato de compraventa y su repercusión en el contrato de leasing. 7.D.- La posibilidad de reconocer acción directa al usuario frente al vendedor.

1. EL CONTRATO DE LEASING

El contrato de leasing¹, también denominado arrendamiento financiero, es de origen anglosajón, y se introduce en nuestro país en los

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Jaume I de Castellón (España). Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón.

1 Entre los trabajos dedicados al estudio de esta figura destacamos las siguientes monografías: ROJO AJURIA, L.: *Leasing Mobiliario*, Madrid, 1.987; CHULIA VICENT, E. Y BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos de leasing* Barcelona, 1989; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1.989; BUITRAGO

años sesenta². En este contrato una de las partes se obliga a financiar la utilización por la otra de un bien, que a tal efecto la primera (entidad de leasing) adquiere de un tercero (suministrador) de acuerdo con las instrucciones de su contraparte (usuario), poniéndolo a disposición del usuario a cambio del pago de una cuota periódica y estableciéndose a favor de éste, finalizado el período pactado, una opción de compra de la cosa por un precio residual³. De modo que para que pueda tener lugar la denominada "operación de leasing" se han tenido que celebrar dos contratos⁴: un contrato de leasing entre el usuario y la financiadora o entidad de leasing y un segundo contrato, de compraventa, entre ésta y un tercero, el suministrador. En consecuencia en esta operación económica estamos ante dos contratos vinculados en los que intervienen tres sujetos.

El leasing mobiliario proporciona al usuario toda una serie de ventajas: en primer lugar, actúa como eficaz instrumento de inversión y actualización de infraestructuras, puesto que aumenta la liquidez de las empresas, además con un mínimo desembolso evita la inmovilización de activos que rápidamente quedan obsoletos, con su consiguiente depreciación y dificultad añadida para deshacerse de ellos; y finalmente, permite la fácil renovación de aquellos bienes de equipo. A todo ello

RUBIRA, J.R.: *El leasing financiero mobiliario y su jurisprudencia*, Pamplona, 1998; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Pamplona, 2001.

- 2 Una interesante reseña histórica podemos encontrarla en GARCÍA GARNICA, (*El régimen jurídico del leasing ...op. cit.* págs., 25,37 y 38. Esta figura contractual surge en Estados Unidos en el año 1952, atribuyéndose su paternidad al empresario californiano J.D. Boothe Jr.; éste era el director de una fábrica de alimentos y desbordado por un pedido de la Armada norteamericana, puesto que no disponía ni del suficiente equipamiento ni del capital para realizar las inversiones pertinentes, por lo que pidió a otra sociedad que adquiriese el material y lo pusiese a su disposición a cambio del pago de un canon mensual. Posteriormente el éxito de la operación le llevó a la constitución de la primera sociedad de leasing financiero: la *United States Leasing Corporation*.
- 3 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ), Madrid, 2000, pág.693.
- 4 La doctrina viene utilizando el término *operación de leasing* para designar a la entera operación que formando una unidad desde un punto de vista económico, está compuesta jurídicamente de dos contratos bilaterales vinculados, la compraventa y el contrato de leasing. Es decir unidad en lo económico y dualidad en el aspecto jurídico.

hay que añad
usuario.⁵

El contr
la más difunc
bienes muebl

2. LA REGULACI

El contr
no se ha visto

5 GARCÍA GAR

6 Entre las d
más releva
cedidos: el
podemos d
entre el ya
participa n
que son los
uso y asiste
entre el trib
vende un b

J.L.: *Leasin*
M.C.: *El rég*

7 Según MAR
694: el cont
el llamado
el propio s
renting, qu
adquiere el
cosa, cedi
leasing inm
contemple
finalidad de
no pierden
sino su cor

8 Como quie
materia de
o no de la a
obtenidas a

9 EMBID IRUJO,
la STS de 2

hay que añadir toda una serie de ventajas fiscales y contables para el usuario.⁵

El contrato de leasing presenta varias modalidades⁶, entre las cuales la más difundida en nuestro país es la relativa al leasing financiero de bienes muebles^{7, 8}.

2. LA REGULACIÓN DEL LEASING

El contrato de leasing aun a pesar de su indudable tipicidad social no se ha visto acompañado en España de la necesaria regulación legal⁹.

5 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, págs. 31 y 34.

6 Entre las diferentes clasificaciones establecidas por la doctrina, las modalidades más relevantes de leasing son las siguientes: A) Según la naturaleza de los bienes cedidos: el mobiliario y el inmobiliario, según el objeto de financiación. B) También podemos distinguir, en virtud de la intervención o no de una entidad financiera, entre el ya mencionado *leasing financiero*, en el que el cedente del producto no participa ni en su fabricación ni distribución, el *leasing operativo o industrial*, en el que son los propios fabricantes quienes en vez de vender sus productos ceden su uso y asistencia técnica a cambio de un precio. C) Según los sujetos, se diferencia entre el trilateral y el bilateral o "lease-back", en éste es el propio usuario el que vende un bien de su propiedad a la empresa cedente. Vid. SANCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1.989, págs. 24 y ss. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 90.

7 Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C.: en AAVV, *Curso de Derecho civil ...op. cit.*, pág. 694; el contrato de leasing en el sentido a que se refiere la Ley 26/1988 no comprende el llamado *leasing del fabricante* que se da cuando, quien financia la operación, es el propio suministrador del bien, ni tampoco el denominado *leasing operativo o renting*, que es un verdadero arrendamiento, porque en él la empresa de leasing adquiere el bien en su propio interés y por su cuenta, y soportalos riesgos de la cosa, cediendo luego su uso por un precio cierto. Este autor se muestra contrario al leasing inmobiliario, aún a pesar de que la disp. adic. 7ª de la Ley 26/1988 si que lo contemple. Alega para ello que el leasing de inmuebles se aleja de la estructura y finalidad de este contrato en su más estricto sentido, puesto que como los inmuebles no pierden valor por su uso, en realidad con el leasing no se financia su utilización, sino su compra.

8 Como quiera que la gran mayoría de problemas y soluciones que se plantean en materia de conexión contractual y en consecuencia los relativos a la admisibilidad o no de la acción directa, hacemos extensibles al leasing inmobiliario las conclusiones obtenidas al analizar el leasing mobiliario.

9 EMBID IRUJO, J.M.: "Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing. Comentario a la STS de 28 de Mayo de 1.990 ", *La Ley*, 1.990-4, pág. 710.

Esta figura contractual, ante la ausencia de una normativa legal que establezca un eficaz régimen jurídico, se ha ido desarrollando merced a la autonomía de la voluntad, *ex artículo 1255 C.c.*¹⁰. No obstante, en nuestro ordenamiento podemos encontrar toda una serie de normas, que si bien de forma tangencial se refieren a los aspectos jurídico-privados de la figura en estudio, puesto que sobre todo aparecen centradas en los aspectos tributarios del contrato^{11 12}. Hoy en día la regulación del leasing financiero se encuentra en la Ley 26/1988, de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito¹³, que deroga el Título II del RD 15/1977. Esta ley, principalmente se limita a concretar la actividad

-
- 10 En este sentido la novedosa STS de 10 abril 1981 (RJA 1981, 1532), establece que: "carente tal contrato [leasing] en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del derecho privado, claro está que su otorgamiento es posible en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial y de libertad de pacto proclamado en el art. 1255 Cc, que faculta a los sujetos para superar, a impulsos de las incesantes exigencias del tráfico económico, el elenco de esquemas o pautas contractuales previstas por el legislador, necesariamente limitados".
- 11 La primera regulación en la que aparece una primera definición legal de este contrato la encontramos en el R.DLey 15/1.977, de 25 de febrero sobre Ordenación Económica, Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión Pública, cuyo artículo 19 establece que: "Constituyen operaciones de arrendamiento financiero aquellas operaciones que, cualquiera que sea su denominación, consista en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos susceptibles de ser afectados con exclusividad a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionalesadquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas constituidas...las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento".
- 12 Mediante el RD 1669/1980 se amplía el ámbito de aplicación del contrato de leasing a determinados inmuebles, si bien insiste en el mismo concepto de la figura.
- 13 La Disposición adicional 7ª de la Ley 26/1.988 de 29 de Julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (en adelante LDIEC.): "Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro asociado, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario".

que integra el objeto de las sociedades de leasing, dedicando únicamente su disposición adicional séptima a regular el contrato de leasing¹⁴.

3. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING

La operación de leasing, que desde un punto de vista económico constituye una operación única, jurídicamente está integrada por dos negocios jurídicos vinculados: uno de compraventa y otro leasing en sentido estricto. Un elemento común a ambos contratos lo constituye la presencia de la entidad financiera o de leasing como parte integrante de ambos contratos.

3.A. El contrato de compraventa

En el contrato leasing, ya hemos adelantado que el interesado en disponer de un bien, en vez de adquirir su dominio, se pone en contacto con una entidad de leasing para que esta adquiera la propiedad del bien que aquél le indique y luego le ceda su uso mediante un contrato de leasing¹⁵. De modo que normalmente la operación leasing recae sobre un bien ajeno. La primera obligación de la entidad de leasing será la adquisición del bien especificado por el usuario al proveedor que este

14 Esta ley se dedica principalmente a regular el tratamiento fiscal del contrato de leasing. La regulación positiva del mismo quede reducida a una descripción de las operaciones de leasing financiero que es a todas luces insuficiente, puesto que ni tan siquiera regula los derechos y obligaciones de las partes, además es incompleta ya que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras normas sustantivas que también regulan este contrato, como la disp. adic.1ª de LVPBM./1998. En esta disposición adicional, entre otros aspectos se regulan los requisitos para la ejecutividad del leasing, el procedimiento por el que la financiera puede exigir al usuario el cumplimiento de sus obligaciones, se regula un procedimiento sumario para la recuperación de los bienes por el cedente, y finalmente se establecen una serie de previsiones para el caso de que el usuario se vea envuelto en un procedimiento concursal. Vid. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, págs. 54, 56 y 57.

Entre otras críticas también ha sido calificada esta regulación como fragmentaria puesto que en lo relativo a su régimen jurídico-privado el contrato carece de disciplina específica. LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág.115.

15 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.92.

señale¹⁶. En relación a los bienes objeto de leasing la disp.adic. 7ª de la LDIEC exige que éstos sean afectados por el usuario a determinados fines de carácter económico o productivo; este requisito hace que la operación de leasing no pueda calificarse como contrato de financiación de consumo^{17 18}, y que en consecuencia, la doctrina atribuya a la compraventa que integra la operación de leasing carácter mercantil¹⁹.

Esta compraventa no puede ser considerada como un negocio jurídico aislado, puesto que su razón de ser se encuentra dentro de la operación de leasing, dentro de la cual se perfecciona, entre la entidad financiera y el suministrador pero de acuerdo con las indicaciones del usuario, ya que se trata de la principal obligación asumida por la financiera con la finalidad de ceder su uso, junto con una opción de compra al usuario. De modo que este negocio jurídico está vinculado al otro contrato, el de leasing junto con el que conforma la operación de leasing. La vinculación o conexión contractual supondrá que las vicisitudes (ineficacia, resolución, etc.) que afecten a cada uno de aquellos contratos de compraventa y de leasing, tendrán su reflejo, en el otro negocio²⁰.

16 No obstante en la disp, adic.7ª LDIEC se prevé la posibilidad de una operación de leasing en el que el bien ya perteneciese a la entidad financiera, por haberlo adquirido en una operación anterior en la que el usuario no ejerció la opción de compra. También cabe la posibilidad de que el usuario se hubiese visto privado del mismo por haber incumplido el contrato de leasing.

17 ROJO AJURIA, L.: *Leasing Mobiliario*, ...*op. cit.*, págs. 69 y 293.

18 Dentro del arco constituido por las diferentes vías de financiación de bienes muebles, el leasing se encuentra en un extremo, al recaer sólo sobre bienes de equipo y no poder recaer sobre contratos de consumo; en una situación intermedia está la LVPBM/1998, que a diferencia de lo que sucede con el leasing, puede recaer tanto sobre bienes de consumo como de equipo y, finalmente, en el otro extremo nos encontramos con la LCCCon que sólo permite la financiación de bienes o servicios que puedan ser objeto de un contrato de consumo.

19 El hecho de la entidad de leasing realiza la compraventa para obtener un beneficio económico ha motivado que la doctrina señale el carácter mercantil de la mencionada compraventa. En ese último sentido se manifiestan: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales", *ADC*, 1.982, fasc.I, págs. 41 a 120; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...**op. cit.*, pág.110; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing* ...*op. cit.*, pág.95.

20 La trascendencia de la vinculación contractual entre compraventa y el contrato de leasing aparece reflejado en las STS de 26 de junio de 1989, en la STS de 26 febrero de 1996 y en la STS de 25 junio de 1997.

3.B. El contrato de compraventa

La operación contractual de compraventa ya hemos analizado en el contrato de leasing y la cesión de derechos.

a) La opción de compra

La característica principal de la compraventa es la opción de compra por la que el comprador tiene el derecho de adquirir el bien en un momento determinado. En caso de que el comprador no entregue los bienes en todas las obligaciones de cumplimiento.

b) La cesión de derechos

La operación de compraventa pactada al finalizar el contrato de compra. b) prorroga el contrato de arrendamiento.

21 GARCÍA GARNICA, M.C.

22 Según la ley de 1989 años en

23 El contrato de compraventa se unen. Vid. STS de 26 febrero de 1996.

24 LÓPEZ FRÍAS, A.

3.B. El contenido del contrato de leasing: cesión de uso y opción de compra.

La operación de leasing supone la vinculación o conexión contractual de dos negocios jurídicos, un contrato de compraventa, que ya hemos analizado, y la del contrato de leasing en sentido estricto. El contrato de leasing a su vez está integrado por dos elementos esenciales²¹, la cesión temporal de uso²² y la opción de compra sobre los bienes cedidos.

a) La cesión del uso

La cesión de uso suele presentar por lo general las siguientes características: a) La entrega del bien al usuario se realiza directamente por la empresa suministradora sin que la empresa de leasing llegue a tener contacto material con el mismo. b) La empresa de leasing suele incluir una cláusula en virtud de la cual se exonera de toda responsabilidad en caso de incumplimiento por el suministrador, bien porque éste no entregue los bienes o porque éstos presenten vicios o defectos. c) En contraprestación a la exoneración pactada la financiera subroga al usuario en todas las acciones que pudiera tener contra el suministrador por incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

b) La opción de compra.

La opción de compra la impone la ley tras la finalización del período de uso pactado²³. Aunque, en realidad, el usuario dispone de tres opciones al finalizar el contrato²⁴: a) puede ejercitar el derecho de opción de compra. b) puede concluir otro contrato de idéntica naturaleza o bien prorrogar el anterior y, c) puede restituir el material a la sociedad arrendadora.

21 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.93.

22 Según la disp.adic.7ª LDIEC el contrato deberá tener una duración mínima de dos años en el caso de bienes muebles y de diez años en el de inmuebles.

23 El contrato de leasing según el T.S. es un contrato complejo precisamente porque se unen la cesión de uso y la facultad de adquirir los bienes en una causa única. Vid. STS 28 junio 1995 y 29 mayo 1990.

24 LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág.115.

4. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING

En la operación de leasing aparecen tres sujetos: el usuario, que es el interesado en utilizar un determinado bien, la entidad de leasing o financiador que será el que efectúe el desembolso y adquisición del bien, y finalmente el vendedor o suministrador del bien. El Tribunal Supremo en algunas ocasiones ha establecido como requisito esencial del contrato de leasing la intervención de tres personas, de modo que de faltar alguna de ellas no estaríamos ante un contrato de leasing²⁵. La presencia de tres sujetos no supone la trilateralidad del contrato de leasing²⁶, puesto que en realidad se trata de dos contratos bilaterales vinculados por una misma finalidad económica en los que uno de los sujetos, la entidad de leasing, es parte en ambos negocios jurídicos²⁷ 28. En realidad la trilateralidad se refiere a la entera operación económica, denominada operación de leasing y no a la conexión existente entre el contrato de compraventa y el contrato de leasing²⁹.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA

La opinión que la doctrina tiene sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing no es en absoluto pacífica, a ello ha colaborado

- 25 STS 25 de junio de 1997; 7 de febrero de 1995; y 30 de abril de 1991.
- 26 El contrato sería trilateral en el supuesto de que necesitase del consentimiento de las tres partes para su perfección; en este caso además nos encontraríamos ante un único contrato y no ante dos contratos. En ese sentido DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I ...op. cit., pág.141 establece que: "no puede hablarse de contratos plurilaterales por el hecho de el contrato cree una situación triangular o trimembre, en la que cada una de las partes ostenta sus propios derechos y obligaciones."
- 27 SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobillario*, ...op. cit., pág.170 y ss.; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing* ...op. cit., pág.101. La STS 26 febrero de 1996 mantiene esta misma tesis al establecer que: "jurídicamente el leasing no es tripartito, sino suma de dos contratos conexos, existiendo económicamente tres interesados".
- 28 Esta vinculación entre contratos que forman una misma operación económica es la que posibilita la existencia de una acción directa en favor del usuario contra el vendedor.
- 29 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing* ...op. cit., pág.102.

principalmente
en consecuencia

5.A. El leasing

Un deter
ante un contrat
en leasing es e
facultativa³¹

5.B. El leasing

La asim
una reserva de
opción de co
dominio³², ad
causal, por de
Los pagos per

- 30 Comoquiera
de leasing y
la determin
puesto que
consecuenc
demostrar l
opone plan
marzo de 2
Social prete
- 31 Defienden l
los problem
CABANILLAS S
control de
SÁNCHEZ, A.
(Comentari
1980, págs.
1991, págs.
En la jurispr
1991; las S
1986 y 26
1996, Valla
- 32 GARCÍA GAR

principalmente la falta de una adecuada regulación legal de la figura, y en consecuencia se han elaborado varias teorías sobre la misma³⁰:

5.A. El leasing como contrato de arrendamiento

Un determinado grupo de autores estima que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento, puesto que el elemento predominante en leasing es el de la cesión de uso, puesto que la opción de compra es facultativa³¹

5.B. El leasing como una venta a plazos.

La asimilación entre el leasing y la venta a plazos garantizada con una reserva de dominio se justifica principalmente por la existencia de la opción de compra, y en consecuencia de una causa traslativa del dominio³², además ambas figuras contractuales presentan una similitud causal, por de tener como finalidad la financiación de bienes de equipo. Los pagos periódicos no serían una contraprestación del bien, sino una

30 Comoquiera que la mayoría de pleitos sobre el leasing tienen lugar entre la entidad de leasing y los acreedores del usuario que pretendían embargar los bienes cedidos, la determinación del naturaleza jurídica de la figura es de suma importancia, puesto que de ella depende a quien se atribuye la propiedad del bien y en consecuencia su posibilidad o no de embargo. Generalmente el acreedor quiere demostrar la titularidad dominical del usuario mientras que la entidad de leasing se opone planteando una tercería de dominio. Este es el supuesto de la STS 7 de marzo de 2001 (RJA 2001, 2596) en el que la Tesorería General de la Seguridad Social pretendía que se declarase la titularidad dominical de el usuario.

31 Defienden la concepción arrendaticia: ILLESCAS ORTIZ, R.: "El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato", RDM, 1971, págs. 87 y 109; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales", ADC, 1.982, fasc.I, págs. 59 y ss; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "El leasing financiero y la ley de ventas a plazos de bienes muebles (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978)", ADC, 1980, págs. 780 y 781 y O'CALLAGHAN, X.: "Jurisprudencia sobre el leasing", AC, nº 1, 1991, págs 1 a 19.

En la jurisprudencia defienden esta tesis la STS de 26 junio 1989; la 30 abril de 1991; las SSAP Madrid de 23 de diciembre de 1991 y Barcelona de 5 de julio de 1986 y 26 de mayo de 1993, Toledo S.2ª, 22 diciembre de 1994, Zamora 11 abril 1996, Valladolid S. 3ª, 25 febrero 1995..

32 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 164.

fragmentación en plazos de su valor total³³. La sujeción a un régimen jurídico diferente obedece a razones de política legislativa³⁴.

5.C. El leasing como un negocio fiduciario (modalidad de fiducia cum creditore)

Los defensores de esta tesis, basándose en el carácter crediticio del contrato de leasing, estiman que el dominio detentado por la entidad de leasing es aparente, es una titularidad fiduciaria *cum creditore*³⁵.

5 D. El leasing como figura atípica.

La mayoría de pronunciamientos del Tribunal Supremo califican el contrato de leasing como de "carácter complejo y de naturaleza atípica"³⁶, en parecidos términos se manifiesta un importante sector doctrinal³⁷.

- 33 AMORÓS GUARDIOLA, M.: "El "leasing" inmobiliario y su inscripción registral", RCDI, 1985, nº 569, págs. 899 y 902, estima que el leasing, si bien en su faceta inmobiliaria, no se corresponde con el "arrendamiento con opción de compra", sino que entraña una venta a plazos con reserva de dominio disimulada, y como tal debería tratarse.
- 34 A favor de la asimilación con la compraventa a plazos: ROJO AJURIA, L.: *Leasing Mobiliario*, Madrid, 1987, págs. 43 y 153 y ss; ROJO AJURIA, L.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989", *CCJC*, nº 20, Abr-Ago. 1989, pág. 605; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la Ley de 29 de Julio de 1988, en la Jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional", *ADC*, 1991, Tomo XLIV, Vol III págs. 982 y ss... BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS de 28 de mayo de 1990" *CCJC*, 1990, nº 23, ref.615, págs. 701 y ss.; PARRA LUCÁN, M.A.: "Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1997", *CCJC*, 1998, nº 46, ref. 1260, pág.344.
En contra de la asimilación a la venta a plazos.: SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario, ...op. cit.*, pág.138 y ss.; EMBID IRUJO, J.M.: "Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing ...op. cit.", pág. 713; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág. 115.
- 35 La STS 13 de marzo de 1995 califica como fiducia "cum creditore" el contrato de leasing financiero, si bien se refería a un supuesto de leasing inmobiliario. No obstante esta tesis ha encontrado escaso eco en nuestra doctrina..
- 36 En este sentido, si bien en algunos casos se utiliza una terminología un tanto confusa, se pronuncian las STS: 10 abril 1981 (RJA 1981, 1532); 18 noviembre de 1983 (RJA 1983, 6487); 26 junio 1989 (AC 1989, 995); y 28 mayo 1990 (RJA 1990, 4092). En la última de estas resoluciones si bien se refiere aun contrato complejo, se dice expresamente que "tiene distinta naturaleza a la venta a plazos".
- 37 MANZANO SOLANO, A.: "Sobre la naturaleza jurídica del "leasing" o arrendamiento financiero.", *RCDI*, 1992-II, nº 611, 1813; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO: "Elementos de Derecho civil", II; vol 2º, 2ª ed. Barcelona, 1987, pág. 259; SÁNCHEZ-

5.E. El leasing co

Para corrier
para ello parten c
elementos estruct
Hay que valorar
puesto que la pres
ni en enajenar b
Así pues, el contr
financiación y ev
el debido reconoc
operación econó

- PARODI PASCUA,
SOLE, F.: "Leas
STS (Sala 1ª) d
A.: *Los contrat*
38 GARCÍA GARNICA
En realidad la
suma de diner
pecuniaria del
entidad de le
incrementada
En esta línea s
en el marco de
contrato de le
39 En la jurisprud
tesis que conc
Murcia S.1ª, d
cumple [el lea
bienes por pre
la propiedad s
con causa ún
varias causas,
En la SAP de B
que hace que
arrendamiento
figuras contr
de arrendamie
existir como u
independiente
arrienda, con
mismo de la c
se deben las p
las de un con

5.E. El leasing como contrato de financiación

Para corriente doctrinal el leasing es un contrato de financiación, para ello parten de que no cabe calificar el leasing a partir de uno de sus elementos estructurales, como la cesión de uso o la opción de compra. Hay que valorar el contenido obligacional de la operación de leasing, puesto que la prestación de la entidad de leasing no consiste ni en arrendar ni en enajenar bienes, sino en realizar una actividad de financiación³⁸. Así pues, el contrato de leasing es un contrato complejo que persigue la financiación y eventualmente la adquisición de bienes. Esta teoría supone el debido reconocimiento a la financiación que subyace e informa la entera operación económica y que resulta difícil de encajar en las otras teorías.³⁹

PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario, ...op. cit.*, págs.154 y ss.; GARCIA SOLE, F.: " Leasing, acción directa del usuario frente al vendedor. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 de Abril de 1.991". *La Ley*, 1991-4, págs. 535 a 543. LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág.115.

38 GARCIA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.166, 167 y 168. En realidad la prestación de este contrato se concreta en el desembolso de una suma de dinero para satisfacer las necesidades del cliente, además la obligación pecuniaria del usuario tiene como parámetro y límite la cantidad satisfecha por la entidad de leasing, que aquél ha de restituir de forma fraccionada , si bien incrementada en el tipo de interés estipulado.

En esta línea se manifiesta también REAL PÉREZ ("El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de "leasing"⁴⁰, *RDP*, 1998, pág, 415.) al referirse al contrato de leasing como negocio con causa de financiación.

39 En la jurisprudencia menor podemos encontrar varias resoluciones que siguen esta tesis que conceptúa al leasing como contrato de financiación: Es de destacar la SAP Murcia S.1ª, de 5 diciembre 1995 que establece que: " la función económica que cumple [el leasing] es múltiple, de una parte, transmite el uso de determinados bienes por precio (arrendamiento) y, de otro, sirve para financiar la adquisición de la propiedad si finalmente se ejercita la opción de compra. Se trata de un contrato con causa única y compleja, pero ello no significa que haya varios contratos, con varias causas, sino uno solo, con su propia fundamentación y estructura".

En la SAP de Burgos de 27 de enero 1992 se establece que: "la verdadera especialidad que hace que el contrato de leasing [...] no pueda equiparse al contrato de arrendamiento o al de venta a plazos, ni siquiera a un negocio mixto de ambas figuras contractuales, radica en la operación financiera, que en el simple contrato de arrendamiento con opción de compra no existe, y que en la venta a plazos suele existir como un contrato de financiación que acompaña al de compra, pero que es independiente de él, mientras que en el leasing, por ser la misma empresa la que arrienda , compra el bien y financia, la operación financiera se inserta en el núcleo mismo de la causa del contrato y es determinante del conjunto de prestaciones que se deben las partes, que no son ni las propias de un contrato de arrendamiento, ni las de un contrato de compra con precio aplazado"

5.D. La naturaleza del leasing en la jurisprudencia

Dentro de la Jurisprudencia, destaca la STS de 10 de Abril de 1981, por constituir la sentencia fundamental sobre el leasing⁴⁰, por marcar de forma precisa su naturaleza jurídica, así como sus rasgos diferenciadores con la venta a plazos de bienes muebles y el leasing operativo, pero reconociendo la posibilidad de simulación relativa y así pues establece:

[...]antes bien ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra como causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme [...] carente tal contrato en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del Derecho privado, está claro que su otorgamiento es posible en lícito ejercicio de autonomía negocial y de libertad en la regulación del pacto prolongado en el art. 1255 de Código Civil⁴¹.

6. LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN EL LEASING.

La configuración del contrato de leasing como un contrato de financiación, implica que la realización del propósito práctico perseguido por las partes no se agote con la perfección del contrato de leasing sino que la financiadora debe de realizar un segundo contrato para la adquisición de los bienes objeto del contrato financiación (salvo que ya los tuviera en su poder). Ambos contratos formarán la denominada "operación de leasing financiero" en contraposición con el contrato de leasing propiamente dicho⁴².

40 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la Ley de 29 de Julio de 1.988, en la Jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional", *A.D.C.*, 1.991, Tomo XLIV, Vol III pág. 961

41 La STS 1ª 11-Nov-83 consolida la anterior línea jurisprudencial y las STS 26-Jun-89 y 28-Mayo-90, están en clara armonía con las dos sentencias precedentes, en todos estos supuestos el TS se resiste a calificar a esta figura en función de su apariencia externa de arrendamiento financiero.

42 GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, págs. 180 y 181.

La op
derivan con
un fenómen
y el contra
compravent
trata de do
embargo co
convergen
funcional)

El Tr
como un s
puesto de
celebrados

- 43 GARCÍA
En la c
entre ar
civil",
"consti
funcion
Para Lo
se dedu
para ce
obliga
esta op
44 Ese ne
conexi
conexo
leasing
45 El TS
arrend
4092),
3115);
46 La STS
1264)
SÁNCHE
vicios
1996)
vincul
Pozo C
1998,
1996"

La operación de leasing, es un término económico, del que se derivan consecuencias jurídicas de extrema importancia: la creación de un fenómeno de conexión contractual entre el contrato de compraventa y el contrato de leasing. La vinculación existente entre el contrato de compraventa y el arrendamiento financiero, puesto que en realidad se trata de dos contratos bilaterales, distintos, perfectos y eficaces, que sin embargo constituyen una unidad funcional y económica puesto que ambos convergen en la consecución de un mismo propósito práctico (nexo funcional) ^{43 44}.

El Tribunal Supremo se ha referido en varias ocasiones al leasing como un supuesto de conexión de contratos complejo o atípico ⁴⁵, y ha puesto de manifiesto la interrelación existente entre los convenios celebrados en estos supuestos ^{46 47}.

43 GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.181 a 183.

En la doctrina son varios los autores que han puesto de manifiesto la conexión entre ambos contratos: RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO: "Elementos de Derecho civil", II; vol 2º, 2ª ed. Barcelona, 1987, pág. 259 estima que la operación de leasing "constituye un *complexum* de dos contratos coligados (con causas distintas, aunque funcionalmente dependientes)"

Para LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág.116, la conexión contractual se deduce del propio concepto de leasing: la entidad financiadora compra el objeto para ceder su uso, el usuario se adhiere al contrato porque la entidad de crédito se obliga a adquirir el bien que éste necesita, el proveedor conoce la existencia de esta operación trilateral...

44 Ese nexo funcional es el elemento determinante para apreciar la existencia de una conexión jurídicamente relevante entre dos contratos LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág.273 a 282. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 183.

45 El TS ha puesto de relieve la conexión entre los dos contratos, compraventa y arrendamiento financiero en varias sentencias: La SSTS de 28 mayo 1990 (RJA 1990, 4092), de 22 abril de 1991 (RJA 1991, 3017), de 30 de abril de 1991 (RJA 1991, 3115); o la STSJ de navarra de 22 mayo de 1992 (RJA 1992, 6198)

46 La STS más relevante ha sido sin embargo la de 26 de febrero de 1996 (RJA 1996, 1264) que ha sido objeto de comentario en varios artículos doctrinales: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La resolución del *leasing* o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)", *ADC*, 1998, I, págs. 327 y ss.; DÍAZ MUYOR, M.: "Arrendamiento financiero y vinculación de contratos (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)" en DEL POZO CARRASCOSA, P. y DÍAZ MUYOR, M. (coord.): *Contratación bancaria*. Barcelona 1998, págs. 383 y ss; MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996", *CCJC*, 1996, nº 41, págs.758 y ss y REAL PÉREZ, A.: "El incumplimiento del

Esta conexión se manifiesta por dos circunstancias⁴⁸:

1) Por las relaciones de hecho existentes entre usuario y vendedor, ya que el primero es quien señala el bien concreto que la sociedad financiera va a comprar.

2) Otro dato es que la sociedad de leasing se exonera de responsabilidad por vicios ocultos del bien cuyo uso cede, esta exoneración además va acompañada por la subrogación del usuario en los derechos de la entidad arrendadora frente al vendedor⁴⁹. Las dos figuras, exoneración y subrogación, aparecen frecuentemente en las condiciones generales de casi todos los contratos de leasing financiero.

Las consecuencias de la conexión se traducen sobre todo a la hora de establecer el régimen jurídico del leasing⁵⁰, en especial la resolución del contrato de compraventa dará lugar a la resolución del contrato de leasing. Esto es así porque en virtud de la conexión contractual el contrato de compraventa se ha convertido en presupuesto del contrato de leasing. De modo que desaparecido aquel no tiene sentido que este siga produciendo efectos. El usuario está legitimado para resolverlo por haber desaparecido la base del negocio⁵¹

proveedor en el marco de la relación jurídica de leasing. Comentario a la STS (Sala 1ª) 26 de febrero de 1996, RDP, 1998, págs. 386 y ss.

En esta STS se establece que: "dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe entre todo arrendamiento financiero o leasing y el de compraventa" la resolución de ésta "ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero".

47 LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág.116.

48 LÓPEZ FRÍAS, *ibidem* nota anterior, pág.117.

49 Mediante la cesión de acciones se está permitiendo al usuario actuar en relación a un contrato en el que no es parte, de donde resulta que en lo relativo a la reclamación por vicios existe una especie de conexión convenida. (LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág. 118).

50 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.181.

51 *Vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág.388. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.182, explica este fenómeno diciendo que: "De modo que aquellos contratos [de compraventa y de leasing] que en principio eran autónomos, en virtud de la vinculación contractual se ha establecido un ligamen suficiente como para que las vicisitudes del desarrollo y ejecución de uno de los contratos alcancen al otro."

7. LA RESPON

El primer
la posibilidad
contrato al

En los
serie de cláus
usuario, ent

La primer
de leasing,
entregada,
Además se
leasing, sol
vicios que p

La segun
del usuario
Mediante e
dirigirse con

La leg
puede basa
cumplido
fundamenta
por incump
fin práctico

inboq cur

52 LÓPEZ FR

53 LÓPEZ FR

régimen

54 La jurisp

resoluci

del bien

cuotas p

Otro gru

a esta n

junio de

55 Señala l

encontr

7. LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR: LA ACCIÓN DIRECTA

El principal efecto de la vinculación o conexión entre contratos, es la posibilidad de que los supuestos de "patología contractual" de un contrato alcancen al otro coligado⁵².

En los contratos de leasing, por lo general suelen introducirse una serie de cláusulas que van a condicionar las relaciones triangulares entre usuario, entidad financiera y suministrador.

La primera de estas cláusulas es la de la "exoneración" de la entidad de leasing, frente al usuario, por los vicios o defectos que tenga la cosa entregada, por el retraso e incluso por la no entrega de la misma⁵³. Además se suele añadir que el usuario no podrá resolver el contrato de leasing, solicitar la reducción de precio o suspender el pago por los vicios que presente la cosa⁵⁴.

La segunda estipulación que se suele incluir es la de la "subrogación" del usuario en los derechos de la entidad de leasing frente al suministrador. Mediante esta cesión de acciones se está autorizando al usuario para dirigirse contra un tercero con el que no tiene ningún vínculo contractual⁵⁵.

La legitimación del usuario para resolver el contrato de leasing, no puede basarse en un incumplimiento de la financiera, puesto que esta ha cumplido escrupulosamente con lo pactado. Sin embargo, cabe fundamentar la extensión a la entidad de leasing, de la responsabilidad por incumplimiento del suministrador, en la teoría de la "frustración del fin práctico del contrato" y la destrucción del "principio de equivalencia

52 LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...* op. cit., pág.118.

53 LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...* op. cit., pág.117. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing* ...op. cit., pág. 194 y 195.

54 La jurisprudencia se encuentra dividida en relación con esta cláusula: Una serie de resoluciones rechazan que la entidad de leasing se exonere de la falta de entrega del bien o de la entrega no conforme de un bien, autorizando el impago de las cuotas por el usuario. Vid.STS 3 de febrero de 2000 (RJA 2000, 621)
Otro grupo de fallos admite la exoneración de la entidad de leasing, estimando que a esta no tiene porqué afectarle el incumplimiento del transmitente. Vid. STS 26 de junio de 1989 (RJA 1989, 4786).

55 Señala LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...* op. cit., pág.118 que en esta caso nos encontraríamos ante una suerte de "conexión convenida "

de las prestaciones". O, en dicho de otro modo, por una falta sobrevenida de causa⁵⁶.

No significa esto que deba, sin más, establecerse la inadmisibilidad de las cláusulas de exoneración, ya que estas son admisibles siempre y cuando se garantice la posibilidad del usuario de dirigirse contra el vendedor ante su incumplimiento⁵⁷. La conexión contractual entre el contrato compraventa y el de leasing es la que posibilita superar el obstáculo del principio de la relatividad contractual.

Ante la falta de reconocimiento legal de la acción directa del usuario contra el suministrador, entra en juego, la cláusula de subrogación por la que el usuario puede utilizar todos los derechos y acciones de que dispone la entidad de leasing, en su calidad de compradora del bien, frente al suministrador⁵⁸.

El usuario no ejerce en este caso la acción subrogatoria, sino una acción propia, adquirida en virtud del negocio jurídico de subrogación en su titularidad celebrado con su titular originario⁵⁹.

La jurisprudencia ha venido exigiendo al usuario que cuando accione directamente contra el transmitente que indique el carácter con que interpone la acción, no admitiéndose en caso contrario su legitimación activa⁶⁰. En cuanto a la legitimación pasiva, se exige que se demande tanto al vendedor como la entidad de leasing. En caso contrario, se estima que no se ha cumplido con la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario⁶¹.

7.A. Contenido de la acción directa

Al ejercer la acción directa contra el suministrador, el usuario podrá exigir la entrega de bienes, la reparación de los defectos o la sustitución

56 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.199. En este mismo sentido la SAP Córdoba de 17 de septiembre de 1998 (La Ley 1999, 220) establece que si el bien objeto del contrato no se entrega al usuario, la finalidad económica del mismo deviene total y absolutamente ineficaz.

57 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 200.

58 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 200.

59 Este es el caso de la STS 25 nov 1996

60 Vid. STS que desestiman por esa razón

61 Así se viene exigiendo en las Sents.62 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.203.

del bien seg
que adopta
la mayoría
cobrando la

El sup
está incluid
STS 26 febre
al establece
compradora
proveedora-
resolutoria
inidoneidad

7.B. La reso del con

La pos
está plenam
de las última
está dividida
en el contrat
adquisición,
la conexión

62 GARCÍA G

63 La doctri

PARODI P

A.: *Los co*

jurídico

El TS en

STS 26 d

cambio c

1264), es

posibili

de abril

de dicier

(RJA 199

64 GARCÍA G

"En la S"

reconoce

aun a pe

que habi

del bien según el caso⁶² En realidad estamos aplicando la misma solución que adoptamos en el supuesto de los créditos al consumo. Mientras tanto, la mayoría de la doctrina entiende que la entidad de leasing continuará cobrando las cuotas al margen de la suerte de los bienes.

El supuesto más controvertido lo constituye si la acción resolutoria está incluida dentro de las acciones en las que se subroga el usuario⁶³. La STS 26 febrero de 1996 (RJA 1996, 1264) vino a terminar con la polémica al establecer que la subrogación "en todas las acciones que como compradora le pueden corresponder (a la financiera) frente a la entidad proveedora-vendedora [...] comprende, indudablemente, la eventual acción resolutoria de que todo comprador se halla asistido por inhabilidad o inidoneidad del objeto, así como la de saneamiento por vicios ocultos⁶⁴".

7.B. La resolución del contrato de leasing como efecto de la resolución del contrato de compraventa

La posibilidad de que el usuario resuelva el contrato de compraventa, está plenamente afianzada en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo, sin embargo la doctrina está dividida en cuanto a la repercusión de la resolución de la compraventa en el contrato de leasing. Estimamos que una vez resuelto el contrato de adquisición, también debe resolverse el contrato de leasing en virtud de la conexión contractual, aun a pesar de la cláusula de exoneración en

62 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.203.

63 La doctrina viene admitiendo esta posibilidad desde hace tiempo. Vid SANCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario, ...op. cit.*, pág. 203; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág. 123 a 131; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.203.

El TS en un principio venía negando esta posibilidad, tal como se establece en la STS 26 de junio de 1989 (RJA 1989, 4786). Sin embargo, se ha producido un cambio de orientación jurisprudencial del que la STS 26 febrero de 1996 (RJA 1996, 1264), es el primer caso en que de forma expresa el Alto Tribunal admite esta posibilidad que ya había insinuado en algún pronunciamiento como en la STS 23 de abril de 1991 (RJA 1991, 3021). Actualmente siguen esta orientación las STS 23 de diciembre de 1999 (RJA 1999, 9360), 25 de junio de y 4 de diciembre de 1997 (RJA 1997, 5210) y (RJA 1997, 8728).

64 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 205 dice que. "En la STS de 26 de junio de 1996, sin llegar a reconocer una acción directa, se reconoce al la legitimación activa al usuario para resolver el contrato de adquisición aun a pesar de no haber precisado que actuaba por subrogación, requisito formal que había venido exigiéndose en resoluciones anteriores."

virtud de la cual el usuario renuncia a ir contra la compañía de leasing en caso de no poder utilizar los bienes⁶⁵.

7.C. La posibilidad de reconocer acción directa al usuario frente al vendedor

La vía de actuación por subrogación convencional del usuario contra el vendedor ya está plenamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Cuestión diferente es el reconocimiento *ex iure proprio* de una acción directa en favor del usuario, en aquellos supuestos en los que en el seno de una operación de leasing no se hubiese pactado la subrogación de acciones.

En este caso nos encontramos en una situación de hecho similar a la que ha permitido a los tribunales el otorgamiento de acciones directas más allá de la existencia de un texto legal cuando nos encontramos en el seno de un grupo de contratos. La conexión existente entre el contrato de leasing y el contrato de compraventa es fundamento suficiente como para reconocer la acción directa⁶⁶.

65 A favor de esta la extensión de la resolución al contrato de leasing: LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág. 136 ; MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Comentario a la STS de 26 d. febrero de 1996 ", *CCJC*, 1996, nº 41, págs.772; y GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.207.

Sin embargo un sector doctrinal estima que el contrato de leasing continuará produciendo sus efectos, con independencia de la resolución del contrato de compraventa. Vid. GARCIA SOLE, F.: "La Subrogación en los Derechos de la Compañía de Leasing, frente al proveedor o Vendedor ", *AC*, nº, 15, 1.989, pag 1063 y Rojo AJURIA, L.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989", *CCJC*, nº 20, Abr-Ago. 1.989, pág. 607.

La STSJ de Navarra de 22 mayo de 1992 (RJA 1992, 6198) y la posterior STS de 26 de febrero de 1996, admiten la doble resolución de los contratos de compraventa y leasing. La última resolución establece que: " dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe entre todo contrato de arrendamiento financiero o leasing y el de compraventa, la resolución de ésta ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero ".

66 Reconocen la concesión de la acción directa en favor del usuario. PASQUAU LIAÑO, M.: "*La acción directa...op. cit.*", pág. 185; ROJO AJURIA, L.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989", *CCJC*, nº 20, Abr-Ago. 1.989, pág. 606 a 608; GARCIA SOLE, F.: " Leasing, acción directa del usuario frente al vendedor. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 de Abril de 1.991". *La Ley*, 1991-4, págs. 535 a 543; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág.,124; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, págs. 210 a 211 .

La jurisprudencia menor, si bien admite la responsabilidad del vendedor frente al usuario-arrendatario, lo hace a través de la figura de la subrogación y no mediante la acción directa⁶⁷.

La doctrina está dividida en cuanto la admisión de la acción directa a favor del usuario. Un sector es favorable a la tesis mantenida por la jurisprudencia, de acudir a la vía de la acción subrogatoria, en cambio un sector de la misma, es partidario de la declaración de la responsabilidad del vendedor pero mediante la vía de la acción directa.

Algún autor admite como solución generalizada⁶⁸:

1º.- Que hay que partir del carácter de "intermediario financiero" de la sociedad de leasing lo que impide una aplicación simétrica de la normativa arrendaticia.

2º.- Se admite la validez de las cláusulas exoneratorias de la sociedad del leasing, siempre que se acompañe de una transmisión al usuario de sus créditos y acciones.

3º.- Se establece un sistema muy flexible de legitimación activa y pasiva, no se trata de una transmisión de acciones, puesto que la sociedad de leasing conserva las propias.

4º.- Estima que el tema deberá de recibir un tratamiento que pase por la consideración de "imbricación de contratos" que supere la total separación de contratos que se deriva de una aplicación estricta del principio de relatividad del art. 1.257, ya que ésta favorece, en principio, al financiador. Si es realmente equiparable a una financiación al comprador, nada cabe objetar a que, mediante una exoneración de responsabilidades y una transmisión de acciones, las relaciones se establezcan entre los verdaderos interesados: vendedor y usuario (comprador oculto). No es posible ni un enriquecimiento injusto de la sociedad de leasing ni una indefensión del usuario.

La jurisprudencia actuaría correctamente si concediese la acción directa al usuario con independencia de que se haya estipulado así o no

67 Sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia de 2 de Diciembre de 1.986 y 6 de octubre de 1.987.

68 ROJO AJURIA, L.: "La responsabilidad por la entrega, vicios ocultos y pérdida de la cosa en el Arrendamiento-Financiero (Leasing)" en *Actualidad Civil*, 1.986, pag. 2021 y s.s..

en el contrato⁶⁹. Finalmente ⁷⁰para, después de afirmar que la jurisprudencia no ha dado a luz para aclarar contra quien debe dirigirse el usuario, con la clausula de exoneración -que será lo habitual- o sin ella, viene a insinuar que debiera de consolidarse doctrina jurisprudencial de la de la responsabilidad de todos los intervinientes en el proceso, al igual que sucedió en nuestro país tras las indecisiones jurisprudenciales de la década de los setenta, cuando empezaron los casos de aplicación de la acción directa *ex art. 1591 C.C.*

La postura contraria, favorable a la tesis de la subrogación, es mantenida por un sector doctrinal ^{71 72}, para quien aún cuando el contrato de leasing carezca en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación sustantiva, existen una serie de condiciones generales conocidas y admitidas en la práctica mercantil no sólo nacional sino también internacional que configuran el contenido mínimo del contrato de leasing que adoptan las entidades de arrendamiento financiero.

69 PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa...op.cit.*, pág. 143.

70 O'CALLAGHAN, X.: "Jurisprudencia sobre el leasing", *AC*, 1.991-1, pág.333

71 GARCIA SOLE, F.: "La Subrogación en los derechos de la Compañía de Leasing frente al Proveedor o vendedor", *AC*, 1.989-1, pag, 1057.

72 A pesar de defender la vía de la acción subrogatoria, este autor tiene un trabajo titulado "Leasing. Accion directa del usuario frente al vendedor", *La Ley*, 1991-4, pág. 535 en el que se utiliza indebidamente la expresión acción directa puesto que se utiliza como sinónimo de acción subrogatoria.

és de afirmar que la
tra quien debe dirigirse
e será lo habitual- o sin
doctrina jurisprudencial
nientes en el proceso, al
siones jurisprudenciales
los casos de aplicación

de la subrogación, es
a aún cuando el contrato
ídico de una regulación
generales conocidas y
nacional sino también
o del contrato de leasing
anciero.

1.991-1, pág.333
Compañía de Leasing frente

este autor tiene un trabajo
vendedor", La Ley, 1991-4,
n acción directa puesto que

La Noción de Desobediencia Civil Estado de Derecho y democracia participativa

Trabajo elaborado por un grupo de alumnos
de 2, 3 y 4 Ucab, FAC. Der. Jul 03

Sumario

Introducción. I. Noción de desobediencia civil: 1. Criterios predominantes en la doctrina a los fines de la definición: i) criterio ético; ii) criterio jurídico. 2. Presupuestos y requisitos para su ejercicio. 3. Sucesos históricos relacionados con la noción de desobediencia civil en Venezuela: i) 1749, *la oposición a la Compañía Guipuzcoana*, ii) 1808, *la rebelión mantuana*. 4. Desobediencia civil y regulación constitucional. II. *Estado de Derecho, desobediencia civil, derecho a la participación y Alcance de la decisión del Tribunal Supremo de Justicia en la cual interpreta el artículo 350 constitucional*. 1. Desobediencia civil y derecho a la participación ciudadana. 2. Estado de Derecho y desobediencia civil. 3. Decisión del Tribunal Supremo de Justicia en la cual interpreta el artículo 350 constitucional: i) variación del criterio para la admisibilidad del recurso de interpretación según el interés del recurrente; ii) criterios de interpretación normativa expresados en la decisión; iii) premisas y conclusión de la decisión 24/2003I; iv) posible aplicación del uso alternativo del Derecho. *Conclusiones*

INTRODUCCIÓN

La vinculación y el alcance existente entre la noción de desobediencia civil, y los principios que rigen el Estado de Derecho y la democracia participativa fundamentan estas notas, las cuales hemos desarrollado dentro de las actividades extracátedra y de investigación, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello sobre materias o temas de actualidad jurídica.

Para establecer la anterior vinculación y en razón del interés de nuestro estudio, presentaremos previamente las distintas opiniones expuestas por la doctrina sobre el concepto de Estado de Derecho, la noción de desobediencia civil y el derecho a la participación, a los fines de poder analizar su alcance, observancia y reconocimiento por parte de los órganos del Poder Público, especial por el órgano máximo del Poder judicial. Para su desarrollo hemos seguido el siguiente esquema de trabajo: un primer punto denominado *la noción de desobediencia civil, presupuestos y requisitos para su ejercicio, algunos acontecimientos en la historia colonial y su regulación en el texto constitucional*; y un segundo punto en el que hacemos referencia a la noción del *Estado de Derecho, el derecho a la participación y la interpretación dada por la decisión del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 22 de enero de 2003 al artículo 350 constitucional*.

El vínculo observado entre las nociones antes referidas nos motivó a investigar sobre el núcleo de esa vinculación, en el entendido que la existencia y plena manifestación de cada uno de ellos permiten el perfeccionamiento de la democracia, si partimos de la premisa que la desobediencia civil es concebida como la expresión ética de la conciencia y voluntad ciudadana, el derecho a la participación como la modalidad y manera de ejercitarse esa voluntad cívica, y el Estado de Derecho como el marco en el cual se garantiza el ejercicio de los derechos humanos mediante el debido funcionamiento de los órganos del Poder Público. Estos tres conceptos constituyen en los actuales tiempos unos de los pilares sobre los cuales descansa el respeto de los derechos humanos, principio que rige e informa la actuación de todos los órganos del Poder Público en un Estado de Derecho.

Desconociendo la finalidad y estilo de toda introducción, adelantamos y ratificamos a modo de conclusión, que asumimos la noción

de desobe
indispensa
participativ

I. Noción

Los r
civil se ub
movimien
movimien
Unidos, y
diversos p
y partidos

Aun
siglo XIX y
en afirma
originaria
en el pun
tomando
definición

Para
civil está
otros éste
misma. E
aprecia e
contenido
razón de
dentro de
más que
asunto q

de desobediencia civil "como un complemento de la democracia indispensable para la creación y sostenimiento de una cultura política participativa".

I. NOCIÓN DE DESOBEDIENCIA CIVIL

Los momentos en los cuales se desarrolló la noción de desobediencia civil se ubican cronológicamente en los tiempos de mayor auge de los movimientos nacionalistas africanos e indios, así como también de los movimientos civiles protagonizados por la minoría negra de los Estados Unidos, y los movimientos de trabajadores y ciudadanos pacifistas de diversos países. Se suman también los conocidos movimientos, o grupos y partidos ecológicos y afines de la Comunidad Económica.

Aun tomando en cuenta, el gran auge obtenido durante el final del siglo XIX y a través de todo el devenir del siglo XX, la doctrina es conteste en afirmar que la noción de desobediencia civil se manifiesta originariamente en la obra de *Santo Tomas de Aquino*, con quien iniciamos en el punto siguiente la clasificación de esta noción, la cual realizamos tomando en consideración el núcleo sobre el cual cada autor basa su definición y sustenta o hace girar la noción de desobediencia civil.

Para algunos autores el fundamento de la acción de desobediencia civil está en el aspecto ético que motiva a la acción, mientras que para otros éste se encuentra en el carácter jurídico que se persigue con la misma. En algunos casos como el de M. Ghandy, la separación no se aprecia en un inmediato o primer plano, sin embargo el sentido o contenido prevalente que le otorga este autor, al ejercicio de ésta en razón de la violación de un derecho personal, nos permite ubicarlo dentro de los autores con inclinación a la adopción de un criterio jurídico, más que ético, sin que quede excluido en su tendencia este último, asunto que señalaremos con mayor detenimiento en su oportunidad.

1. CRITERIOS PREDOMINANTES EN LA DOCTRINA

i) criterio ético

Según la doctrina de *Santo Tomas de Aquino*, las leyes suelen clasificarse según tres grandes criterios, la primera clasificación las denomina leyes justas e injustas, utilizando como criterio para dicha clasificación "el bien común"; la segunda clasificación la acuerda "en razón de su autor", y procede en aquellos casos en los cuales la ley no excede el ámbito de las potestades que le han sido asignadas al legislador; y el tercer criterio se funda "en relación a la forma", según el cual "se imponen las cargas a lo súbditos con igualdad de proporcionalidad y en orden al bien común". De allí que se considere que cuando las leyes se consideren fundadas en estos tres criterios recibirán la fuerza y el carácter de una ley.

En razón de lo anterior Santo Tomás, señala que las leyes injustas "son más bien violentas, como dice San Agustín: 'la ley si no es justa, no parece que sea ley', y de esta forma, hace referencia a que en ese caso no es lícito observarlas de manera alguna, porque se dice que "es preciso obedecer a Dios más bien que a los hombres; es decir cuando las leyes humanas contradigan las leyes divinas, al orden superior inspirado por Dios, se justifica su incumplimiento, porque esta última priva sobre la primera".

La anterior es la primera aproximación que hace Santo Tomás a la noción de desobediencia civil de las leyes o ante las actuaciones de las autoridades que contrarían los valores superiores que rigen el Sistema jurídico. Para Santo Tomás en la medida que la ley se hace más injusta, entendiendo por injusticia su distanciamiento de los tres criterios para la clasificación antes indicados, en esa misma medida pierde su fuerza obligatoria y en consecuencia su carácter coactivo.

Textualmente Santo Tomás expresa en su *Suma Teológica* que

como el legislador no puede tener en cuenta todos los casos particulares, propone la ley de acuerdo con lo que más frecuentemente sucede, poniendo siempre su intención en la utilidad común. Por eso, si llega un caso en que el cumplimiento de tal ley es perjudicial al bien común, no ha de cumplirse esa ley.

Tal generalidad al momento de legislar, no opera como un obstáculo para que se asuma su adecuación a un momento determinado, lo cual no tan sólo permitirá su posible modificación, sino también su inobservancia por ser contraria al bien común. Lo que motiva a que se tenga como válida tal inobservancia es la apreciación conciente fundada en razonamientos que nacen de la apreciación personal de cada individuo, en razón de lo que éste considera conforme a su moral y a sus obligaciones.

Otro autor al cual la doctrina también le atribuye el alumbramiento del término desobediencia civil, es al escritor inglés *Henry David Thoreau*, a través de sus trabajos titulados "Resistencia al Gobierno Civil" y "Un Yankee en Canadá". Para la doctrina este autor, pretendía a través de sus conferencias y manuscritos, justificar públicamente tanto su negativa a pagar algunos impuestos así como también su oposición a la legalidad de la esclavitud y a la guerra expansionista de Estados Unidos contra México a finales del siglo XIX.

El contenido moral reflejado en los escritos de *Thoreau*, como génesis de su conducta, expresan y nos permiten comprender las razones por las cuales mantuvo una actuación contraria a la norma o a la actuación gubernamental. Para *Thoreau*, la conducta del sujeto considerado en desobediencia, se fundamenta en el rechazo a toda aquella acción pública en la cual se desconocen sin límites algunos, la voluntad, la conciencia, la moral, y los principios éticos de ese ciudadano declarado en desobediencia civil. La diferencia entre el ciudadano declarado en desobediencia y la conducta del órgano o norma que se rechaza se agudiza más y se presenta como un obstáculo al cambio previsto en la integridad del Sistema jurídico, o al progreso deseado justamente por la ciudadanía, cuando tal conducta además de ser contraria a los criterios éticos cuenta con el apoyo de otros ciudadanos quienes se convierten en cómplices sociales de esa conducta contraria a la moral y al debido respeto de los derechos fundamentales.

El razonamiento de *Thoreau*, que de manera textual expone la anterior idea es el siguiente:

bajo el rótulo del Orden y Gobierno Civil se nos hace a todos rendir homenaje y sostener nuestra propia maldad. Después del primer sonrojo de pecado se pasa a la indiferencia y de lo inmoral se llega a lo amoral, lo que resulta necesario para esa vida que nos hemos forjado.

El error más amplio y permanente necesita de la más desinteresada virtud para sostenerse. Los nobles son quienes más comúnmente incurrir en el ligero reproche que se le hace a la virtud del patriotismo. Aquellos, quienes a la vez que desaprueban el carácter y las medidas de un gobierno, le entregan su respaldo, son sin duda sus más conscientes soportes y con frecuencia el obstáculo más serio a la reforma.

Según las apreciaciones dadas por los especialistas a la obra de *Thoreau*, éste fue constante también en señalar que “no habrá una nación realmente libre hasta que el Estado reconozca al individuo como ente superior del que deriva toda su autoridad y le trate en consecuencia”. El elemento persona, como criterio individual y la supremacía de los valores y principios de cada hombre por encima de las decisiones del Gobierno, es absolutamente relevante y determinante en el pensamiento de este autor, para quien la responsabilidad y perfectibilidad del Estado deviene del reconocimiento que haga el Estado del individuo como “poder más alto e independiente del cual se deriva su propio poder y autoridad y lo trate de acuerdo a ello”. Esta aprobación de los gobernados enmienda la posibilidad de determinada actuación viciada por parte del Estado, ya que de no reconocerlo hace de él “una autoridad impura: porque para ser estrictamente justa tiene que ser aprobada por el gobernado”.

Exponentes también del fundamento ético de la desobediencia civil lo son, tal como podemos confirmarlo en el trabajo de Francisco Fernández, los autores *Felipe González Vicen* y *Javier Muguerza*, quienes expresan que “Mientras no hay fundamento ético para la obediencia al derecho sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia” y que “cualquier individuo está legitimado a desobedecer cualquier acuerdo o decisión colectiva que, según el dictado de su conciencia, atente contra la condición humana”.

Para la generalidad de los autores contemporáneos, la desobediencia civil apreciada desde el punto de vista de esta concepción ética, es entendida en un sentido más amplio como

aquellas formas de insumisión al derecho motivadas por consideraciones políticas o morales que, no obstante ilícitas, guardan una mínima lealtad constitucional, es decir, aceptan el sistema de legitimidad democrático como el más correcto para la adopción de las decisiones colectivas (Marina Gascón).

Notamos desobediencia está determinada por razones de han sido violen y contra la cua

ii) criterio jur participaci

Ciertame la concepción la noción de de sin embargo s *intrínseco de* autoridad o la acto que se rea un fin bueno, s de un derecho *justo y está tut*

El plant desobediencia determina la a sirve para ide actúa. Para dic civil lo que en El Estado, no e ha reconocido sino para incio o colectivo, d respetar y tute diversas actua civil, notamos actitud delata externo, el De ético del indiv

Notamos, como a pesar de la convivencia de la noción de desobediencia civil con conceptos jurídicos, su existencia o manifestación está determinada para estos autores en la convicción del individuo o colectivo que invoca y justifica su actuación considerada desobediente, por razones de conciencia, moral, política o principios éticos, los cuales han sido violentados por la decisión o actuación legítimamente acordada y contra la cual se actúa.

ii) criterio jurídico: fundamentado en el ejercicio del derecho a la participación, entre otros

Ciertamente en un planteamiento inicial no podríamos afirmar que la concepción o fundamentación del pensamiento de *M. Gandhi*, sobre la noción de desobediencia civil esté escindida del elemento moral, pero sin embargo sobresale en el autor el énfasis que hace del *derecho intrínseco de cada ciudadano* a expresar su disconformidad ante la autoridad o la ley. Tal consideración nos plantea que no se trata de un acto que se realiza porque sea considerado solamente destinado a alcanzar un fin bueno, sino que se trata de un acto que se manifiesta en la búsqueda de un derecho individual cuyo ejercicio pretende alcanzar un *fin que es justo y está tutelado en la norma* como garantía del bien común.

El planteamiento ético en la concepción Gandhiana sobre la desobediencia civil, lo hayamos, más que como un elemento que determina la acción del individuo o colectivo, como un elemento que sirve para identificar y describir la acción del Estado contra la cual se actúa. Para dicho autor "siempre que el Estado reprime la desobediencia civil lo que en realidad está haciendo es tratar de aprisionar la conciencia". El Estado, no ejerce en estos casos el monopolio de la violencia que se le ha reconocido para salvaguardar el orden público o la paz ciudadana, sino para incidir, oprimir, someter y hollar en la conciencia del individuo o colectivo, desconociendo los valores y derechos que está llamado a respetar y tutelar en el ejercicio de la potestad pública. Si observamos las diversas actuaciones del Estado en casos considerados de desobediencia civil, notamos que lo atacado es la interioridad del manifestante. Tal actitud delata el foco de atención de la autoridad, la cual usa o utiliza lo externo, el Derecho, para atacar lo interno, es decir la moral o sentimiento ético del individuo, lo cual aun y cuando es intrínseco a su actuación no

es lo determinante o lo que motiva su actuación como lo expondremos de seguida.

La parte central del planteamiento de *Gandhi* se manifiesta cuando éste expone “la desobediencia no es sólo un deber moral en tales o cuales circunstancias, sino un derecho intrínseco al ciudadano, la desobediencia, para que sea civil, tiene que ser sincera, respetuosa, mesurada y exenta de todo recelo”. En este planteamiento se establecen ciertos parámetros para considerar que una conducta aun siendo contraria a la ley pueda ser aceptada, determinándose su aceptación o reconocimiento a que *ésta esté ceñida al ejercicio de un derecho intrínseco al ciudadano*. La desobediencia civil así concebida podríamos identificarla hoy en día, con el ejercicio de un derecho fundamental, y el más próximo en nuestro Sistema jurídico es el derecho a la participación ciudadana.

Otra vinculación que hallamos también entre la noción de desobediencia civil y el derecho, no es tan sólo la fundamentación de ésta en el ejercicio de un derecho fundamental, sino la justificación de la desobediencia civil ante una conducta o acto considerado ilegítimo aún siendo legal en su origen. Tal planteamiento permite aceptar que

el derecho injusto no obliga a su cumplimiento y la validez jurídica de la legislación general no es siempre fundamento suficiente para exigir obediencia jurídica de la norma jurídica particular, un sistema debe ganarse el respeto que se le otorga con una obediencia que no se merece automáticamente”.

Para otros autores, que siguen este criterio y entre quienes destaca *H. A. Bedau*, la desobediencia civil es explicada como el acto cometido “si, y sólo si, se actúa de manera ilegal, pública, sin violencia y conscientemente, con la intención de frustrar las leyes, políticas o decisiones de un Gobierno”. Esta definición, cercana a la de *Ghandi*, en relación al carácter no violento (*respetuosa*) y consciente (*mesurada y exenta de todo recelo*), introduce uno de los requisitos que es exigido actualmente para calificar una conducta dentro de la noción de desobediencia civil. Este requisito –como lo señalamos *infra*– es que la actuación sea pública y proclame una conducta contraria a la norma vigente.

Es oportuno traer a estas notas la diferencia que hace constantemente la doctrina entre la noción de desobediencia civil y el derecho de resistencia pasiva. En el derecho de resistencia pasiva, el sujeto o colectividad que hacen uso de dicho derecho "manifiestan resistencia contra un poder estatal ilegítimo", la condición de ilegitimidad de la autoridad -no sobrevenida sino existente en sus orígenes como tal- contra la que se manifiesta es un requisito para la calificación de la conducta como ejercicio del derecho de resistencia; en el caso de la desobediencia civil, la conducta no violenta está dirigida contra las normas, políticas o lineamientos de un gobierno o representante de un órgano público, en ejercicio legítimo del poder. La doctrina trata de establecer una segunda diferencia entre ambas nociones, la cual está referida a la intención o propósito en la desobediencia civil, el cual según sus exponentes es el de "forzar al gobernante y conseguir una serie de concesiones políticas requeridas por el que ejerce la desobediencia". Así tenemos que a través de manifestaciones de desobediencia civil se puede lograr modificar una norma en razón del desconocimiento de los manifestantes contra la conducta tipificada en la norma pero devenida en ilegítima. La desobediencia civil en estos caso actúa como un mecanismo de expresión de la soberanía, cuya voluntad así expresada incide en el órgano legislativo, activando el funcionamiento del Estado de Derecho.

Otro autor que le otorga a la noción de desobediencia civil un contenido marcado por lo jurídico es *Habermas* para quien

la desobediencia civil implica una violencia simbólica de la norma como medio último de apelación a la mayoría para que ésta, cuando se trata de una cuestión de principios, tenga a bien reflexionar una vez más sobre sus decisiones y a ser posible revisarlas. Esto presupone consecuentemente que se está en un Estado de Derecho, y también una identificación psicológica de quien viola la regla con el orden jurídico vigente, considerado en su conjunto. Pues sólo entonces puede él o ella justificar su protesta recurriendo a los mismos principios constitucionales que la mayoría recurre para legitimarse.

Los elementos presentes en esta definición no dejan lugar a dudas sobre la incidencia del aspecto normativo en este autor. Es la norma el objeto violado por la autoridad, dicha actuación se considera realizada en un Estado de Derecho, en el cual toda actuación debe estar sometida

o sustentada en la ley, los presupuestos de legitimación o relegitimación están contemplados en el Sistema jurídico el cual presenta los elementos jurídicos para su aprobación o desconocimiento. Vemos que la desobediencia civil, no sólo se manifiesta como el ejercicio de un derecho, sino por el respeto que debe la autoridad a la norma y la sujeción especial en la cual se encuentran autoridades y ciudadanos en razón de su vigencia.

2. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS PARA SU EJERCICIO

Diversas son las opiniones de la doctrina sobre los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la desobediencia civil. Así tenemos que para *Francisco Fernández Buey* "los actos de desobediencia civil se justifican sólo si hay violaciones claras de derechos, libertades, garantías, o si no hay un procedimiento legal para enfrentarse, con posibilidades de éxito (de cambiar la ley o la decisión), a la autoridad". Su ejercicio exige para este autor los siguientes elementos:

- a. "la persona o colectivo que practica la desobediencia civil es consciente de sus actos y está comprometida con la sociedad en que la ejerce;
- b. el ejercicio de la desobediencia civil habrá de ser público;
- c. el ejercicio de la desobediencia no vulnerará aquellos derechos que pertenecen al mismo bloque legal sobre los que se sostiene aquello que se demanda;
- d. la desobediencia habrá de ejercerse pacíficamente;
- e. el desobediente tendrá un compromiso de fondo, moral, con los principios político-jurídicos que inspiran el estado democrático, pretende promover la modificación de aquellos aspectos de la legislación que entorpecen el desarrollo de grupos sociales marginados o lesionados o, en su caso, de toda la sociedad"

Para *John Rawls*

la desobediencia civil sólo puede funcionar en una sociedad que no esté radicalmente dividida" y se justifica si y sólo si "la protesta debe dirigirse contra casos muy concretos de injusticia manifiesta", pero además, "es necesario que se hayan agotado las posibilidades de acción legal correspondiente al caso y las actividades de desobediencia no

pueden alcanzar dimensiones que pongan en peligro el funcionamiento del orden constitucional.

Por su parte *Carlos Olmo Bau* establece que "la desobediencia civil obediencia-desobediencia a la ley" supone también varios requisitos para su consideración como ajustada a los presupuestos previstos en la norma y por la doctrina, éstos atienden al carácter colectivo de la acción, a la necesidad de mecanismos jurídicos efectivos y no meramente formales, a la consideración de la participación ciudadana como un mecanismo de control y seguimiento, a la aplicación de la norma al caso concreto, y a la valoración de los fines de la norma y los valores que la fundamentan para lograr la satisfacción del bien común e interés colectivo. Dichos requisitos, para el autor son los siguientes:

- a. una transgresión que persigue un bien, no para quien la protagoniza, sino para la colectividad intentando ocasionar cambios en la legislación impugnada;
- b. una transgresión que se erige sobre la consideración de que el reconocimiento constitucional de los derechos humanos fundamentales no es una garantía total de su libre desarrollo y su aplicación efectiva o sobre la convicción de que la existencia de mecanismos de derogación, de declaración de inconstitucionalidad, de las normas jurídicas que en un Estado democrático de Derecho contravengan los derechos humanos, no supone necesaria y automáticamente la expulsión de dichas normas del Ordenamiento;
- c. el derecho necesita ayuda (una ayuda que puede provenir de la sociedad civil, a través no sólo del disenso sino de la transgresión abierta de la legalidad vigente);
- d. el derecho injusto no obliga (al menos moral y políticamente hablando, y tal vez jurídicamente) a su cumplimiento;
- e. la validez jurídica de la legislación general no es siempre fundamento suficiente para exigir obediencia jurídica a la norma particular;
- f. la desobediencia a las leyes injustas es una forma de apoyo a las instituciones justas;
- g. un sistema jurídico debe ganarse el respeto que se le otorga con una obediencia que no se merece automáticamente .

3. SUCESOS HISTÓRICOS RELACIONADOS CON LA NOCIÓN DE DESOBEDIENCIA CIVIL EN VENEZUELA

Expuestas algunas de las opiniones de la doctrina sobre desobediencia civil y enunciados los requisitos que de manera reiterada se exigen para considerar que un acto se califica bajo tal denominación, observamos en que dicha noción se presentan dos elementos, un primer elemento representado en el sujeto que ejecuta la acción y la manera pública y sin violencia como se manifiesta, y un segundo elemento representado en el desconocimiento de leyes o actuaciones de órganos o funcionarios públicos ejercidas en ejercicio de las atribuciones que les son propias. Manifestaciones con tales características las observamos en la historia de nuestro país, las cuales podríamos considerarlas como uno de los antecedentes de la noción de desobediencia civil.

i) 1749, la oposición a la Compañía Guipuzcoana: el establecimiento de la Guipuzcoana significó un cambio profundo en el sistema de comercio tradicional de las provincias venezolanas, ésta era la única Empresa que podía vender mercancías europeas en el país y comprar los frutos que se exportaban de España, por consiguiente, los precios de las mercancías importadas y de los frutos dependían de la Empresa, en perjuicio de los consumidores y de los productores locales.

Juan Francisco de León, juez de comisos de Panaquire (importante zona cacaotera) permitía y promovía descaradamente el contrabando con los holandeses, actuación que era considerada en contra de las decisiones de la Guipuzcoana. El 2 de abril de 1749 se le presentó Don Martín de Echevarría, miembro de la Empresa, con la noticia de que estaba destituido y a partir de ese momento él sería su reemplazante. Ni León ni los habitantes de Panaquire aceptaron el nombramiento de Echevarría, por ser una imposición de la Compañía. El pueblo marchó sobre Caracas, con el propio Juan Francisco León a la cabeza, originándose un verdadero movimiento de masas de interesante repercusión. Con habitantes de Caucagua, Guatire y Guarenas, Juan Francisco León entró a Caracas el 20 de abril, y públicamente se entrevistó con el gobernador, invocando su fe en la justicia, y solicitando además una reunión con el Cabildo y con los vecinos más notables de la ciudad. La reunión se produjo y a ella asistieron además, los terratenientes, hacendados,

comerciantes y algunos otros. Este hecho significó un cambio en la política comercial siguiente:

- La compañía era responsable de los artículos de importación.
- La Compañía era responsable de los frutos, esto significó una consecuencia pedida a las decisiones de la Compañía.

ii) 1808, la rebelión de las

familias criollas se rebelaron contra Juan de Casas. Le exilió a las Indias y del Gobierno de España. Aunque las autoridades sucedidos en España, en Cumaná, mantenían a los mantuanos, mientras José Bonaparte como gobernador en julio con la llegada de Napoleón fue rechazado por el pueblo y se presionó al Capitán General a Fernando VII como rey.

Posteriormente se rebelaron familias criollas, se conservadoras en España de una Junta en Caracas el fin de ejercer la autoridad rechazado por el Gobierno fueron arrestados en sus haciendas o

Sin embargo, el Consejo de Indias y el Rey, provocando el haber sido establecidas las decisiones de un G

NOCIÓN DE DESOBEDIENCIA

s de la doctrina sobre s que de manera reiterada ca bajo tal denominación, dos elementos, un primer ta la acción y la manera y un segundo elemento actuaciones de órganos o e las atribuciones que les ísticas las observamos en s considerarlas como uno encia civil.

Compañía Guipuzcoana: el n cambio profundo en el s venezolanas, ésta era la opeas en el país y comprar nsiguiente, los precios de ndían de la Empresa, en ores locales.

le Panaquire (importante lamente el contrabando erada en contra de las 1749 se le presentó Don con la noticia de que ería su reemplazante. Ni n el nombramiento de ñía. El pueblo marchó la cabeza, originándose ante repercusión. Con n Francisco León entró istó con el gobernador, ás una reunión con el ciudad. La reunión se nientes, hacendados.

comerciantes y algunos letrados ilustrados; ésta acordó una *decisión que significó un cambio en la sociedad colonial*; dicha decisión contenía lo siguiente:

- La compañía era responsable de la escasez y elevado precio de los artículos de importación.
- La Compañía era responsable de haber rebajado los precios de los frutos, esto significaba que su actuación había sido perjudicial y en consecuencia pedía su expulsión o se iba a mantener la desobediencia a las decisiones de la Compañía.

ii) 1808, la rebelión mantuana: en 1808 algunos miembros de las familias criollas se rebelaron contra el Gobernador y Capitán General Juan de Casas. Le exigían que rechazara las instrucciones del Consejo de Indias y del Gobierno para reconocer a José Bonaparte como rey de España. Aunque las autoridades coloniales conocían los acontecimientos sucedidos en España por informes de los gobernadores de Trinidad y Cumaná, mantenían en reserva la información para evitar disturbios. Los mantuanos, mientras tanto, desconocieron públicamente la autoridad de José Bonaparte como Rey de España, actitud que se manifiesta el 14 de julio con la llegada de Paul de Lamanon, delegado de Bonaparte, el cual fue rechazado por el pueblo hasta provocar su retirada. Posteriormente se presionó al Capitán General para que reconociera en un acto público a Fernando VII como el legítimo Rey.

Posteriormente en el mes de noviembre, representantes de las familias criollas, siguiendo el ejemplo de la formación de juntas conservadoras en España, propusieron a Juan de Casas la convocatoria de una Junta en Caracas con miembros de diversos grupos sociales, con el fin de ejercer la autoridad en nombre del monarca español. El plan fue rechazado por el Gobernador, y algunos de los firmantes de la petición fueron arrestados en sus casas o en los cuarteles, otros fueron confinados en sus haciendas o enviados a España.

Sin embargo, un grupo de personas desacataron las decisiones del Consejo de Indias y del Gobierno para reconocer a José Bonaparte como Rey, provocando el desconocimiento de una autoridad que a pesar de haber sido establecida legalmente perdió su legitimidad por aceptar decisiones de un Gobierno que usurpó la monarquía de Fernando VII.

Ciertamente en los textos de la historia colonial no se relatan tales hechos como desobediencia civil, entre otras cosas, quizás por la definitiva y aceptada instauración del término durante ya avanzada la segunda mitad del siglo XIX. Pero no existe dudas del carácter, público, colectivo, y por parte de los manifestantes, fundado contra una autoridad nombrada legítimamente, y en el ejercicio de un derecho que a la vez era considerado como inherente al respeto de los principios o cimientos supremos de la naciente sociedad.

4. DESOBEDIENCIA CIVIL Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 29 lo siguiente:

Artículo 29. (*Omissis...*) En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el *único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.* (Destacado nuestro) .

La anterior regulación nos presenta y otorga la posibilidad de limitar el acatamiento a la ley siempre y cuando ésta tenga como *fin único* asegurar el *reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades* y se realice con el fundamento y convicción en que esta omisión o acción, esté acorde o responda a las exigencias de *la moral*, permita la salvaguarda y permanencia del *orden público*, y coadyuve con el *bienestar general*, sin lo cual es imposible pensar en la existencia de una *sociedad democrática*. Podríamos interpretar, por argumento en contrario, que de no ser así, el acatamiento a la ley no es exigido.

Los límites señalados en el artículo 29 citado *supra*, coinciden con lo que motiva la actuación de los ciudadanos cuando se oponen al acatamiento de una norma o autoridad, y se declaran en desobediencia civil. El ciudadano se opone, porque la aplicación de la ley o el ejercicio de la autoridad impiden el reconocimiento o respeto de uno o varios derechos fundamentales, lo cual provoca en el fuero interno de cada individuo un rechazo o repudio dado su carácter contrario a la moral o

principios éticos, fundados en la mayoría de los casos en los valores de igualdad, equidad, bien común y justicia. La presunta conducta o norma legítima, desnaturaliza e impide el desarrollo de la democracia. No podemos hablar de democracia cuando haciéndose uso de la autoridad se desconocen los derechos de la ciudadanía.

Quizás haya sido esa la intención de la *Asamblea General de las Naciones Unidas*, cuando dictó el citado artículo 29, cuyo alcance sólo podemos interpretarlo en conjunción con el *Considerando* tercero, el cual dispone: "*Considerando* esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Sólo a través de la participación ciudadana o a través de la postura de la ciudadanía es actitud o declaración desobediente, puede impedirse la tiranía, y evitarse el atropello a los derechos e intereses de los ciudadanos.

La desobediencia civil tuvo consagración también en la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811 dictada por el Congreso de 1811 (conforme consta en los textos oficiales de la primera República de Venezuela, confrontado en la Gaceta de Caracas, de fecha martes 23 de julio de 1811) la cual en su artículo 6 establecía:

cuando un ciudadano somete sus acciones a una ley, que no aprueba, no compromete su razón; pero la obedece porque su razón particular no debe guiarle, sino la razón común, a quien debe someterse, y así la ley no exige un sacrificio de la razón ni de la libertad de los que no la aprueban, porque ella nunca atenta contra la libertad sino cuando se aparta de la naturaleza y de los objetos, que deben estar sujetos a una regla común;

En sus artículos 22 y 23 contemplaba:

Artículo 22. la libertad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la pública autoridad, en ningún caso puede ser impedida ni limitada a ningún ciudadano;

Artículo 23. hay opresión individual cuando un solo miembro de la sociedad está oprimido, y hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social esta oprimido, en estos casos las leyes son vulneradas y los ciudadanos tienen derecho a pedir su observancia.

Por su parte la Constitución de 1811 consagraba:

(Omissis...) El mejor de todos los gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administración, y cuantas veces se reconociere que un gobierno es incapaz de llenar estos objetos o que fuere contrario a ellos, la mayoría de la nación tiene indubitadamente el derecho inajenable e imprescriptible de abolirlo, cambiarlo o reformarlo del modo que juzgue mas propio para procurar el bien público. Para obtener esta indispensable mayoría, sin daño de la justicia ni de la libertad general, la constitución presenta y ordena los medios mas razonables, justos y regulares en el capítulo de la revisión, y las provincias adoptarán otros semejantes o equivalentes en sus respectivas constituciones. (artículo 191)

La Constitución de 1961, reconocía en el artículo 66 el derecho de expresarse y en consecuencia el derecho a disentir, como un mecanismo a través del cual éste pudiera hacer posible, el legítimo derecho de analizar o criticar los preceptos legales, lo cual le corresponde como depositario de la soberanía. Solamente prohibía dicho artículo la "propaganda de guerra" que ofendiera la moral pública y la que tuviera por objeto provocar la desobediencia de las leyes, prohibición que no podía entenderse como un mandato absoluto, sino en concordancia con la posibilidad de discernir, es decir distinguir entre el bien o el mal que la norma procura en su aplicación. Tal acción fundada en la elección íntima de la conciencia, y ejercida a través del derecho a expresarse, podía ser entendida, en un sentido amplio como una manifestación de desobediencia civil.

Textualmente el artículo 66 de la Constitución de 1961 establecía:

Artículo 66. Todos tienen el derecho de expresar su pensamiento de viva voz o por escrito y de hacer uso para ello de cualquier medio de difusión, sin que pueda establecerse censura previa; pero quedan sujetas a pena, de conformidad con la ley, las expresiones que constituyan delito. No se permite el anonimato. Tampoco se permitirá la propaganda de guerra, la que ofenda la moral pública ni la que tenga por objeto provocar la desobediencia de las leyes, sin que por esto pueda coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales. (Destacado nuestro)

En la Constitución de 1999 se determina expresamente la desobediencia civil, en el artículo 350, el cual establece:

Artículo 350. *El pueblo de Venezuela*, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, *desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.* (Destacado nuestro)

Presenta el artículo 350, tres elementos para la determinación de su alcance, el *primer elemento* es el *sujeto destinatario de la norma*, es decir "*el pueblo de Venezuela*", el cual está enunciado a su vez en varios artículos de la Constitución pero a los efectos de nuestro tema, es de especial importancia la utilización del término en los artículos 5 (ejercicio de la soberanía popular), 70 (medios de participación política del pueblo), 347 (el pueblo como depositario originario de la soberanía), 62 (derecho del pueblo a la participación); el *segundo elemento* o *acción*, determinado por la facultad de desconocer cualquier régimen, legislación o autoridad, es decir todo acto normativo, poder legítimo o estructura orgánica del Poder Público, que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos; y el *tercer elemento*, que actúa como *condición* y complementa el carácter ético y jurídico de este segundo elemento, el cual es la sujeción y apego a la "tradicón republicana, lucha por la independencia, la paz y la libertad", es decir la ratificación de los artículos 1 y 2 constitucionales, referidos a los derechos irrenunciables de la República y sus valores supremos.

Del contenido del artículo 350 constitucional se infiere que la actuación y ejercicio del poder se legitima no sólo en su origen, sino también en su devenir, siempre y cuando los fines propuestos y trazados para alcanzar con la función pública garanticen y permitan el reconocimiento y respeto de los valores constitucionales, y no cuando de los fines o acciones públicas se haga un mecanismo para determinar o dar contenido a los valores supremos previstos en la Constitución, tal actuación, inversa, que desconoce el principio según el cual, son "*los valores los que determinan los fines y no éstos a aquellos*", provocará y justificará el desconocimiento de la ley, autoridad o régimen que haga uso de tal actuación, según lo previsto en el artículo 350 ya citado.

II. ESTADO DE DERECHO, DESOBEDIENCIA CIVIL, DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y ALCANCE DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE INTERPRETA EL ARTÍCULO 350 CONSTITUCIONAL

1. Desobediencia civil y derecho a la participación ciudadana

La noción de desobediencia civil y el derecho de participación ciudadana se vinculan y entrelazan en la vocación natural o en el núcleo esencial de ambos conceptos. Tanto en la desobediencia civil como en el derecho a la participación el ciudadano fundamenta su actuación en la necesidad de manifestar o intervenir a los efectos de lograr un cambio o modificación de una situación, que por lo general está precedida o contemplada por una decisión de un órgano o ente público o en un acto normativo.

Estas dos nociones tienen además otro punto de encuentro y es que ambas nociones se manifiestan al unísono a través de lo que en estos tiempos se ha dado por denominar *"la sociedad civil organizada"*, término que ha sido entendido como aquel cuya *"presencia permite tener un espejo en el que se reflejan algunas de las deficiencias de nuestras democracias y un espacio (no el único) de transformación, de resolución de estas deficiencias"*. Carlos Olmo Bau. La llamada sociedad civil permite expresar de manera organizada el sentir afirmativo o negativo de un significativo sector de la población en relación con un aspecto o actuación efectuada por un representante de un órgano público la cual afecta el ámbito de sus derechos o intereses.

Si compartimos el criterio según el cual la desobediencia civil es *"una herramienta de profundización democrática, de desarrollo de la cultura participativa y de la corresponsabilidad ciudadana en los asuntos públicos"* (Olmo Bau) podríamos quizás afirmar que a través de su ejercicio el derecho a la participación logra un contenido destinado a contribuir y dar cumplimiento a los valores establecidos en los artículos 1 y 2 constitucionales, la vida, la igualdad, la justicia y la libertad, y a los cuales hace referencia la sentencia del Tribunal Supremo que comentaremos en el punto siguiente.

El artículo 350 constitucional establece como justificación para la actuación ciudadana destinada a desconocer cualquier régimen, legislación o autoridad, que dicha actuación esté destinada a la lucha por la

independencia,
interpretación
junio de 2002 a
en la cual estab

resulta fun
constitución
la República
protagónica
a los ciuda
los comet
asimismo
en una es
formación
perspectiva
ciudadano
en al búsq
sino tamb
Constitucio

Ciertamen
la participaci
formas: la prim
derechos", la s
de la Administr
que persigue u
por parte de lo
expresiones ha
la participaci
en la actividad

Los anter
el cual consag
Artículo
de participar
representantes

La partic
la gestión púb
garantice su c

independencia, la paz y la libertad, elementos que se reflejan en la interpretación dada por la Sala Constitucional en decisión de fecha 5 de junio de 2002 al recurso de interpretación del artículo 72 constitucional, en la cual establece:

resulta fundamental entender lo significativo del Preámbulo de la constitución de 1999 cuando declara *como su fin trascendente 'refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa, protagónica'*, dado que, como ya se ha señalado, *la Constitución llama a los ciudadanos a participar para el logro de los fines, las funciones y los cometidos donde el Estado despliega su acción gubernativa, asimismo define la democracia como protagónica, lo cual se traduce en una exhortación para que el ciudadano asuma labores de formación, ejecución y control de la gestión pública desde una perspectiva próxima al buen gobierno; y más aún, concibe a un ciudadano corresponsable del funcionamiento del Estado, no tan sólo en al búsqueda de la vigencia plena de los derechos civiles y sociales, sino también en la política estratégica de la República* (artículo 4 de la Constitución de 1999) (Destacado nuestro)

Ciertamente tal razonamiento corresponde al núcleo del derecho a la participación el cual suele expresarse según la doctrina mediante tres formas: la primera a través de la cual se busca la "reivindicación de derechos", la segunda la cual "pretende asumir una posición sustitutoria de la Administración" (mecanismos de participación social), y la tercera que persigue un "mejor control del gasto público y de los asuntos públicos por parte de los órganos del Poder Público". Cada una de las anteriores expresiones han sido denominadas formas de participación activa, dada la participación de la ciudadanía de "manera directa en la organización o en la actividad de la administración pública".

Los anteriores criterios se manifiestan en el artículo 62 constitucional el cual consagra el derecho a la participación, y textualmente expresa:

Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen *el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.*

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo.

Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las obligaciones más favorables para su práctica". (Subrayado nuestro)

El artículo citado debemos interpretarlo conjuntamente con los artículos 70 y siguientes, y el artículo 184 *eiusdem*, que contienen los *medios de participación* a los fines del ejercicio efectivo de dicho derecho. Así tenemos que la Constitución divide en dos modalidades los medios de participación o manifestación de la democracia participativa o pronunciaci3n de la actuaci3n activa y vigilante del pueblo en ejercicio de su soberan3a. Una primera modalidad agrupa a los *medios pol3ticos*, y en la cual tenemos: la elecci3n de cargos p3blicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones ser3n vinculantes; y otra modalidad que agrupa los *medios sociales y econ3micos*, en la cual tenemos: las instancias de atenci3n ciudadana, la autogesti3n, la cogesti3n, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de car3cter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria, y las formas asociativas guiadas por los valores de mutua cooperaci3n y la solidaridad.

De la clasificaci3n anterior concluimos que el derecho a la participaci3n, en cuanto instrumento a trav3s del cual puede expresarse una actuaci3n considerada como desobediencia civil -seg3n criterio plasmado en la sentencia del 22 de marzo de 2003 de la hablaremos m3s adelante- podemos incluirla en la modalidad de participaci3n pol3tica-activa. Ello por dos razones, el acto de desobediencia civil se desarrolla con fundamento en el ejercicio de un derecho fundamental (derecho a la participaci3n) y la finalidad que dicha acci3n persigue es la de intervenir de manera activa en la toma de decisiones o en el desconocimiento de una autoridad o norma leg3timamente constituida.

La decisi3n de la Sala Constitucional, citada *supra*, al determinar el contenido y alcance de lo que el constituyente defini3 como democracia participativa y protag3nica, reconoce en el ciudadano el derecho a la participaci3n y le insta a colaborar en el seguimiento y control de la gesti3n p3blica, lo cual nos permite preguntarnos, cu3l ser3a el alcance de ese control en caso de determinarse que un acto es contrario a la moral o a los principios 3ticos que rigen el ejercicio de la funci3n p3blica. Con cu3les mecanismos cuenta el ciudadano si una vez determinada que

la actuaci3n
todas las
obtiene o
puede eje
niega a p
respuesta
mecanismo
de maner
del derec
ejerza la
como ava

El
derecho a
doctrina

en u
ser3
del
Por
ha p
la p
de l

La
participa
de un sis
la norma
presentes
libertad,

La
han expr
en conse
revisi3n p
tutelados
mediante
criterio d
lo se3ala

la actuación pública es contraria a los valores constitucionales, y agotadas todas las instancias de recurribilidad administrativa o jurisdiccional, no obtiene oportuna respuesta. Qué mecanismo de denuncia o de presión puede ejercer, ante quien ejerce el poder o el titular del órgano que se niega a procesar, recibir y decidir conforme al derecho la denuncia. La respuesta que nos da el texto constitucional es que quizás sea el mecanismo de la desobediencia civil o el derecho de resistencia, ejercido de manera pacífica, consciente, pública y fundamentada en el ejercicio del derecho a la participación, el medio a través del cual el ciudadano ejerza la democracia participativa y protagónica tantas veces destacado como avance y aporte de la Constitución de 1999.

El vínculo desobediencia civil y democracia, y en consecuencia derecho a la participación es de tal relevancia, que para un sector de la doctrina

en un estado democrático la admisión formal de la desobediencia civil será un síntoma de autocontención, un reconocimiento de los límites del propio estado y del carácter procesal de las constituciones vigentes. Por eso algunas constituciones la admiten formalmente; y por eso se ha podido decir, con razón, que la desobediencia civil es precisamente la piedra de toque de la democracia o el más evidente de los indicadores de la madurez de las políticas democráticas (Francisco Fernández Buey).

La articulación entre la desobediencia civil, el derecho a la participación y la existencia o vigencia de un Estado concebido en razón de un sistema de gobierno democrático, más que justificar su origen en la norma constitucional, nace en la razón y justificación de los valores presentes en cada uno de ellos, es decir el respeto a la *igualdad, la libertad, el bien común y justicia*.

La desobediencia civil, en cuanto que civil corresponde, como lo han expresado, a todo aquello que es propio o inmanente al ciudadano, en consecuencia todo aquello susceptible de considerarse objeto de revisión por considerarse violatorio o contrario a los valores o principios tutelados por la Constitución, puede ser a su vez objeto de manifestarse mediante un acto de desobediencia. Justifica además dicha actuación el criterio de soberanía, el cual al pertenecer solamente al ciudadano, como lo señala *Casado da Rocha*, permite que la

desobediencia civil sea cosa de ciudadanos reflexivos, activos, que quieren ejercer esa soberanía que la teoría democrática hace residir en el pueblo y que para ello participan en movimientos sociales con el fin de concienciar al resto de la población y así influir en los mecanismos de decisión política. En ese sentido, la desobediencia civil es una actividad esencialmente pública.

2. Estado de Derecho y desobediencia civil

El Estado de Derecho, es aquella forma de Estado en la cual "los órganos han de actuar exclusivamente con arreglo a las normas jurídicas que fijan el círculo de sus competencias, normas que forman el núcleo y la justificación de la totalidad del orden jurídico" (García Pelayo).

Del Estado de Derecho es propio el ejercicio de la democracia, y en ésta como ya lo hemos expuesto es posible, necesaria y admisible para su perfección, la desobediencia civil. Para reafirmar tal afirmación observemos lo expresado por Francisco Hernández, para quien la admisión formal de desobediencia civil en un estado democrático es

un síntoma de autocontención, un reconocimiento de los límites del propio estado y del carácter procesual de las constituciones vigentes. Por eso algunas constituciones la admiten formalmente; y por eso se ha podido decir, con razón, que la desobediencia civil es precisamente la piedra de toque de la democracia o el más evidente de los indicadores de la madurez de las políticas democráticas.

Según *Velasco Arroyo* "el núcleo central gira en torno a la idea general de una desobediencia al derecho políticamente motivada ejercida dentro de los patrones de una cultura democrática".

Si recordamos las características de la democracia como sistema de gobierno, observamos que tanto en ésta como en la desobediencia civil es *la voluntad ciudadana* el elemento determinante para considerar su existencia y su manifestación. Tanto en uno, como sistema de gobierno, como en la otra como ejercicio de un derecho fundamental, la actividad del Estado está determinada a la aprobación por los ciudadanos, y "por consiguiente el pueblo a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de ese poder; su voluntad se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es pues soberano" (García Pelayo).

En la der
manifiesta a trav
y directos las fun
mayoritaria o m

a. decisión
artículo 350 cor

i) variac
interpretación s

La senten
2000, caso Servi
Eduardo Cabre
Constitucional d
sobre los recurs

En la refer
tiene por finaliz

resolver cu
principios d
propio text
una norma
alcance y c

Con func
establecieron lo
necesidad de la
para la proceder

Con relac

quien inter
persona pú
legítimo, fu
que se encu
de normas
la incertidu
jurídica. En
manifiesta
en que se en
(Destacado

En la democracia tanto directa como indirecta, la soberanía se manifiesta a través del pueblo, sea que éste se “ejerza de modo inmediato y directos las funciones públicas”, o sea que éste se manifieste de manera mayoritaria o minoritaria a través del sufragio.

a. decisión del Tribunal Supremo de Justicia en la cual interpreta el artículo 350 constitucional

i) variación del criterio para la admisibilidad del recurso de interpretación según el interés del recurrente

La sentencia de la Sala Constitucional de fecha 22/9/2000, 1077/2000, caso Servio Tulio León Briceño, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, estableció los argumentos para atribuirle a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la facultad de decidir sobre los recursos de interpretación de normas constitucionales.

En la referida decisión se expresa que el recurso de interpretación tiene por finalidad

resolver cuál es el alcance de una norma constitucional o de los principios que lo infoman, cuando los mismos no surgen claros del propio texto de la Carta Fundamental; o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios constitucionales.

Con fundamento en el alcance de la finalidad concebida se establecieron los requisitos relativos a la legitimidad del actor y a la necesidad de la claridad de la pretensión, así como también los supuestos para la procedencia de dicho recurso, con carácter exclusivo y excluyente.

Con relación a la legitimidad del actor, la Sala determinó que:

quien intente el “recurso” de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada. (Destacado nuestro).

En razón del criterio fijado por la Sala para que un sujeto pueda hacer uso del recurso de interpretación debe existir necesariamente conexión entre un caso concreto y *una situación jurídica específica que, para poder producir los efectos jurídicos que le son propios, debe necesariamente aclararse la duda existente*. Con relación a este requisito de admisibilidad la decisión de la Sala Constitucional en la cual se pronuncia sobre la interpretación del artículo 350 constitucional, al referirse a la "ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE SOLICITUD" sólo expresa que:

la Sala conviene en la legitimidad de los accionantes para interponer el presente recurso, en tanto *que su condición de venezolanos en ejercicio de sus derechos políticos, debe interesarles precaver lo que podría ser una causa de inestabilidad política e inseguridad jurídica*, derivadas de una interpretación errónea del artículo 350 de la Constitución. Así se decide.

Como podemos observar la condición aceptada por la Sala es la de "condición de venezolanos en ejercicio de sus derechos políticos", lo cual no constituye una situación en la cual se manifieste o invoque *un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra*, como lo señaló la Sala en la decisión 1077/2000, ya referida. Advirtiéndose en consecuencia una modificación en los requisitos de admisibilidad del recurso de interpretación, en cuanto a la legitimación del recurrente, asimilable tal requisito sólo al que se exige en caso de interposición del recurso o acción de inconstitucionalidad.

La Sala, en la decisión sobre la interpretación del artículo 350 constitucional al pretender dirimir una posible controversia, varió el criterio que venía sosteniendo, según el cual:

con el recurso de interpretación no se trata de dirimir controversias de ninguna clase, aunque dentro de la sociedad pueden haber personas que no comparten la necesidad de interpretación conectada con la situación particular y que pueden oponerse a ella, o que quieren coadyuvar con la correcta interpretación. *Se trata exclusivamente de esclarecer o complementar la función del Estado y de sus distintos poderes, a fin que la función pública se lleve a cabo adaptada a la Constitución; así como delimitar en relación con la situación en que se encuentra el accionante, los derechos humanos a que tiene derecho, como una tuición preventiva, ajena al amparo, ya que puede tener lugar sin que medie amenaza alguna.* (Subrayado nuestro).

ii) crite

Los crit
lo expuesto e

En el p
expresa con
interpretada
discernir su s
esta consider
la cual como
interpretación
Fundamental

• crite

interpretación

que la
solicitó
Lengua
Villa; 2)
un luga
5) País

El ser
interpretación
palabras lo
de significaa
que se apart

si se h
el resto
sentido
la sobe
del tex
(Omiss
Por lo
pueblo
parcial
menos

ii) *criterios de interpretación normativa nombrados en la decisión*

Los criterios que en materia de interpretación, se utilizaron, según lo expuesto en la decisión, fueron los siguientes:

En el punto VII *MOTIVACIONES PARA DECIDIR*, el sentenciador expresa como consideraciones previas que *"la norma 'debe ser interpretada como un conjunto armónico y sistematizado' y no pretender discernir su significado de una manera aislada de su contexto normativo"*, esta consideración sin embargo no aparece reflejada en la sentencia, en la cual como exponemos seguidamente se hace uso preeminente de la interpretación literal y de la ubicación que ocupa el artículo en la Carta Fundamental.

- *criterio gramatical*: la sentencia dice aplicar el criterio de interpretación gramatical al exponer:

que la palabra pueblo contenida en la norma cuya interpretación se solicitó tiene, de conformidad con lo previsto en el *Diccionario de Lengua Española* (omissis...), las siguientes acepciones: 1) Ciudad o Villa; 2) Población de menor categoría; 3) Conjunto de personas, de un lugar, región o país; 4) Gente común y humilde de una población; 5) País con gobierno independiente.

El sentenciador en uso del criterio gramatical exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo el sentido propio de las palabras lo que presupone que *"ningún elemento del texto legal carece de significado y que su expresión no puede dársele un significado diferente que se aparte del uso general del lenguaje"*. En tal sentido expone:

si se hace una interpretación de dicho vocablo, en consonancia con el resto del texto constitucional, debe concluirse, sin dudas, que el sentido que debe atribuirse al mismo debe vincularse al principio de la soberanía popular que el constituyente ha incorporado al artículo 5 del texto constitucional

(Omissis...)

Por lo expuesto, debe concluirse que el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de personal del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.

Al asumir la Sala, como concepto de pueblo el determinado en la sentencia, plantea la negación del ejercicio de la soberanía a las minorías, y en consecuencia el derecho de éstas a expresar o ejercer su derecho de participación a través del ejercicio de la democracia participativa y protagónica a la que hace referencia la sentencia ya citada y que determina el alcance del artículo 872 constitucional. El sentenciador nos define a todos los habitantes como pueblo, desconociendo un principio básico en todo razonamiento, ya que si bien todos somos considerado pueblo, *no todos ejercemos las mismas funciones o nos ubicamos igualitariamente en la sociedad*. Lo que atribuye justamente el interés específico, es esa especial situación en la cual nos encontramos.

Observamos también con preocupación como la decisión incumple con uno de los principios del criterio gramatical, el cual dispone: "la interpretación literal exige obtener 'el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en el caso en el que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla". Consideramos que el lenguaje usado en el texto constitucional, si bien no se parta del uso ordinario, no debe ser entendido de una manera ordinaria o por la aplicación o de la etimología que al vocablo le da el uso general del lenguaje.

La especialidad y especificidad del vocablo "pueblo" en el texto constitucional deviene no tan sólo de su carácter de elemento determinante del Estado, sino por constituir éste el destinatario de la soberanía, y en consecuencia, servir y actuar como un elemento modelador y creador del poder. Es poco acertado pensar que con una aplicación simple de las definiciones del lenguaje o una mera delimitación semántica se pueda interpretar cierta y acertadamente el alcance del artículo 350 de la Constitución. La aplicación y prevalencia del lenguaje ordinario conlleva a la negación del derecho fundamental a la participación que legítimamente le es otorgado y reconocido a las minorías.

- *criterio del lugar material: según la doctrina "a través de este criterio, el significado de una disposición se hace depender del lugar que ocupa en el Ordenamiento"*. Haciendo uso de este criterio la Sala expone:

lo que sí considera imprescindible esta Sala, en función de los argumentos expuestos supra, es *precisar el sentido de esta modalidad*

de res
consi
condu
institu
Sala a
"desco
electo
es igu
como
contra
demo
que e
En ef
Nació
como
Real
criterio en
limitación
Constituci
que enca
criterio "to
dicha inte
y no sola
- c
texto que
Sala expo
el c
de
nac
333
de
art
ine
(d
es
res
nos ren

de resistencia democrática, en congruencia con el texto Constitucional considerado en su integridad, a fin de que su interpretación aislada no conduzca a conclusiones peligrosas para la estabilidad política e institucional del país, ni para propiciar la anarquía. A tal respecto, esta Sala aclara que el argumento del artículo 350 para justificar el "desconocimiento" a los órganos del poder público democráticamente electos, de conformidad con el ordenamiento constitucional vigente, es igualmente impertinente. Se ha pretendido utilizar esta disposición como justificación del "derecho de resistencia" o "derecho de rebelión" contra un gobierno violatorio de los derechos humanos o del régimen democrático, cuando su sola ubicación en el texto Constitucional indica que ese no es el sentido que el constituyente asigna a esta disposición. En efecto la norma está contenida en el Capítulo III (De la Asamblea Nacional Constituyente) del Título IX (De la Reforma Constitucional), como un límite al Poder Constituyente.

Realmente lo que el sentenciador hizo fue aplicar la variante del criterio enunciado, conocido como "*criterio de la rúbrica*", haciendo una limitación del alcance del artículo 350 constitucional al Título IX de la Constitución, al atribuirle su significado "*en función del título o rúbrica que encabeza el grupo normativo en el que se encuentra*". Porque si el criterio "*topográfico*" (*Piacencia*) limita la interpretación al "ordenamiento", dicha interpretación debe circunscribirse al ordenamiento constitucional, y no solamente al Título IX indicado en la sentencia.

- *criterio sistemático*, según el cual se busca relacionar todo el texto que lo contiene. Haciendo presuntamente uso de este método la Sala expone:

el derecho de resistencia a la opresión o a la tiranía, como es el caso de los regímenes de fuerza surgidos del pronunciamiento militar, que nacen y actúan con absoluta arbitrariedad, está reconocido en el artículo 333 de la Constitución, cuya redacción es casi idéntica al artículo 250 de la Carta de 1961. Esta disposición está vinculada, asimismo, con el artículo 138 eiusdem, que declara que "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos". El derecho a la restauración democrática (defensa del régimen constitucional) contemplado en el artículo 333, es un mecanismo legítimo de desobediencia civil que comporta la resistencia a un régimen usurpador y no constitucional.

• *criterio teleológico o finalista*: por último el texto de la sentencia nos remite a un criterio teleológico al establecer que:

en otros términos, sería un contrasentido pretender como legítima la activación de cualquier medio de resistencia a la autoridad, legislación o régimen, por encima de los instrumentos que el orden jurídico pone a disposición de los ciudadanos para tales fines, por cuanto ello comportaría una transgresión mucho más grave que aquella que pretendiese evitarse a través de la desobediencia, por cuanto se atentaría abierta y deliberadamente contra todo un sistema de valores y principios instituidos democráticamente, dirigidos a la solución de cualquier conflicto social, como los previstos en la Constitución y leyes de la República, destruyendo por tanto el espíritu y la esencia misma del Texto Fundamental.

De los párrafos que hemos citado, en esta labor de revisión, observancia y aplicación de los principios, valores y derechos que establece el texto constitucional, observamos que es difícil poder subsumir o desglosar de la decisión un criterio de interpretación constitucional, debido quizás a la poca sistematización y objetividad presentada por el órgano sentenciador. Lo cual podemos asumirlo como un menoscabo al afianzamiento del Estado de Derecho Consideramos, respetuosamente que la extrema inconsistencia y precariedad argumentativa utilizada, en lugar de aportar fuentes al Derecho constitucional, desvían el ejercicio del órgano llamado a ejercer tan magna potestad. Sin embargo para aportar algo al lector, pudiéramos considerar que el criterio utilizado fue el criterio sistemático, pero tal posibilidad se hace distante cuando el sentenciador desconoce un principio distintivo de este criterio *"la idea de coherencia la cual implica que la norma debe ser interpretada de modo tal que evite contradicción"*.

iii) premisas y conclusión de la decisión 24/2003

Expuesto lo anterior, revisaremos las premisas, que en nuestro criterio son presentadas por el sentenciador para dictar el dispositivo al cual llega la sentencia, y a través de la cual, por vía de interpretación constitucional se limita el ejercicio del derecho a la desobediencia civil previsto en el artículo 350 constitucional, y en consecuencia el derecho a la participación, y se desvirtúa el fortalecimiento de la democracia, según los conceptos doctrinales antes citados.

Primera premisa:

"El desconocimiento al cual alude el artículo 350, implica la no aceptación de cualquier régimen, legislación o autoridad que se derive

del ejercicio
la labor de
y garantías
(Destacado

Segunda p

Este "desco
constitucio
participaci
particular lo
saber: 'la el
la revocaci
constituyen
ciudadanas

Tercera p

El derecho
de los regí
nacen y act
333 de la C
de la Carta
artículo 13
ineficaz y s
(defensa d
es un meo
resistencia
nuestro).

Cuarta p

La posibili
todos los
jurídico pa
régimen, l
el conten
opongan
contra e i
misma, p
el pronun
los meca
legítima s

del ejercicio *del poder constituyente originario* cuando el resultado de la labor de la Asamblea Constituyente contraría los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos" (Destacado nuestro).

Segunda premisa:

Este "desconocer al cual refiere dicha disposición, *puede manifestarse constitucionalmente mediante los diversos mecanismos para la participación ciudadana* contenidos en la Carta Fundamental, en particular los de naturaleza política, preceptuados en el artículo 70, a saber: 'la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas. (Destacado nuestro).

Tercera premisa:

El derecho de resistencia a la opresión o a la tiranía, como es el caso de los regímenes de fuerza surgidos del pronunciamiento militar, que nacen y actúan con absoluta arbitrariedad, *está reconocido en el artículo 333 de la Constitución*, cuya redacción es casi idéntica al artículo 250 de la Carta de 1961. Esta disposición está vinculada, asimismo, con el artículo 138 eiusdem, que declara que 'Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos'. El derecho a la restauración democrática (defensa del régimen constitucional) contemplado en el artículo 333, es un mecanismo legítimo de desobediencia civil que comporta la resistencia a un régimen usurpador y no constitucional. (Destacado nuestro).

Cuarta premisa:

La posibilidad de desconocimiento o desobediencia, cuando agotados todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por "cualquier régimen, legislación o autoridad", no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable. En estos casos *quienes se opongan deliberada y conscientemente a una orden emitida en su contra e impidan en el ámbito de lo fáctico la materialización de la misma, por encima incluso de la propia autoridad judicial que produjo el pronunciamiento favorable*, se arriesga a que en su contra se activen los mecanismos de desobediencia, la cual deberá ser tenida como legítima sí y solo sí —como se ha indicado precedentemente— se han

agotado previamente los mecanismos e instancias que la propia Constitución contiene como garantes del estado de derecho en el orden interno, y a pesar de la declaración de inconstitucionalidad el agravio se mantiene" (Destacado nuestro)

Dichas premisas presentan algunas zonas grises, de escasa o imposible coherencia, lo cual hace que la sentencia sea prácticamente imposible de considerar como una norma de creación subconstitucional. Una de estos aspectos son los siguientes:

En primer lugar, si se trata de una Asamblea Nacional Constituyente, nos preguntamos ¿qué desconocimiento se realizaría? ¿cuál es el *régimen*? ¿a qué legislación se refiere? ¿si solamente la desobediencia civil se reconoce una vez dictada una decisión judicial y no sea posible su ejecución por la negativa deliberada y consciente del órgano al cual se le imputa la ejecución, qué sentido tiene limitarla a decisiones emanadas de la Asamblea Nacional Constituyente?

En segundo lugar, consideramos que la sentencia niega el derecho a la participación. El ejercicio de un derecho si bien está limitado por el ejercicio de otro derecho, no puede verse conculcado por la interpretación que se le otorgue a otro derecho también de rango constitucional.

iv) posible aplicación del uso alternativo del Derecho

Néstor Sagüés en su obra *"La Interpretación Judicial de la Constitución"* plantea el criterio de interpretación constitucional denominado "uso alternativo del Derecho". Este criterio propone el llamado "uso indirecto de la norma", esto es, su empleo según los fines políticos del intérprete con objetivos distintos de los concebidos por su autor.

El *citado autor* indica que conviene aclarar que esta posición se manifiesta opuesta a las doctrinas de la aplicación libre del Derecho o del uso evolutivo de la norma. No es "libre creación del Derecho" porque el jurista intérprete no debe aquí hacer funcionar la norma en cualquier sentido, o el que a dicho intérprete le parezca discrecionalmente mejor, sino que *se le asigna un rol político específico*. La doctrina del uso alternativo del Derecho subraya que el jurista intérprete (y en particular el juez), siempre se encuentra ante varias opciones interpretativas, entre las cuales debe escoger alguna. La interpretación no es una tarea

exclusivamente técnica por un Estado superior entre éstas. En particular la selección de valores a elegir, inevitablemente ideológicos imperante política. Habrá, pues, "pretación".

Si concatenamos 2003, según la cual: Constitución significa de toda desviación política que ella encarna de principios, suponiendo colocarse por encima a contrariar la teoría que el sentenciador como técnica de interpretación.

La decisión de una situación jurídica de conformidad con carezca de efectividad en especial. Tal definición parte del Tribunal si fundado en una situación.

No hallamos en delimitar y concatenar interpretación a través indeterminados del haber actuado, más como cualquier órgano potestad discrecional de sujeción especial.

Si bien la labor doctrina, la de "aplicación" sin embargo sus de

exclusivamente técnica, basada en un supuesto derecho ecuaníme, creado por un Estado superpuesto a las clases sociales y mediador imparcial entre éstas. En particular, el resultado de la interpretación dependerá de la selección de valores que realice el jurista intérprete, quien tendrá que elegir, inevitablemente, entre aplicar pasivamente los valores políticos e ideológicos imperantes, o algunos distintos, tributarios de otra concepción política. Habrá, pues, un ineliminable momento político en la interpretación”.

Si concatenamos esto con lo dicho en la sentencia número 23/2003, según la cual: “Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.” y “Por ello, un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, no puede colocarse por encima de la Constitución, ni que su interpretación llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta”, podemos considerar que el sentenciador nos plantea un posible uso alternativo del Derecho como técnica de interpretación.

La decisión del artículo 350 constitucional, adolece de conexidad de una situación jurídica específica a los efectos de otorgar la interpretación de conformidad con los supuestos de dicho artículo, lo cual hace que carezca de efectividad práctica al no poder ser aplicada a ningún caso en especial. Tal deficiencia es producto de la admisión del recurso por parte del Tribunal sin que constare el interés jurídico actual y legítimo, fundado en una situación jurídica concreta.

No hallamos en la decisión una fundamentación que nos permita delimitar y concatenar a la vez los supuestos de una “presunta” interpretación a través de la cual se precisen los supuestos abiertos e indeterminados del artículo 350 constitucional. El sentenciador parece haber actuado, más que como interprete de la norma constitucional, como cualquier órgano administrativo que en uso de una mal utilizada potestad discrecional limita, restringe, prohíbe y coloca en una situación de sujeción especial, al destinatario de su potestad.

Si bien la labor del juez constitucional, no es como lo ha señalado la doctrina, la de “aplicar la ley en el sentido que sea, especificándola”, sin embargo sus decisiones deben estar razonadas, fundamentadas en

principios jurídicos, y la motivación y análisis de las mismas deben permitir la aplicación efectiva del texto constitucional sin el menoscabo de los derechos fundamentales en el tutelado, en razón de la fundamentación real y sincera de dicha decisión en los valores constitucionales en los cuales se fundó la voluntad del constituyente. En este casos sin embargo la decisión de la Sala Constitucional sobre la interpretación del artículo 350 constitucional , determina que éste solamente puede ser invocado por en caso de existir una decisión judicial previa, la cual haya sido desacatada por el órgano administrativo encargado de su ejecución.

CONCLUSIONES

1. La noción de desobediencia civil puede fundamentarse en un *criterio ético* o en un *criterio jurídico*. El criterio ético está determinado por la valoración interna, personal y consciente de cada individuo tomando en consideración la conducta pública o norma o norma cuestionada y su ajuste o no a la moral y el bien común como parámetros. El criterio jurídico, justifica y sirve de base a la actuación desobediente en razón de la existencia y reconocimiento de un derecho fundamental que permite o reclama para su reconocimiento de dicha actuación.
2. La desobediencia civil exige para su ejercicio de *presupuestos y requisitos* según los cuales ésta debe ser pública, pacífica y atender a un fin colectivo .
3. La articulación entre la *desobediencia civil, el derecho a la participación y la existencia o vigencia de un Estado de Derecho*, concebido en razón de un sistema de gobierno democrático, más que deber su origen a la norma constitucional, nace en la razón y justificación de cada uno de ellos, el respeto a *la igualdad, la libertad, el bien común la justicia* como valores superiores del sistema jurídico.
4. La decisión del TSJ que recae sobre el recurso que solicita la interpretación del artículo 350 constitucional , pareciera aplicar el criterio de *uso alternativo del derecho* al supeditar la interpretación y los valores constitucionales a principios de un proyecto político tal como se desprende de la sentencia y demás fallos citados.
5. La decisión del órgano jurisdiccional, menoscaba el ejercicio del derecho a la participación ciudadana, y en consecuencia desnaturaliza

la concepción
constitucional
en su argumen

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto,
Madrid,
- Casado da Rocha
www.uc
- Dworkin, R.; "Los
Fernández Buey,
2002 , D
- García Cotarelo,
1987, pp
- Larenz, K; "Derec
1993.
- Jiménez Cano, Ro
- Olmo Bau, Carlo
Justicia.
info@filo
- Schettino, Humberto
la protes
desobed
- Thoreau, Henry D
spanish
- Velasco Arroyo, "Legitimi
http://desobedie
desobed

la concepción democrática prevista en los artículos 1, 2 y 5 constitucionales, al emitir una interpretación inconexa, incoherente en su argumentación e imprecisa en cuanto a su contenido.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto*, "La desobediencia civil", en *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1989.
- Casado da Rocha, Antonio* "El concepto de la desobediencia civil"; <http://www.ucm.es/info/admrecal/librería/index.htm>
- Dworkin, R.*; "Los derechos en serio", Ariel, Barcelona, 1984.
- Fernández Buey, Francisco*. La Insignia. España, 11 de noviembre del 2002, Desobediencia civil (II) www.lainsignia.org
- García Cotarelo, R.*; "Resistencia y Desobediencia Civil", Eudema, Madrid, 1987, pp.
- Larenz, K.*; "Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica", Civitas, Madrid, 1993.
- Jiménez Cano, Roberto*, 1997- 2003; info@filosofiayderecho.com
- Olmo Bau, Carlos*. "La Desobediencia Civil como conflicto entre Ley y Justicia. Una intrusión en un debate abierto"; info@filosofiayderecho.com
- Schettino, Humberto*, "Desobediencia y Estado de Derecho. La cultura de la protesta": <http://ghrendhel.tripod.com/textos/desobediencia.htm>
- Thoreau, Henry David*, "Desobediencia Civil" <http://eserver.org/thoreau/spanishcivil.html>
- Velasco Arroyo*, "Tomarse en serio la Desobediencia Civil un Criterio de Legitimidad Democrática"; <http://www.inecip.org>
- <http://desobedienciacivil.pangea.org/castellano/queesesp.h>¿Qué es la desobediencia Civil?

Sección de especiales

NOTICIAS DE LA FACULTAD

En el período transcurrido desde el pasado número de la revista a éste ahora entregado, debemos reseñar y celebrar la incorporación de apreciados Profesores y algunos de nuestros egresados a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como es el caso de los Profesores Emilio Pittier Sucre, Humberto Njaim, Gabriel Ruán y Alberto Arteaga Sánchez entre otros, a quienes esta Revista hace llegar su mas sincera felicitación por tan merecidas designaciones.

Por igual y en el marco de la celebración del cincuenta aniversario de la Universidad con especial gusto debemos reseñar el conferimiento del Doctorado Honoris Causa al Dr. Guido Arnal Arroyo, quien durante muchos años fuere Rector ilustre de nuestra casa de Estudios y por igual y con justo reconocimiento se confirió la Condecoración orden Andrés Bello en su Primera Clase a ilustres y destacadas personalidades vinculadas a la Universidad, entre quienes cabe destacar la entregada en acto especial a la Familia Vollmer, que ha mantenido estrechos vínculos con aquella desde el inicio mismo de su obra educativa, y sin cuyo apoyo seguramente muy difícilmente se hubiera llegado a lo que es hoy nuestra Universidad. Ojalá que nuestros egresados de alguna manera emulen tan nobles como virtuosos gestos para bien y continuidad de esta importante obra social y educacional.

Por igual fueron conferidas idénticas condecoraciones en acto público realizado al efecto a los Drs. Gonzalo Pérez Luciani, Manuel

Reyna y José L. Aguilar Gorrondona, entre otros, conjuntamente con profesores y personal administrativo de la demás facultades, en razón de su participación como docentes o integrantes de los órganos directivos, en justo reconocimiento a la labor desempeñada a lo largo de estos primeros cincuenta años de nuestra Universidad.

Con especial orgullo destacamos también durante este mismo interregno temporal, la publicación de dos obras de especial interés e importancia, vinculadas íntimamente a los eventos de la efemérides celebrada y a la vida de nuestra Facultad, la primera de ellas, un libro Homenaje a nuestro ex Decano, Director de Post Grados y gran amigo, el Dr. Fernando Pérez-Llantada S.J., contentivo de un importante número de estudios en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, justo homenaje que le tributan reconocidos profesores en dichas materias a quien fuere un gran promotor de nuestros Estudios de Post Grado.

La otra, con la cual profesores nacionales y extranjeros, y amigos de nuestra Facultad especialmente han querido unirse a su júbilo y al que embarga a nuestra Universidad por el cincuenta aniversario de su fundación. Esta obra consiste en la edición de un Libro Homenaje, constante de tres (3) tomos que compendian estudios de Derecho Privado, de Derecho Público y el tercero donde se compendian unos de Derecho Público y en especial algunos de Derecho Procesal, trabajos coordinados por los Profesores Dra. Graciela Guardia de Bracho, el Decano actual de la Facultad, Dr. Jesús Ma. Casal, el Dr. José R. Duque Corredor y el Profesor Alberto Baumeister Toledo, nuestro Director.

En las páginas de esos tres tomos se recogen importantes y novedosos estudios sobre diversas áreas de Derecho Administrativo, Constitucional, Procesal, Civil, Mercantil, Filosofía del Derecho, etc., que han sido preparados por profesores y amigos, en merecido homenaje por la labor cumplida en estos 50 años de fructífera labor.

Recomendamos a nuestros lectores, ex alumnos y actuales cursantes de la carrera de Derecho y sus Post Grados la adquisición de tan interesantes publicaciones, llenas de vigencia e interés para el conglomerado jurídico nacional y que ponen en evidencia, a pesar de la lamentable crisis que afecta la vida institucional nacional, en especial, la vinculada al área jurídica y judicial, que aún se cuenta en nuestro país con un incommensurable bagaje de sólidos valores dispuestos a luchar

por reivindicar y que a la vez y amigos, colaboración

OBITUARIO

Durante los años más lamentables de la vida del Profesor Fernando Pérez-Llantada S.J., de Ciencias Políticas y Sociales, nuestra Revista

En el número del Profesor Fernando Pérez-Llantada S.J. del 5 de junio de 1960, Iberoamericana, numerosas Juntas de Profesores. En Argentina, Ramiro Podestá

EVENTOS REALES

1.- De la Facultad de Derecho de la Universidad de la Plata, el Dr. Fernando Pérez-Llantada S.J., del Estado de Colombia. En dicho evento, los señores Quintero, Pardo y Roberto Delgado

2.- En la Universidad de Cartagena, Colombia, los profesores llamados a

por reivindicar la justicia, el Estado de Derecho y el imperio de la legalidad y que a la vez nuestra Universidad cuenta con incondicionales admiradores y amigos, que como ahora, siempre concurrirán a prestarnos su colaboración científica y académica, sin miramientos de ninguna clase.

OBITUARIO

Durante este tiempo, entre revistas, debemos reseñar dos lamentables acontecimientos que han provocado las noticias de las muertes del Profesor Dr. Boris Bunimov Parra, quien fuera Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Central, Académico de Ciencias Políticas y Sociales y estimado colega y amigo de esta Universidad y de nuestra Revista.

En el área internacional, por igual, damos noticia del fallecimiento del Profesor Víctor Antonio Guerrero Leconte, acaecido en Buenos Aires el 5 de junio pasado, quien fuere Miembro distinguido del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y participara activamente en numerosas Jornadas realizando significativos aportes a la ciencia procesal. En Argentina fue el actualizador de la obra del recordado maestro J. Ramiro Podetti

EVENTOS REALIZADOS Y POR REALIZARSE EN EL CURSO DEL 2004

1.- Del 16 al 17 de julio del 2004 se llevaron a cabo las **V Jornadas de Derecho Penal y Procesal Penal, en Homenaje al Dr. Fernando Pérez-Llantada S.J.**, copatrocinadas por la Ucab, Colegio de Abogados del Estado Carabobo y el Instituto de Estudios Jurídicos del citado Colegio. En dicho evento participaron entre otros reconocidos profesores en la materia, los Profesores Magaly Vásquez, Alberto Arteaga S, Jesús R. Quintero, Pedro Berrizbeitia, Gonzalo Himiob, Fernando Fernández y Roberto Delgado.

2.- *Entre el 9 y el 11 de septiembre del 2004 será realizado en Cartagena de Indias, Colombia, el XXV Congreso Nacional del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, con la participación de reconocidos profesores Colombianos e Ibero americanos, quienes estarán llamados a examinar el siguiente interesante temario:*

"LAS NULIDADES. DECLARATORIA DE "SIN VALOR Y EFECTO". ANTIPROCESALISMO"; "RECHAZO DE LA DEMANDA POR RAZONES DE INFUNDABILIDAD. (ART. 38 CPC)"; TUTELA ANTICIPATORIA"; "EL MITO DE LA JURISDICCION ROGADA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"; "LOS DERECHOS LABORALES EN LOS PROCESOS CONCURSALES DE LA LIQUIDACION DE EMPRESAS"; "LAS CARGAS DINAMICAS DE LA PRUEBA"; "NUEVOS CONTENIDOS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL"; "LA PRUEBA PERICIAL"; "PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL".-

3.- En Margarita, bajo los auspicios de la Universidad de Margarita (UNIMAR), Secretaria Andina de la Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial (ASIPI) Instituto Interamericano de Derecho de Autor, Postgrado de Propiedad de Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes; Centro Regional para el fomento del Libro en América Latina y el Caribe y la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho, del 29 de septiembre al 2 de Octubre del 2004, se llevará a cabo del **CONGRESO INTERNACIONAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL (Derecho de Autor y Propiedad Industrial)**, en Homenaje al Dr. Ricardo Antequera Parilli.

Cuatro intensos días de importantes Conferencias y análisis de la problemática a nivel Mundial con participación de connotados especialistas mundiales, regionales y nacionales.

Temario, información y reservaciones:

Pagina web www.eventus-unimar.com

Email: contacto@eventus-unimar.com

Fax Directo (58-95) 2615025

4.- **VIII JORNADAS ARGENTINAS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL** patrocinadas por el CENTRO ARGENTINO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y EL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL DE LA **FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD DEL SALVADOR**. Buenos Aires, del 16 al 19 de septiembre del 2004.

Temario:

Conferencia Magistral: "CONTENIDO Y LIMITES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL", Néstor P. SAGÜES

Prim
AMPARISTIO
AMPARO C
JUZGADA.
Conf
ACTIVISMO
SEGU
PERS
Daniel C.
LOPEZ ALD
A) H
A
B) P
M
C) G
A
D) H
TERC
SUPREMA.
y María S.P
A) R
L
B) D
A
C) C
D
D) L
C
CON
HUMANO
PROCEDIM
LA CORTE
CUA
Hernán M
Secretario

Primer Panel: A) NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACION AMPARISTICA. B) EL AMPARO COLECTIVO AMBIENTAL. José ESAIN, C) AMPARO COLECTIVO. LEGITIMACION DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. COSA JUZGADA. Jorge L. MAIORANO.

Conferencia Magistral: "LA CORTE SUPREMA DE LA NACION Y SU ACTIVISMO". AUGUSTO M. MORELLO

SEGUNDO PANEL: HABEAS CORPUS, LA PRUEBA Y LOS DERECHOS

PERSONALISIMOS. Pres. Humberto QUIROGA LAVIE, Vicepresidentes Daniel C. RANUSCHIO y Martín BARGALLO, Secretarios María de las M. LOPEZ ALDUNCIN y Martín ADROGUÉ.

A) HABEAS CORPUS Y CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LA ACTIVIDAD POLICIAL Y ADMINISTRATIVA. Alejandro CARRIO

B) PROYECCION Y LÍMITES DEL HABEAS CORPUS CORRECTIVO, MADARIAGA

C) GARANTIAS PROCESALES Y DERECHOS PERSONALISIMOS, Osvaldo A. GOZAINI

D) HÁBEAS CORPUS EN EL DERECHO PROVINCIAL, Pedro BERTOLINO

TERCER PANEL: TRASCENDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. Pres. Ramiro ROSALES CUELLO, Vicepresidentes Claudia SBADAR y María S.PENNISE, Secretarios Enrique CARELLI y Gabriela GARCIA MINELLA.

A) RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL Y SUPERIOR TRIBUNAL DE LA CAUSA. Silvia B. PALACIO DE CAEIRO.

B) DECLARACION OFICIOSA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Andrés GIL DOMINGUEZ

C) OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Héctor E. SABELLI

D) LAS CUESTIONES ABSTRACTAS DE INCONSTITUCIONALIDAD. CARLOS SALVADOR de ARZUAGA.

CONFERENCIA: "PROTECCION TRASNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SISTEMA INTERAMERICANO Y ALGUNAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES NOVEDOSAS Y CONFLICTIVAS ANTE LA COMISION Y LA CORTE INTERAMERICANA", Víctor BAZAN.

CUARTO PANEL: ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. Presidente Hernán MARTINEZ, Vicepresidentes Mario FORNACIARI y Arodín VALCARCE, Secretarios Gustavo SALERNI y Martín ALAIS.

SECCIÓN DE ESPECIALES

- A) ACCIONES ABSTRACTAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO. Fernando MACHADO PELLONI.
- B) EL MODELO DE ACCION DECLARATIVA DEL ART. 322 CPCCN. Y LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDEN FEDERAL. Maximiliano TORICELLI.
- C) LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL AMBITO PCIAL. Sergio DIAZ RICCI.
- D) MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. JURISPRUDENCIA ACTUAL DE LA C.S.J.N., Alberto BIANCHI

CONFERENCIA: "LAS CUESTIONES INSUSTANCIALES Y CARENTES DE TRASCENDENCIA" Lino E. PALACIO.

TALLER: "HABEAS CORPUS" a cargo de Martín BARGALLO y Daniel C. RANUSCHIO, Secretario Martín ADROGUÉ.

QUINTO PANEL: HABEAS DATA, Pres. Daniel UICICH, Vicepresidentes Sebastián FRANCO y Etel E. MATTESICH, Secretarios Gonzalo GALLO y Alejandro DOMINGUEZ.

- A) AMBITO DE APLICACION DE LA LEY 25.326. Mario MASCOTRA
- B) LAS FUENTES Y LAS BASES DE DATOS PERIODISTICOS. Adolfo ROCHA CAMPOS
- C) NATURALEZA JURIDICA DEL HABEAS DATA. Pablo A. PALAZZI.
- D) PROTECCION JURISDICCIONAL Y ADMINISTRATIVA DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Oscar R. PUCCINELLI.

CONFERENCIA: "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: POSIBLES AMPLIACIONES; CUESTIONES POLITICAS", Germán BIDART CAMPOS

Mayor Información: Secretaria académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, sita en la calle J.D. Perón 1818, piso 1º, cp. 1040, ciudad autónoma de Buenos Aires.

Consultas en la página Web: www.jadpc.com.ar

5.- XIX
VENEZOLANO
INVEDEPRO

Homenaj
Sarmiento Núñ

Caracas,

Temario

1.- Proce
Modelo.

Relator I
Guzman, Ange
y José Ovalle I

2- Derec

Confere

Panelista

3- Derec

4.- Abus
Ponencias Nac

4.- Dere
Internacional:

Bartola Q.

5.- Dere

Ponente

6.- Los T
Parra Q y Jo

Ricardo Henr

Confere

Román J. Duc

Mayor i

Dra. Ni

5.- XIX JORNADAS IBEROAMERICANAS Y V. CONGRESO VENEZOLANO DE DERECHO PROCESAL PATROCINADO POR INVEDEPRO

Homenaje a los Profesores José Rodríguez Urraca y José Gabriel Sarmiento Núñez.

Caracas, Gran Hotel Melia, del 27 al 29 de Octubre del 2004.

Temario y expositores:

1.- Procesos Colectivos en Ibero América. Propuesta del Código Modelo.

Relator Dra. Ada Pellegrini Grinnover, Panelistas, Ramiro Bejarano Guzman, Angel Landoni Sosa, Panelistas Nacionales: Alberto Blanco Uribe y José Ovalle Favela.

2- Derecho Constitucional.- Garantías de un Proceso Justo.

Conferencia Magistral: Dr. José Almagro Nácete.

Panelista: Alberto Baumeister Toledo

3- Derecho Procesal Laboral. Conferencista Carlos Sarmiento Sosa.

4.- Abuso del Proceso: Ponencia Internacional Dr. Luis María Simón. Ponencias Nacionales Salvador Benaim Azaguri y Mario Pescifeltri Martínez.

4.- Derecho Probatorio y nuevas tendencias en D. Procesal. Relator Internacional: Dr. Jorge Kielmanovich, Ponente Nacional: Dr. José Pedro Bartola Q.

5.- Derecho Penal. Relator Internacional Luis Vásquez Sotelo.

Ponentes Nacionales: Magaly Vásquez G y Alberto Arteaga Sánchez.

6.- Los Terceros en el Proceso: Ponentes Internacionales: Drs. Jairo Parra Q y Jorge W Peyrano, Ponentes Nacionales: José Araujo Parra, Ricardo Henríquez La Roche y Osvaldo Gozaini.

Conferencia Magistral: Proceso y Globalización a cargo del Dr. Román J. Duque Corredor,

Mayor información Invedepro: Email: todos@invedepro.org

Dra. Nilyan Santana Longa Email: nilyansantana@hotmail.com

6.- XI JORNADA NACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS; IV JORNADA LATINOAMERICANA DE DERECHO DE SEGUROS Y IX CONFERENCIA INTERNACIONAL. Del 27 al 29 de Octubre del 2004 y bajo el co-patrocinio del Ilustre Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, por intermedio de su *Área Académica*, con el Instituto de Derecho de Seguros y la **Asociación Argentina de Derecho de Seguros** (rama Argentina de la "**Association Internationale de Droit des Assurances (A.I.D.A.)**") llevarán a cabo el citado evento.

Mayor información y Temario:

Email: info@segurosloimas.com.ar, pudiendo además, consultar la página Web: www.segurosloimas.com.ar

La aparición
que se ofrece
griegos, se ser
de la opinión,
la verdadera re

En este
realidad. La ap
se ofrece a la
principalment
de lo que se m
que la verdad
ser. Pero no e
concepto de
primeras vista
jurídicas cons
situación o pe
puede hasta
revelar otra c

* Abogado c
Universida

CO DE SEGUROS; IV
DE SEGUROS Y IX
e Octubre del 2004 y
os del Departamento
su *Área Académica*,
ción Argentina de
ation Internationale
bo el citado evento.

además, consultar la

La apariencia en el Derecho

Gabriel Bentata*

La apariencia de una cosa o persona es la cara, superficial y primera, que se ofrece a la vista y el juicio de la gente. Desde los pensadores griegos, se señalaba que la apariencia era engañosa, y que era el reino de la opinión, y que tras esa primera vista o apariencia, había que buscar la verdadera realidad de lo que se ofrecía a la vista que podía ser diferente.

En este sentido, y en una primera noción apariencia se opone a realidad. La apariencia o "impresión facial", es decir, la que se muestra o se ofrece a la vista, por ser precisamente apreciable por los sentidos, principalmente el visual, puede engañar sobre la verdadera naturaleza de lo que se muestra, si es que se descubre por una investigación posterior que la verdadera realidad de lo que se muestra, difiere de lo que aparenta ser. Pero no es en este sentido que estamos interesados en desarrollar el concepto de apariencia, sino en el que restringidamente se refiere a primeras vistas o apariciones de situaciones que parecen ser situaciones jurídicas consolidadas. Nos interesa que lo que "parece ser", es decir, la situación o posición jurídica que se cree es, no es sino una imagen que puede hasta ser pálida de lo que realmente se trata, pero que puede revelar otra cosa.

* Abogado cum laude por la Universidad Central de Venezuela, Master en leyes, Universidad de Harvard. Doctor en Derecho, UCV. Abogado en ejercicio libre.

No se trata tampoco de una simulación, en que personas interesadas en confundir sobre la verdadera naturaleza de una cosa o hecho, simula otra para que no se aprecie la aparente que es la que les interesa. Ahí entramos ya en el terreno del engaño y la manipulación, cosa que por lo pronto dejaremos de lado.

Vamos a limitarnos como ya dijimos, a las situaciones que parecen ser jurídicas, y no sólo parecen ser jurídicas en una primera apariencia, sino que la gente los toma como consolidados y produciendo efectos, y estos efectos jurídicos que siguen a esa convicción son a veces acogidos, aunque no hay una explicación global de cómo han de tratarse esas situaciones, sino consagraciones jurisprudenciales aisladas, como en materia administrativa con los conceptos de domicilio de hecho, más bien fiscal; funcionario de hecho, "posesión de estado" referido principalmente a estados civiles de hijos respecto de sus padres, legítimos o naturales, y todo el amplio campo de la posesión jurídica en materia sobre todo civil. Sería bueno preguntarse porqué han de tratarse estas situaciones en forma global, haciendo una especie de teoría de la apariencia?

Es evidente que hay puntos comunes en todas las situaciones antes reportadas, y a lo mejor, surgen nuevas, por imperio de la evolución de las situaciones fácticas, y que esos problemas comunes son propios y distintos a otros y se presentan normalmente en el campo de la reflexión jurídica. Lo común como ya dijimos, aparece o se manifiesta de inmediato, se "muestra" se ofrece a la vista y consideración de la gente de primera mano, como primera versión de lo que es, como imagen de la realidad. Al derecho interesa sobremanera actuar sobre realidades y el campo de las ficciones, o de presunciones de realidades, es reducido en su campo de aplicación.

Las situaciones que hemos descrito como aparentes, tienen visos de realidad, y la gente se comporta respecto de ellos como si fueran reales, y producen efectos jurídicos, que también son reales, y que afectan patrimonios materiales y morales, por lo cual se puede englobar todas estas situaciones bajo el manto de una teoría. Una teoría general de la apariencia debería como toda teoría enunciar y regular sus principios rectores y extraer sus consecuencias prácticas relevantes. Precisamente se trata de saber, cual solución se le dá a estos casos, cuando aparecen

como inevitablemente la gente que engaña, el término verdadero con consecuencias de prueba. Se trata de un juicio que deberá ser se puedan establecerse quiere probar el proceso. Las p con la legislación plena prueba nuestro sistema no puede con partida expresa de la jurisdicción hemos hecho empleado en confundir sol

Res ipsa romanos, es como regulada una teoría general y por ser necesario y confusión que es conveniente situaciones que como por ejemplo calificado en concubinato constituido, y ello sólo o para impresión del legislador es extendida

Pensar desde los griegos regulan dete

como inevitable darles por lo menos el estatuto de reales, y proteger a la gente que engañada o no, las aprecia como verdaderas. Empleamos el término verdadero aquí como sinónimo de real, como hecho establecido con consecuencias jurídicas y que naturalmente deberá estar sujeto a prueba. Se trata de situaciones de hecho, por lo cual al ser alegadas en juicio deberán ser probadas, y a falta de pruebas, las presunciones que se puedan establecer de los hechos probados para demostrar lo que se quiere probar, deberán igualmente ser evidenciados en el curso del proceso. Las presunciones se establecerán en la medida en que de acuerdo con la legislación sustantiva o procesal interna, ellas puedan operar como plena prueba. En nuestra opinión la jurisprudencia, por lo menos en nuestro sistema de legislación civilista, derivada del Código Napoleón, no puede consagrar ni regularlas, hará falta por lo menos un punto de partida expreso, una declaración general legal, que consagre el principio de la juridicidad de estas situaciones. Aclaremos que el engaño a que hemos hecho mención anteriormente, no es voluntario, lo hemos empleado en el sentido de que las circunstancias confundan o puedan confundir sobre la verdadera naturaleza de las cosas.

Res ipsa loquitur, la cosa habla por sí misma como decían los romanos, es decir, hay que tomar la impresión real aunque primera, como reguladora de su real entidad. Pensamos pues que se justifica hacer una teoría general de estos hechos, por responder todos a puntos comunes, y por ser necesaria una solución jurídica a los mismos para evitar engaños y confusiones, dando cabida en el sistema legal del país a situaciones que es conveniente incorporar a la juridicidad. No trataremos de algunas situaciones que pudieran parecer incluirse dentro de esta teoría general, como por ejemplo el concubinato o matrimonio de hecho como es calificado en otras legislaciones. Puesto si bien es posible que un concubinato dé al público la apariencia de un matrimonio regularmente constituido, se extienden algunos efectos del matrimonio al concubinato, y ello sólo ocurre cuando la apariencia sea suficientemente larga como para impresionar. Estas situaciones son ya reguladas por el interés social del legislador, al igual que en países como el nuestro, donde esa práctica es extendida y común.

Pensamos modestamente que se pueda formar una teoría. Teoría desde los griegos, es una formulación abstracta y teórica de normas que regulan determinadas situaciones, que tienen elementos en común, y a

los cuales se pueden aplicar dichas normas para reconocerlas y regularlas. Por lo menos esa es la teoría jurídica, que puede desviarse en su fundamentación teórica de lo que es propio de una teoría en la rigurosa acepción filosófica del término.

Veamos los caracteres de esta teoría.

1. Debe tratarse de una situación de hecho. No hay naturalmente dentro del derecho, que es abstracto, una situación de posibles apariencias. Se confunde a veces la apariencia de hecho con la de derecho, pero esos son otros puntos que desarrollaremos más adelante.

2. Debe tratarse de una situación de hecho aparente: Si se trata de una situación concluida, cerrada, no cabe dentro de esta categoría. Debe ser algo que se muestra a la vista, es decir, que aparece a los sentidos como si fuera real.

3. La apariencia debe revestir la situación de ser de carácter legal. En efecto, los hechos que se presentan a nuestra consideración, deben darnos la impresión, que a lo mejor les falta, de que se trata de una situación consolidada, y nosotros, engañados o no, la tratamos y conceptuamos como establecida definitivamente.

4. La apariencia de la situación debe prolongarse en el tiempo. Esto constituye parte de la apariencia. Para que ella luzca visiblemente como una situación de derecho, debe ser suficientemente prolongada para que se aprecie su fundamentación, ya que situaciones temporales o breves pueden deshacer esas nociones.

5. Debe tratarse de una apariencia real y seria para que se dé la apariencia y no sea meramente ilusa o resultado de una alucinación. Debe exigirse que la situación sea seria, es decir, que todos los elementos que la configuran sean reales, y que se ofrezcan a la consideración de la gente como si fueran jurídicas consolidadas.

El derecho se ocupa de los hechos con consecuencias y efectos que se relacionan con su naturaleza y esencia. El derecho tiene a veces formas con las cuales reviste situaciones legales de las que quieren derivarse efectos. Las formas legales de los actos deben ser cumplidos, y muchas veces son esenciales a la validez del acto. Cuando se trata de formalidades extrínsecas, que se refieren únicamente a los efectos de su oponibilidad, es decir, a su reconocimiento inevitable por parte de terceros,

la observancia
manera ineluc
Aquí por cier
hemos señala
actos, que no
de ellas, sea
principios ge
Creemos sin
la sustancia,
situaciones,
reconozcan y
ni de revest
manifiestan e

Hay sit
se le puede
constituidas
y por hacer
algunos efec

Es un
derecho sob
como objetiv
estabilidad d
de *cuasi* rea
naturaleza v
jurídico a es
creadas bas
sería privar

la observancia de esa formalidad que tiene el propósito de advertir de manera ineludible de la existencia del acto debe ser igualmente respetada. Aquí por cierto podríamos establecer una analogía con los casos que hemos señalados como "aparentes", ya que entonces dar efecto a ciertos actos, que no cumplen formalidades, y que están sujetos al cumplimiento de ellas, sea en forma esencial o de manera "probatoria" va contra los principios generales del derecho, y de su observancia y cumplimiento. Creemos sin embargo que es preferible atendiendo más que a la forma a la sustancia, es decir, menos al revestimiento formal de los casos y situaciones, que a la íntima y verdadera y real naturaleza ellas se reconozcan y regulen pues el derecho no trata de quimeras, o fantasías, ni de revestimientos solemnes, sino de realidades concretas que se manifiestan en la vida de la comunidad social.

Hay situaciones que demandan una regulación propia y si bien no se le puede dar el efecto formal de las que están ordenadamente constituidas conforme a derecho, se les debe reconocer por su similitud, y por hacer pensar con fundamento que son reales, y que deben tener algunos efectos como si lo fueran.

Es un caso de predominio de la realidad sobre la forma, y del derecho sobre las ficciones y fantasías. Al fin y al cabo el derecho busca como objetivos principales seguridad y justicia, y la seguridad la da la estabilidad de las situaciones, y si son aparentes debe dárseles el carácter de *cuasi* reales, porque lo contrario sería dejar al capricho de la gente la naturaleza verdadera de ellas. Justicia también se logra dando efecto jurídico a estas situaciones, pues ignorarlas atentaría contra pretensiones creadas basadas en la apariencia, y rechazarla, revocarlas o negarlas, sería privar a la gente de expectativas que pudieran parecer legítimas.

Este libro se terminó de imprimir en
Caracas en *octubre del año 2004*,
en los talleres de
EDITORIAL TEXTO, C.A.