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

POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA A LA EVACUACIÓN DE UNA PRUEBA CUANDO SE TEMA SU DESAPARICIÓN, ANTES QUE EL PROCESO SE ENCUENTRE EN LAPSO PROBATORIO

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

Autora: Nina del Valle González Villamizar.

C.I. 11.190.195

Barinas, Noviembre de 2005

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

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado (a) por el (la) ciudadano (a) Abogado (a) Nina del Valle González Villamizar , para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal Civil, cuyo titulo es: POSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA A LA EVACUACIÓN DE UNA PRUEBA CUANDO SE TEMA SU DESAPARICIÓN, ANTES QUE EL PROCESO SE ENCUENTRE EN LAPSO PROBATORIO**: Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.**

En la Ciudad de Caracas a los 25 días del mes de Noviembre del 2005

_____
Dr. Iván Darío Pérez Rueda
CI.

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD DERECHO PROCESAL CIVIL

POSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA A LA EVACUACIÓN DE UNA PRUEBA CUANDO SE TEMA SU DESAPARICIÓN, ANTES QUE EL PROCESO SE ENCUENTRE EN LAPSO PROBATORIO

Por: **Nina del Valle González Villamizar**

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho procesal Civil, aprobada en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello", por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas a los días del mes de _____ de 2005

_____ _____

C.I. CI.

DEDICATORIA

A dios creador de todas las cosas

A mi madre Luz Zunilde fuiste

y serás fuente de inspiración y fortaleza

A mi Padre, mi xermana,

mi xijita, y toda mi familia.

INDICE GENERAL

Pág

Aprobación del Tutor …….…..ii

Aprobación del Jurado Examinador……...……..iii

Dedicatoria ……...……iv

Índice General ……..……..…….……..…v

Resumen……..……vii

INTRODUCCIÓN……..……1

CAPITULO I: LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS.

1.1. Antecedentes…….……6

1.2.- Las Medidas Cautelares Innominadas en el código Procesal Civil Venezolano…….….13

1.2.1. Definición…….…….13

1.2.2.-Clasificación. ……....16

1.2.3.- Fundamento Legal y Doctrinario…….18

1.2.4.-Requisitos para su aplicación de medidas Cautelares Innominadas….……....25

1.2.5.-Factibilidad de aplicación Medida Cautelares Innominadas……..……...27

CAPITULO II: LOS MEDIOS PROBATORIOS

2.1...Definición…….…...30

2.2.Fundamentos Legales……33

2.3.Promoción y Evacuación de las Pruebas en el Proceso (Lapso, requisitos)…….34

CAPITULO III: MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS APLICADAS A LA EVACUACIÓN DE UNA PRUEBA CUANDO SE TEMA SU DESAPARICIÓN, ANTES DE QUE EL PROCESO SE ENCUENTRE EN LAPSO PROBATORIO.

3.1.-Referencias Doctrinarias…….…….38

3.2.-Referencias Jurisprudenciales…….…….41

3.3.- Procedencia para la aplicación de una medida cautelar innominada a la evacuación de una prueba cuando se tema su desaparición, antes de que el proceso se encuentre en el lapso Probatorio……..……..….42

CONCLUSIONES..……....46

REFRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS…..……..49

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

POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA A LA EVACUACIÓN DE UNA PRUEBA CUANDO SE TEMA SU DESAPARICIÓN, ANTES QUE EL PROCESO SE ENCUENTRE EN LAPSO PROBATORIO

Autora: Nina del Valle González

Tutor: Iván Darío Pérez Rueda.

Fecha: Noviembre del 2005

RESUMEN

El objetivo principal de la investigación fue determinar las posibilidades y procedencia en virtud de solicitar y decretar una medida cautelar innominada dirigida a evacuar un medio probatorio cuando se tema su desaparición, antes de que el proceso se encuentre en el lapso probatorio, igualmente definir cuales podrían ser estas medidas. El estudio surgió debido al interés por profundizar en el proceso que inicia cuando un individuo considera que le son vulnerados sus derechos quien debe recurrir al Estado a través de los órganos jurisdiccionales para reparar el derecho lesionado y dirimir un conflicto. Tomando en cuenta, que el proceso crea una relación jurídica que empieza con la demanda y culmina con la sentencia, bien es sabido que, a pesar de los cambios formales impulsados en la administración de justicia, los lapsos procesales continúan siendo lentos, no permitiendo cubrir las expectativas ciudadanas. En este sentido, es necesario utilizar mecanismos que garanticen, a pesar de la tardanza procesal, la eficacia en la decisión jurisdiccional. Es aquí donde las medidas cautelares entran en juego, para resarcir los derechos de las partes en un litigio, salvaguardando los intereses. El estudio se realiza sobre la base de la monografía – documental – descriptivo, explicativo, sustentándose en un análisis de contenido de documentos, doctrinas jurídicas, instrumentos normativos y posiciones de autoridades de la materia, sustentar si existe la posibilidad de aplicar una medida cautelar tipo innominada antes del lapso probatorio, específicamente, cuando se tema la desaparición de pruebas y la vulnerabilidad de los derechos de la parte que inmediatamente resulta afectada. En conclusión el estudio permitió fijar una posición propia y objetiva frente al tema de investigación como interpretación y aporte científico de particular relevancia por la novedad que trae implícita la misma temática. Los descriptores son: Medidas cautelares innominadas, posibilidades, lapso probatorio, pruebas, evacuación de pruebas.

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la humanidad los hombres de todas las civilizaciones han luchado por hacer valer sus derechos individuales y colectivos. Por consiguiente, en la época moderna un ciudadano cuando considera que se le ha violentado un derecho que posee, tiene la facultad de recurrir al Estado a través de la figura que representan los órganos jurisdiccionales para que estos administren justicia, es decir, reparen el derecho lesionado con la finalidad de dirimir el conflicto.

En tal sentido, es necesario que exista un mecanismo que garantice previamente aunque haya tardanza procesal, la decisión jurisdiccional será eficaz. Es aquí donde las medidas cautelares entran a jugar un papel muy importante pues ellas según Quintero (1961,121) tienen la finalidad de

> Evitar que el derecho del litigante triunfador quede burlado por la mala fe y la viveza del contrario, que, aunque perdedor, podríamos considerarlo hasta ganancioso en cierta manera, pues bien sabido es de nosotros que en nuestra legislación esta prohibida la prisión por incumplimiento de las obligaciones civiles

En tal caso a través de las medidas cautelares se logra garantizar durante el proceso, el derecho lesionado que la persona desea que el Estado resarza. Para ello existen

diferentes tipos de medidas cautelares entre las cuales se puede nombrar el secuestro, el embargo y la prohibición de enajenar y gravar, las cuales se conocen con el nombre de medidas cautelares nominadas, y aquellas medidas que acuerda el juez en virtud de una disposición especial y atendiendo a la finalidad, características, requisitos y procedimientos previstos en leyes especiales y que reciben la denominación de medidas cautelares innominadas.

Ahora bien, el presente estudio se ha focalizado en las medidas innominadas Ortiz (1997,187) señala que: "el juez acordara las que considere necesario cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar daño, lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de otra". Existen pues infinidad de medidas cautelares innominadas que hacen difícil su clasificación, ya que estas dependen de la facultad del juez de acordarlas cuando lo considere procedente.

Igualmente, se ha dejado sentado que, los estados o etapas del procedimiento se encuentran preestablecidos en la normativa procesal vigente con la finalidad de enterar a las partes de los lapsos aptos y legales para llevar a cabo todas las actividades necesarias para hacer valer el derecho recurrido. Uno de estos lapsos es el probatorio estipulado en los artículos 388 y siguientes del código de Procedimiento Civil Venezolano, este lapso es "el plazo dentro del cual la ley permite promover las pruebas y evacuarlas. En el término ordinario es de 15 días para promover y 30 para evacuar" (Basca,1995,290)

Así mismo, se encuentra en la jurisprudencia revisada la existencia pruebas privilegiadas que pueden ser evacuadas por acuerdo de las partes en cualquier estado y grado de la causa, estas pruebas son: la confesión, el juramento decisorio y la prueba instrumental en sus diversas formas. Queda claro entonces que para este tipo de medios probatorios existe la posibilidad de evacuarlos fuera del lapso con la petición de ambas parte por un acuerdo entre las mismas.

Ahora bien, tomando en cuenta que la praxis jurídica en Venezuela tiene hoy rasgos inverosímiles comparados a las anteriores etapas de la tradición en el Derecho canónico justificado en la constitución y las Leyes se afirma que en la actualidad este tipo de medidas ha cobrado una gran relevancia debido al desarrollo del complejo y conflictivo mundo de hoy, donde se hace imperiosamente necesario echar mano a medidas cautelares alternativas para buscar una solución a conflictos en los que no son aplicables las medidas que taxativamente se enumeran en los artículo 588 contemplados por el Código de Procedimiento Civil.

Por lo tanto, El presupuesto que motivó la presente investigación fue justamente, la posibilidad de que una de las partes en un juicio unilateralmente solicite al juez y se decrete una medida cautelar innominada dirigida a evacuar un medio probatorio antes de que la causa se encuentre en lapso probatorio, debido a que la parte en cuestión teme la desaparición o se desvirtúe en su perjuicio.

Tomando en cuenta lo antes expuesto, la investigación se convierte en un aporte documental, analítico y hermenéutico dentro del ámbito de la interpretación de la temática; además de la relevancia científica en virtud de determinar las posibilidades para la aplicación de una medida cautelar innominada a la evacuación de un medio probatorio cuando se tema su desaparición, antes de que el proceso se encuentre en lapso probatorio.

Es por ello que para lograr este objetivo fue necesario discernir metodológicamente y estructurar en tres (3) Capítulos.

Capítulo I en el cual se hace una esbozo de los Antecedentes históricos de las Medidas Cautelares Las Medidas Cautelares Innominadas en el código Procesal Civil Venezolano. Fue necesario hacer Definición, se intentó dar una Clasificación de acuerdo a la documentación y antecedentes empíricos recopilados; igualmente se encontrará en este capítulo con el Fundamento Legal y Doctrinario, cuando existe la Procedencia de su aplicación y los Requisitos de ésta para que sea procedenete su aplicación.

Capítulo II de los medios probatorios donde se cuenta con la Definición, los Fundamentos Legales, su clasificación, los fundamentos Doctrinarios, la Promoción y Evacuación de las Pruebas en el Proceso (Lapso, requisitos).

Capítulo III en el cual se llevó a cabo el planteamiento central del estudio para determinar si las medidas cautelares innominadas aplicadas a la evacuación de una prueba cuando se tema su desaparición, antes de que el proceso se encuentre en lapso probatorio son viables. Para complementar esta información se consideró pertinente hacer una extensa revisión de las Referencias Doctrinarias, Referencias Legales, Referencias Jurisprudenciales, y la Procedencia para la aplicación de una medida cautelar innominada a la evacuación de una prueba cuando se tema su desaparición, antes de que el proceso se encuentre en el lapso Probatorio

Finalmente, se plasmaron las conclusiones obtenidas en las cuales queda expresado todo el contenido del trabajo realizado y los hallazgos científicos. Así mismo una Bibliografía necesaria para verificar las fuentes de información consultada para llevar a cabo dicha investigación.

CAPITULO I

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

1.1.- Antecedentes

El hombre por naturaleza ha buscado la protección no solo de su integridad física, sino también la protección de su moral, su respeto social y de sus bienes. Esto lo ha llevado a crear desde los tiempos más remotos de la humanidad los mecanismos para controlar las acciones de otros hombres y de "si mismo" como ser social para garantizar la convivencia de la humanidad, dejando atrás la visión hobbiana "donde el hombre es un lobo para el Hombre" surgiendo y resurgiendo la tesis Rousseuaniana de la necesidad de "establecer contratos sociales para el respeto de la vida común".

Al escudriñarse en el origen de las Medidas Cautelares como toda institución jurídica se remonta al Derecho Romano, si bien es cierto que los romanos no conocieron las medidas preventivas tal como existen en la actualidad es posible encontrar algunas instituciones dentro de su Derecho Procesal con estructuración parecida a estas medidas, que podían cumplir un cometido semejante al que de ellas se esperan hoy. En este sentido, el Derecho Romano contemplaba, La Pignoris Capio, como un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda.

Esta medida constituía una de las [illegible] la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actiones, cons[illegible]oma de un objeto, realizada por el

acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publícanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio. También constituía un medio de coacción de cual gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos.

Con posterioridad, las legis actiones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención.

Según, Rojas, (2001), La eficacia de tal procedimiento viene a ser comparado con la de las medidas preventivas, ya que el efecto que producía éste en el Derecho Romano era parecido al que producen ciertas medidas preventivas actualmente. Así al decir que no se podía enajenar, se ve similitud con la actual Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles; mientras que por el contrario, la prohibición de destruir o deteriorar la cosa objeto del litigio, se asemeja con el actual Secuestro de Bienes Determinados.

En el ámbito del Contemp of Court, el Juez Inglés podía dictar discrecionalmente, medidas para prevenir o corregir un posible daño del normal y eficaz desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional; en este tipo de poder general conferido al Juez ingles, no solo puede prevenirse un daño, sino que también puede corregirse. Si se compara con el Art. 588 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C) de la legislación venezolana también se previene un daño; pero, es difícil que pueda corregirse, a lo sumo podrá tomarse la medida innominada para evitar la continuidad de la lesión; finalidad más bien del juicio de amparo cuyo fin último es el de retrotraer la situación jurídica infringida al estado normal o anterior al acto ilegítimo violatorio del derecho o garantía constitucional.

Por su parte en el Derecho alemán, regula el Einstweilige Verfugungen (medidas interinas o provisionales), el cual le atribuye al Juez germánico un poder cautelar general que, ciertamente, es menos amplio que el conferido al Juez ingles en el

ámbito del Contemp of Court, sin embargo, "permite dictar providencias que aseguren, conservativamente la situación cautelada, con la finalidad de evitar la turbación en la paz social y la violencia".

En el estudio del origen de las Medidas Cautelares, no se puede dejar de mencionar la Legislación Española, de la cual se han tomado muchos de los elementos de nuestra legislación. En el siglo XIII el Rey Alfonso "El Sabio", sanciona la "Ley de las Siete Partidas", de las cuales la Tercera, llamada el Derecho Procesal del Digesto era la que trataba la materia procesal. Rojas, (2001). En esta se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así como se asemeja al secuestro de la cosa litigiosa, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis. Así mismo, sobre la medida del arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación.

Los preceptos del Derecho Español antiguo, como se sabe, eran de aplicación general en Venezuela durante la Colonia y en tiempos de la Gran Colombia regían las pragmáticas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; las Leyes de Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas; tal como lo disponía de manera expresa la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el procedimiento de Tribunales y Juzgados de la

República; ésta Ley tampoco previo de modo especial las medidas preventivas: las, dejó sujetas a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes suficientes para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo.

Ya Venezuela en función de República dictó en 1836 el primer Código Procesal, el cual contenía un título denominado "De las Incidencias"; en este Título se comprendían las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial y arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. Esta disposición del Código arandino vino a servir de base a la futura legislación procesal sobre medidas preventivas.

El código de 1873, contempla en materia de las medidas preventivas de aseguramiento, las de secuestro judicial y arraigo: Tituló la Sección: "Del Secuestro Judicial, arraigo y afianzamiento" y agregó que el secuestro o embargo judicial se podía pedir no solo en cualquier grado de la causa, sino antes o después de la litis contestación y, que constara el derecho aunque sea por declaración de testigos.

En la enumeración de los casos en que procedía esta medida se hicieron también modificaciones, como son; cuando sea un transeúnte; o bien, si el demandado lo fuera por la cosa raíz que está gozando sin haber pagado el precio o se fueren a secuestrar

bienes determinados, si estos han desaparecido o no se encontraren, en cuyo caso el secuestro se practicaría en bienes equivalentes del demandado.

Así mismo, el Código del año 1873 fue derogado por el de 1897, el cual cambió la denominación del Título sobre la materia, así: "De la incidencias sobre medidas precautelativas y otras, y de la Tercería".

El Código de 1916, trae el nombre de: "Incidencias sobre las medidas preventivas y otras y de la tercería". Como se ve la modificación consiste en sustituir la palabra precautelativa por preventiva; pero a la prohibición de enajenar agregó "y gravar bienes inmuebles y el embargo de bienes muebles". Además el fundamento para pedir o solicitar las medidas preventivas también sufrió cambio importante; exige este Código "que se acompañe un medio de prueba que constituya al menos presunción grave del derecho que se reclame"; de este modo el fumus bonijuris o sea la presunción fundada de existir el derecho se ha considerado suficiente: no se exige ya la constancia del derecho.

En este marco de ideas, es preciso reseñar que el origen de las medidas cautelares se puede ubicar preferentemente en los juicios de orden ejecutivo. Estas nacieron por la necesidad de anteponer en el tiempo los efectos ejecutivos de un fallo, ante el peligro que supone para los intereses del demandante, la mora del juicio de conocimiento y el temor de daño inminente por parte de aquel contra quien obra; no fue pues mas que la necesidad de aseguramiento. La Roche, (1988)

Igualmente como la alternativa para evitar la ejecución de actos o acciones en el lapso en el cual se esta llevando un juicio; cuando estas acciones puedan causar daños a la otra parte del proceso judicial. Ciertamente hasta ahora, se han reflejado los antecedentes generales de las medidas nominadas, al hablar del embargo de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles y el secuestro de bienes determinados.

Entran en escena las medidas innominadas se refiere a otras providencias que el juez puede dictar como medidas asegurativas o conservadoras que no son ni secuestros, ni embargos, ni prohibición de enajenar o gravar, por el contrario pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes.

Estas al igual que las medidas cautelares en general surgen, desde el nacimiento del Derecho Romano con las "*Stiplutionis Precatoriae*" dentro de las cuales se contaban la "*Cautio per iudicatum solvi"* y la "Cautio Per Dammi Infecti", las medidas cautelares innominadas han sido recogidas por la mayoría de las legislaciones; en España se instituyó en el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y mejorada con la Reforma de 1984; en Alemania desde 1933; en Italia se establece por primera vez en 1942. En otros países como Japón, Holanda, Costa Rica, Brasil, argentina entre otros. Ortiz, (1999).

Finalmente, hay que destacar que las modificaciones introducidas en el articulado que regula el procedimiento para la obtención y ejecución de las medidas cautelares

en el Código de Procedimiento Civil vigente (1987), son relevantes conceptualmente y sistemáticamente, ya que ordenan la materia cautelar y su aplicación, evitando así, las lagunas legales que se producían en el ordenamiento anterior, tal como se irá evidenciando a lo largo de la investigación.

1.2.- Las Medidas Cautelares Innominadas en el código Procesal Civil Venezolano

1.2.1.- Definición

Las Medidas Cautelares se vinculan estrechamente con la función jurisdiccional para garantizar que la tardanza en los procesos judiciales de cognición no signifique la negación del derecho mismo, de modo que la misión de asegurar preventivamente el derecho reclamado es, al mismo tiempo un momento de la función jurisdiccional.

Recientemente, se ha señalado que las medidas cautelares surgen como las garantías que tienen los particulares o ciudadanos, para que los efectos de la sentencia se cumplan o se hagan efectivos; por ello el particular, para que no se vea burlado después de un proceso largo y difícil, en el que finalmente le son estimadas y apreciadas positivamente sus pretensiones, la Ley le facilita unas medidas que debe poner en marcha a fin de asegurar los efectos de la sentencia.

Las medidas cautelares innominadas son aquellas inherentes a la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado que puede otorgar el juez en el curso del contradictorio para proteger a alguna de las partes contra una lesión a que puede estar expuesta por la prolongación del proceso. Ciertamente, estas medidas sean nominadas o innominadas, como jurisdicción se hacen necesarias cuando los particulares no pueden regular espontáneamente sus relaciones o cuando la función preventiva del contrato o de la Ley es insuficiente.

Ahora bien, según, Ortiz, (1999:7) " El poder cautelar implica la potestad reglada y el deber que tienen los jueces para evitar cualquier daño que se presente como probable, concreto e inminente en el marco de un proceso en perjuicio de las partes y, por supuesto, en detrimento de la administración de justicia".

De este modo, Rojas, (2001) afirma que las Medidas Cautelares son las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que la resolución del mismo pueda ser más eficaz.

Ahora bien, en todo lo que hace alusión a medidas innominadas se refiere a otras providencias que el juez puede dictar, medidas asegurativas o conservadoras que no son ni secuestros, ni embargos, ni prohibición de enajenar o gravar, por el contrario pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes.

Al respecto Ortiz, (1999) afirma que:

> “ Las medidas innominadas constituyen un tipo de medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no está expresamente determinado en la ley sino que constituye el producto del poder cautelar general de los jueces quienes, a solicitud de parte, pueden decretar y ejecutar las medidas adecuadas y pertinentes para evitar cualquier lesión o daño que una de las partes amenace infringir en el derecho de la otra y con la finalidad de garantizar tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional misma”.

En este sentido, las Medidas Cautelares Innominadas: son producto del "Poder Cautelar General" del Juez, por medio del cual éste puede adoptar medidas necesarias para evitar que una de las partes cause un daño de los derechos de la otra parte.

El articulo 588 del código de procedimiento civil establece las medidas nominadas e innominadas, las ultimas en el único aparte del articulo, el cual expresamente dice: "Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

En fin, Las medidas cautelares innominadas son aquellas medidas inherentes a la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado que puede otorgar el juez en el curso del contradictorio para proteger a alguna de las partes contra una lesión a que puede estar expuesta por la prolongación del proceso.

1.2.2.- Clasificación: Medidas preventivas y Medidas Ejecutivas

Todo sistema cautelar tanto el tipificado en el texto procesal como el de las innominadas tienen como fin inmediato la justicia particular del caso concreto y el bien privado de los particulares; y mediatamente, la seguridad jurídica y la paz social.

En este particular es preciso reseñar que el carácter anticipatorio de las medidas ha servido para que la jurisprudencia haya hecho una diferenciación entre las medidas preventivas y las medidas ejecutivas, estableciendo que "... *la finalidad de la providencia cautelar es evitar que quede ilusoria la ejecución de la sentencia que habrá de dictarse en el proceso. Por eso precisamente se llaman medidas preventivas, pues de lo contrario serían ejecutivas"*.

Las Medidas Cautelares sólo podrán ser de carácter preventivo, a pesar de que ambas (preventivas y ejecutivas) tienden al aseguramiento y eficaz cumplimiento de la sentencia; pero, la diferencia está en que mientras una asegura un derecho, la otra ejecuta un derecho actual y cuya ejecutoriedad se deriva de la misma sentencia.

La diferencia entre las medidas ejecutivas y preventivas, se verifica ya que las primeras suponen la culminación del proceso en el cual se han conocido y valorado los hechos y se ha dictado sentencia definitiva, mientras que las medidas cautelares suponen la instrumentalidad, es decir, están en función de un proceso que aún no ha concluido.

Las medidas cautelares o preventivas están clasificada en:

- El Embargo de bienes muebles.
- El Secuestro de bienes determinados.
- La Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.
- Las Medidas Preventivas Innominadas.

De esta manera, La Roche, (1988) en un intento por denominarlas y definirlas; afirma que las Medidas Cautelares Innominadas pueden ser clasificadas en dos tipos: Las que aseguran un Derecho inalienable y las que aseguran un Derecho Patrimonial. Las primeras se refieren justamente a las medidas que pretenden amparar derechos individuales, sociales o políticos, siempre y cuando la parte solicitante pretenda en el juicio principal una sentencia declarativa…estas medidas tienen una marcada similitud con la acción de Amparo Constitucional prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, en lo que al carácter patrimonial se refiere entre las medidas cautelares innominadas se incluyen todas aquellas que prevean las leyes o el Derecho Comparado, el cual ofrece algunos ejemplos: La Intervención Judicial en los negocios del cónyuge demandado por divorcio, para garantizar el cincuenta por ciento de los bienes, frutos o rentas; la exclusión del cónyuge de los bienes comunes, en los que su administración constituya grave riesgo de infructuosidad.

En este mismo orden de ideas, los jueces agrarios de oficio también 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.

No obstante, a pesar de los intentos por algunos autores para clasificar o delimitar las medidas cautelares innominadas; no es fácil dicha tarea debido a la flexibilidad y la apertura del ámbito que éstas abarcan en todos los procesos judiciales bien sea de orden penal, civil, mercantil; ciertamente lo que debe prelar al pretender solicitar una medida cautelar innominada es que se cumplan los requisitos exigidos por la ley, así como la muestra de las pruebas que complementen tal solicitud.

1.2.3.- Fundamento Legal y Doctrinario

La Constitución de La República Bolivariana de Venezuela

Título III. Capitulo I. Disposiciones Generales

De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías

Este capitulo referido a los derechos y garantías constitucionales se encuentra contemplado desde el Artículo. 19 hasta el 31 en ellos se puede apreciar la responsabilidad que asume el estado a través de sus instituciones y organismos para garantizar la protección, respeto e y no vulneración de sus derechos como ciudadano venezolano.

> **Artículo 19.** "El Estado garantiza a toda persona, 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 es obligatorio 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"

> **Artículo 25.** Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y las leyes es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

> **Artículo 26.** Todos tienen derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, inclusive los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud

> la decisión correspondiente. El Estado garantiza una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Puede afirmarse, que los artículos aquí reseñados no excluyen el hecho de que otros sirvan de fundamento, de manera concurrente con otros requisitos exigidos por la ley para solicitar la aplicación de una medida cautelar innominada.

Código Orgánico de Procedimiento Civil

Libro Tercero. Del Procedimiento Cautelar y de Otras Incidencias

Titulo I. De Las Medidas Preventivas. Capitulo I

La doctrina venezolana ha conceptualizado las medidas preventivas en disposiciones de precaución adoptadas por el juez, a instancia de parte, a fin de asegurar los bienes litigiosos y evitar la insolvencia del obligado o demandado antes de la sentencia. A continuación se señalan los artículos en los cuales e contemplan las medidas cautelares como tales:

> **Artículo 585.-** Las medidas preventivas establecidas en este Título 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.

Artículo 586.- El Juez limitará las medidas de que trata este Título, a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio. A tal fin, si se comprueba que los bienes afectados exceden la cantidad de la cual se decretó la medida, el Juez limitará los efectos de ésta a los bienes suficientes, señalándolos con toda precisión. En este caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 592, Capítulo II del presente Título.

Artículo 587.- Ninguna de las medidas de que trata este Título podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquél contra quien se libren, salvo los casos previstos en el artículo 599.

Artículo 588.- En conformidad con el Artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

1º El embargo de bienes muebles;

2º El secuestro de bienes determinados;

3º La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.

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 considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el 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.

Parágrafo Segundo: Cuando se decrete alguna 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.

Parágrafo Tercero: El Tribunal podrá, atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el Artículo 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del Artículo 589

Artículo 590.- Podrá también el Juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de

ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que esta pudiera ocasionarle.

Para los fines de esta disposición sólo se admitirán:

1º Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia.

2º Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos.

3º Prenda sobre bienes o valores.

4º La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez.

En el primer caso de este Artículo, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el Juez requerirá la consignación en autos del último balance certificado por contador público, de la última declaración presentada al Impuesto sobre la Renta, y del correspondiente Certificado de Solvencia.

Tal como se ha expresado en los artículos reseñados; son requisito sine Qua nom, la concurrencia de todos los elementos para demostrar la apariencia de buen derecho, que las disposiciones normativas que se impugnen realmente vulneran y ponen en riesgo la situación jurídica, económica, social entre otras de cualquier persona y en

consecuencia, legitime su acción y haga procedente que el juez de la causa declare la protección cautelar solicitada.

Es preciso acotar que, la necesidad de que el solicitante de la medida cautelar innominada se asegure de contar con todos aquellos medios de prueba que se tema su desaparición antes del lapso probatorio y que al utilizarlos no solo permitirán el declarar a lugar la medida cautelar sino que también permitirá reunir todos los requerimientos para que definitivamente no se vulneren los derechos de las partes involucradas en el proceso.

Al respecto se puede traer a colación a partir de los artículos 381 al 395 en el Titulo II de La Instrucción de la Causa, Capitulo I. Del lapso probatorio; en el cual se contemplan los lapsos para poder extraer los medios de prueba que se utilizarán en caso de una demanda de cualquier ámbito que así lo requiera en la petición de la aplicación de una medida cautelar innominada.

1.2.4.- Requisitos para la Aplicación de las Medidas Cautelares Innominadas

El Articulo 585 del código de procedimiento civil establece la judicialidad de las medidas cautelares, solo el juez puede acordar es medida, porque estas medidas

necesariamente se traducen en una restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales.

- Para que procedan las medidas preventivas: Que exista un juicio pendiente. No solo basta la presentación del libelo de la demanda, debió ser admitida la misma por el tribunal con posterioridad. Así lo estableció la corte Suprema de Justicia en su fallo del 13/12/1979.

- El Periculum in Mora (Peligro en el Retardo).

  Es la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuida en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o de que de una de las partes pueda causar 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 (Ortiz, 1999:117).

- El Fumus Boni Iuris (Verosimilitud en el Derecho).

Las Medidas Cautelares proceden cuando existe riesgo manifiesto de quedar 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

- Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

Estos requisitos se exigen en el supuesto de que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita cauciones, afianzar o garantizar las resultas del proceso, porque las medidas cautelares pueden causar desastres patrimoniales a las personas contra quien se dirige. Todo esto puede prescindir cuando hay caución. La posibilidad de obtener medidas cautelares sin necesidad de acreditar los requisitos antes mencionados. También se denomina el decreto de Medidas Cautelares con caución o garantía.

Es importante hacer mención de que solo las medidas de embargo de bienes muebles y la prohibición de enajenar o gravar bienes inmuebles pueden obtenerse mediante caución o garantía, es decir que la medida de secuestro no es factible de obtener mediante caución o garantía, puesto que esta medida recae sobre la cosa misma objeto del litigio, y además, una suma de dinero no puede satisfacer la pretensión de las partes.

1.2.5.- Factibilidad de aplicación de medidas Cautelares Innominadas.

Las medidas innominadas, son medidas conservativas y asegurativas que tienden a preservar derechos en los casos siguientes:

· Sobre cuestiones de familia, cuando se hace necesario preservar la comunidad patrimonial de los cónyuges.

· En casos de acciones de naturaleza societaria, de curatela, cuestiones sucesorales o de interdicción.

· En los casos en que se hace necesario ordenar conductas de no hacer o realizar determinados comportamientos. Así en todos otros casos en los cuales se requiera, reúna los requisitos, las pruebas, serán abordados posteriormente de manera detallada en la investigación

Es preciso advertir que en este espacio han sido dejados de lado deliberadamente otros casos en los cuales puede aplicarse una medida cautelar innominada con la intencionalidad de que sena tratados en profundidad a lo largo de la investigación

Por otra parte señala LEGIS "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 aun cuando se hayan agotado todos los derechos ….

Las providencias cautelares innominadas persiguen evitar daños mayores, que estos no se continúen provocando. Las medidas innominadas requieren para su procedencia el "fumus bonis iure" y el "periculum in mora" y además el peligro de que se siga lesionando el derecho de quien lo solicita.

CAPITULO II

LOS MEDIOS PROBATORIOS

La prueba, los Medios Probatorios o los Medios de Prueba en todas las épocas han desempeñado un papel de indiscutible trascendencia dentro de las relaciones jurídicas de los pueblos y han evolucionado a través del tiempo. El derecho no puede subsistir sin este instrumento, ya que es trascendental para ejercer los derechos de una persona.

En ese sentido, Pavón, (2004) afirma que La Prueba, es la comprobación de lo que supuestamente es verdadero y se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o no de otro hecho. La prueba es el medio encaminado hacia un fin, y este medio puede ser completo o incompleto que para el efecto de la prueba testimonial puede ser verdadero, casi verdadero o falso.

Lo cierto es que, la Prueba tiene la finalidad de proporcionar al juez o tribunal el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio. Sin embargo, no bastan las alegaciones de las partes. La prueba procesal se dirige, pues, a lograr la convicción psicológica del juez en una determinada dirección. La prueba, bien puede representar un instrumento o acto que sirve en un proceso para declarar un derecho o puede estar constituida por los medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad.

2.1.- Definición de Medios Probato

Las actuaciones que, dentro de un procedimiento judicial, de cualquier índole, se encaminan a confirmar la verdad o demostrar la falsedad de los hechos aducidos en un juicio. En este sentido, existen distintas vías mediante las cuales se puede evidenciar la presencia de una prueba; los medios corrientes de prueba son: la documental (también llamada instrumental) la de informes, la confesión en juicio, la

testimonial, la pericial, el reconocimiento judicial, el careo y las presunciones o indicios. Los medios de prueba se han de practicar de acuerdo con lo que a cada uno de ellos establecen los códigos procesales. (Osorio, 1963:445).

Por consiguiente, los medios de prueba: lo Comprenden los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba. Gracias a estos medios el Juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se a probar, así sea de forma directa o inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho fuente que se quiere probar" (Echandía, 1972:177).

Ahora bien, partiendo del hecho que el medio probatorio, es el camino en principio utilizado por quien afirma en su beneficio la existencia de un derecho o de un hecho, y justamente es quien está obligado a suministrar la prueba.

Así pues, el solicitante de una medida cautelar innominada o cualquier otra medida preventiva debe justificar su pretensión al presentarse delante del juez durante el lapso probatorio establecido por la Ley. Igualmente debe demostrar la existencia real de tal medio de prueba de manera que pueda lograr resarcir o evitar el daño que pueda causarle a sus derechos durante el litigio, de cualquiera que fuese su naturaleza o proceso.

Si no lo consigue, esto otorga a la contraparte la oportunidad de tomar distintas alternativas no solo para continuar el proceso sin ningún obstáculo posible que interfiera en el juicio sino que le permite llevar a cabo todas las acciones o actos que van en detrimento del solicitante. Pero si se opone una excepción en la demanda, debe a su vez probar los hechos en que se apoya este modo de defensa, en cuanto a la excepción, desempeña el papel del demandante.

En este sentido, el problema del juez no es el de dar la credibilidad a una u otra parte sino de verificar afirmaciones, pues como afirma BENTHAM "el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas" la Roche, (1988)

Por otra parte, el "Medio de prueba es la actividad del Juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y fuente de prueba, al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad" (Carnelutti, 1925:67). Así mismo señala Calvo, (1995:396) "Las condiciones de los medios probatorios son: la legalidad, la oportunidad, la publicidad y la pertinencia".

Igualmente, ha sostenido el Magistrado Cabrera Romero, (1998) lo siguiente: "...En la mayoría de los medios de prueba, el provente al momento de anunciarlos, debe indicar qué hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia a la impertinencia manifiesta..."

A parte de lo anteriormente señalado Ortiz, (1999) agrega la posibilidad de la ampliación de pruebas; beneficio que consiste en: Un juez puede, en vez de negar o acordar la medida, solicitarle al peticiente que complete el caudal probatorio de los requisitos, o que sustituya las pruebas cursantes en autos por otras que sean más convincentes, esto es, ante la insuficiencia, el juez puede exigir que amplíe el material probatorio existente. : PP. 69

2.2.-Fundamentos legales

Referente a los Medios de Prueba se define en el Código Procesal Civil (C.P.C) de la siguiente manera: en el CAPITULO II. De los medios de prueba, de su promoción y evacuación

> **Artículo 395.-** Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la

> demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.
>
> **Artículo 396.-** Dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse, salvo disposición especial de la Ley. Pueden sin embargo, las partes, de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tengan interés.

El lapso ordinario destinado a la evacuación es de 30 días contados a partir de la admisión de las pruebas, o desde que éstas se tengan por admitidas, salvo las excepciones de la ley, entre ellas la del art.396 C.P.C., que autoriza a las partes para hacer evacuar, de común acuerdo, cualquier clase de prueba en que tengan interés, en cualquier estado y grado de la causa; de modo que toda prueba, evacuada fuera del lapso, carece de efecto, por falta de cumplimiento del requisito temporal de realización de la prueba (Rengel,1995:379).

2.3.-Promoción y Evacuación de los Medios Probatorios.

En este caso, el proceso crea una relación jurídica que comienza con la demanda y concluye con la ejecución de la sentencia. Entre el acto inicial y el final transcurren una serie de actos procesales conectados, que se realizan en un periodo dividido en etapas.

Cada etapa contiene los términos o lapsos procesales en los cuales han de realizarse dichos actos, constituyendo un riesgo para la parte lesionada, ya que en cualquiera de las etapas que conforman el proceso puede diluirse la posibilidad de resarcir el derecho lesionado, ya sea porque se de un vicio en el proceso o se haga tardía la administración de justicia, debido a la extensión de esos lapsos procesales. Así lo expone Ortiz (1999) cuando dice:

> Si la función jurisdiccional llega tarde es como si no hubiese llegado, o de otra manera, una justicia tardía es peor que la injusticia, y ello es lo que puede ocurrir cuando por efecto de la tardanza en el proceso de cognición se diluya la posibilidad de ver satisfecha la pretensión definitiva.

Hasta ahora se ha dejado claro que si el solicitante de la medida cautelar innominada no acompaña ésta con prueba alguna de sus afirmaciones o negaciones y del derecho

que reclama ¿cual debería ser la decisión del juez?. Es evidente que si la medida solicitada no cumple con los requisitos exigidos por la ley, el juez debe negarla y la carencia de pruebas es razón suficiente para ello; quizás en una interpretación muy amplia y frente a la carencia de pruebas el juez pueda ordenar al solicitante que las consigne, pero en principio la posibilidad establecida en el artículo 601 del procedimiento civil es para aquellos casos en que la prueba existente sea insuficiente que amerite su ampliación.

Así mismo, otra razón para no admitir la procedencia de la medida cautelar innominada es que la solicitud y la evacuación de las pruebas y los medios de ésta no se llevan en los lapsos requeridos por el ordenamiento jurídico venezolano. En tal sentido se debe tener en cuenta que:

"Vencido los 20 días para la contestación de la demanda, se abre el término probatorio que será: 15 días para promover pruebas, 3 días para impugnarlas u oponerlas, 3 días para que el Juez las admita y 30 días para la evacuación de las pruebas" (Baca, 1995:294).

El lapso probatorio en el ordenamiento jurídico venezolano consta de dos períodos: el de la promoción y el de la evacuación de las pruebas: "Si el asunto no debiere decidirse sin pruebas el termino para las pruebas es de 15 días para promoverlas y treinta para evacuarlas" (Art.392 C.P.C.).

El lapso ordinario destinado a la evacuación es de 30 días contados a partir de la admisión de las pruebas, o desde que éstas se tengan por admitidas, salvo las excepciones de la ley, entre ellas la del art.396 C.P.C., que autoriza a las partes para hacer evacuar, de común acuerdo, cualquier clase de prueba en que tengan interés, en cualquier estado y grado de la causa; de modo que toda prueba, evacuada fuera del lapso, carece de efecto, por falta de cumplimiento del requisito temporal de realización de la prueba (Rengel,1995:379).

CAPITULO III

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS APLICADAS A LA EVACUACIÓN DE UNA PRUEBA CUANDO SE TEMA SU DESAPARICIÓN, ANTES DE QUE EL PROCESO SE ENCUENTRE EN LAPSO PROBATORIO.

3.1.- Referencias Doctrinarias

La justicia, el bien común, la dignidad y libertad del hombre han sido erigidos como fines últimos del Derecho Positivo; presuponen la seguridad para todos los ciudadanos la necesidad de lograr la seguridad jurídica en tanto que el valor de la mediación, como el sillar que hace posible el logro de los fines.

Partiendo del hecho según, La Roche, (2000) quien afirma de manera magistral que…"no puede reinar la justicia en una sociedad en la cual no haya un orden cierto y seguro. No puede reinar la dignidad y la libertad en una sociedad que vive en anarquía". (P.21)

Para la Doctrina de Carneluttí, (1959).el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la liti idad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual sa sición definitiva.

Por su parte, Calamandrei, (1962) sostıene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o preordenación. Para Couture, (1958) la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia.

En su tratado Podetti, (1969) indica que "las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces".

Kisch, citado por Bremberg, señalan que el objeto es "impedir que la soberanía del Estado, en su más alto significado, que es el de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal de los hechos sin resguardar durante todos los lapsos el respeto y los derechos de la partes ".

Ciertamente, todas estas afirmaciones permiten confirmar una vez más que existe ante la ejecución del Derecho y las leyes una lógica que viene inherente a la naturaleza de la convivencia social, el necesario, vital y perenne respeto por los derechos ciudadanos y cumplimiento con los deberes civiles establecidos por las cartas magnas de distintos países; realidad ésta de la cual Venezuela no se encuentra exenta.

En este sentido, los estudios sobre la jurisdicción cautelar versan en los actuales tiempos sobre el ámbito que ocupan la acción de las medidas cautelares sobre las

cuales se viene tiempos remotos haciendo esfuerzos por ampliar su concepto e incluir en él todas aquellas medidas que deben y puedan ser aplicadas como medidas cautelar innominada a la evacuación de una prueba cuando se tema su desaparición, antes de que el proceso se encuentre en el lapso Probatorio de un juicio tienen no sólo carácter ejecutivo sino aquellas que tienen carácter preventivo.

Por consiguiente, en aquellos casos en los cuales exista el latente ó evidente peligro de situaciones de peligro evidente y cierto en la mora, pero que no se encuentren contemplados en ninguna disposición legal del ordenamiento jurídico, así como los escasos ejemplos de Derecho comparado originaron así, en la doctrina e independientemente en la jurisprudencia la necesidad de establecer la figura de del poder cautelar general e igualmente un carácter de medida cautelar innominada que no aparece establecida y determinada como tal en la norma.

Sin embargo, por la precisión que amerita el cumplimiento del ordenamiento jurídico y las leyes se han establecido unas medidas que aunque no sean de nominación especifica ya que no están limitadas; no obstante, son aplicables cuando se teme el grave daño a una de las partes que interviene en un juicio por la dilatación de un proceso judicial, lo que implica que desaparezcan pruebas que contengan un interés de peso para una de las partes y que al desaparecer lesionará los derechos de la otra parte.

Dichas medidas, llamadas innominadas (previamente definidas en su amplitud) cuya potestad decisoria se encuentra en manos del juez que lleve la solicitud, evaluación y aplicación o no de la medida cautelar innominada; se convierten en la providencia preventiva para soslayar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso.

Así mismo estas medidas se encuentran contempladas en el articulo 588 del código de procedimiento civil están establecidas las medidas nominadas e innominadas, las ultimas en el único aparte del articulo, el cual expresamente dice: "Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

Igualmente, un sector de la doctrina procesal civil venezolana considera que las medidas cautelares innominadas pueden decretarse aun sin haberse citado para la contestación de la demanda, puesto que la parte contraria "queda postulada con la sola deducción de la demanda", por lo cual, el carácter o cualidad de parte se adquiere por el hecho de ser sujeto pasivo de la pretensión, con tal de que ésta haya sido admitida, aunque no hubiere mediado citación (Cfr. Ricardo Henríquez La Roche. Código de Procedimiento Civil. Tomo IV, pág. 324).

3.2.- Referencias Jurisprudenciales.

Ortiz, (1991) señala que en las investigaciones que ha realizado se encuentra en hecho de que en ciertos casos en los que el juez a pesar de ser suficientes las pruebas de los requisitos sin embargo ordena una ampliación de pruebas que coloca a la parte en una situación de indefensión. En otros casos, incluso el juez ordena la ampliación de las pruebas estableciendo lapsos o términos que van en contra de la celeridad que debe implicar el procedimiento cautelar. pp.70..

En otos casos el juez ordena la ampliación de una prueba con indicación expresa de otras pruebas que implican términos ultramarinos, o evacuación de testigos fuera de la sede territorial del tribunal. Igualmente, a parte de los requisitos y la existencia suficiente de la prueba; o de la mencionada ampliación de la prueba deben existir así mismo, criterios objetivos para que proceda dicho auto, uno se refiere al tiempo que sería u límite formal; otro se refiere al contenido de las pruebas qué sería un límite material.

"El **fumus boni iuris** 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. La medida cautelar innominada encuentra sustento en el temor manifiesto de que hechos del demandado causen al actor lesiones graves o de difícil reparación y en esto consiste el 'mayor riesgo' que, respecto de las medidas cautelares nominadas, plantea la medida cautelar innominada. El solicitante de una medida cautelar innominada

debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio -siguiera presuntivos- sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto."

3.3.- Procedencia para la aplicación de una medida cautelar innominada a la evacuación de una prueba cuando se tema su desaparición, antes de que el proceso se encuentre en el lapso Probatorio

La mayoría de la jurisprudencia revisada señalan o se afirma acuerdo a las sentencias sancionadas; definitivamente para que el tribunal acuerde declarar procedente una medida cautelar innominada deben concurrir todos los requisitos exigidos en los artículos 585, y 588 del código orgánico procesal civil ; además debe quedar claro que la violación o daño que se quisiera causar a la parte afectada en el proceso no coincide con daños ocasionados a Derechos constitucionales que le corresponden por ser ciudadano Venezolano.

Tal como lo sucedido en la medida solicitada contra la resolución Nª 027.99 de fecha 18 de Enero de 1999 dictada por la superintendencia de Bancos y otras Financieras… la corte se pronunció con respecto a la apelación interpuesta contra la sentencia dictada por el tribunal de la carrera administrativa en fecha 12 de Diciembre de 1999 que declaró firme la medida cautelar innominada declarada procedente por dicho tribunal en fecha de octubre de 1999. Donde se hizo constar que la accionante tenía 4º semanas de embarazo…ante este caso expresó el

sentenciador que en el supuesto caso concurren los supuestos que configuran la procedencia de la medida cautelar innominada

Ahora, que la Corte se pronunciara en el mismo acto sobre la admisibilidad del recurso que la motiva. Ello constituye una aproximación al dessideratum legal, plasmado en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, referido a que toda medida cautelar puede ser decretada "en cualquier estado y grado de la causa", es decir, desde que es admitida la demanda hasta el vencimiento del plazo concedido por el juez de la ejecución, para el cumplimiento voluntario de la sentencia.

El solicitante de una medida cautelar innominada debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio -siguiera presuntivos- sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto. Esto debido al hecho de la amplitud que presentan éstas medidas cautelares para ser aplicadas; se puede traer a colación el caso de la actriz agraviada por la invectiva decorativa de un pintor Parisién. Esta experiencia jurisprudencial es citada por La Roche, (2000), quién escribe:

> “Tratábase del propietario de un centro de recreo nocturno de parís que había encomendado a un pintor decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátira y ninfas; el pintor, con el objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podría presentar facetas primitivas y los cuerpos

> fácilmente visibles, con representaciones mundanas. Una de las actrices invitadas se ofendió la verse pintada como una ninfa que danzaba en ropas ligeras e inició un juicio civil contra el dueño del local, para que considerara borrar la figura ultrajante y el resarcimiento de los daños y de momento solicitó ante la demorar del juicio colocar otra fotografía con su imagen…P.68

Ciertamente, esta medida fue aplicada tal y como lo solicitó la actriz; pero no por la pena sencilla y básica sino porque tal como se ha dejado claro a lo largo del estudio para que se apliqué una medida cautelar innominada deben comulgar todos los elementos, requisitos claves; de manea que pueda contar con la aprobación del juez para ejecutar tal medida preventiva que si bien no se cataloga con una nominación especifica e incluso se pudiera considerar por algunos juristas como un asunto de trato doméstico también es cierto que existe claros indicios de que estos asuntos de la vida pública y privada pueden tomar un cuerpo y generar ramificaciones o conflictos que debido a la dilatación del juicio una de las partes puede causar daño a la otra con sus acciones.

En este sentido, cuando se habla de aplicar las medidas cautelares innominadas se trata del aseguramiento de derechos inalienables y respeto de los derechos individuales, como el caso de la actriz agraviada señalada anteriormente y para ello es necesario llevar a cabo un conjunto de acciones procesales que en la prontitud

posible permita a una de las partes salvar y protegerse en sus derechos durante el desarrollo de un juicio que pueda durar una espacio de tiempo en el cual pueden sucederse actos que perjudican a las partes y dañan el debido proceso humano que está implícito en el derecho.

CONCLUSIONES

Del presente trabajo se puede concluir, que las Medidas Cautelares innominadas, son mecanismos que tienen las partes de un juicio a su disposición para de esta manera asegurar los resultados de un juicio. En tal sentido, este recurso es un mecanismo necesario para garantizar previamente aunque haya tardanza procesal, la decisión jurisdiccional será eficaz

Para que dichas medidas procedan, el juez debe constatar que exista riesgo manifiesto de que el fallo quede ilusorio y que la parte que solicito la medida, acompañe la

misma con un medio de prueba suficiente que constituya presunción del derecho que se reclama.

De acuerdo a la revisión documental realizada y su necesaria interpretación Las medidas innominadas existen en infinidad de modalidades lo que hace difícil su clasificación, ya que estas dependen de la facultad del juez de acordarlas cuando lo considere procedente.

Por otro lado, es preciso concluir que los estados o etapas del procedimiento se encuentran preestablecidos en la normativa procesal vigente con la finalidad de enterar a las partes de los lapsos aptos y legales para llevar a cabo todas las actividades necesarias para hacer valer el derecho recurrido.

Igualmente, uno de estos lapsos es el probatorio estipulado en los artículos 388 y siguientes del código de Procedimiento Civil Venezolano, este lapso es "el plazo dentro del cual la ley permite promover las pruebas y evacuarlas. En el término ordinario es de 15 días para promover y 30 para evacuar" (Basca,1995,290)

Ahora bien, en la jurisprudencia revisada la existencia pruebas privilegiadas que pueden ser evacuadas por acuerdo de las partes en cualquier estado y grado de la causa, estas pruebas son: la confesión, el juramento decisorio y la prueba instrumental en sus diversas formas. Queda claro entonces que para este tipo de medios

probatorios existe la posibilidad de evacuarlos fuera del lapso con la petición de ambas parte por un acuerdo entre las mismas.

Por estar las medidas cautelares establecidas tanto explícita como implícitamente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe entenderse que dichas medidas actúan en delegación del juez, pero dicha delegación solo ocurre relación con la fase de conocimiento, verificación de las pruebas y con la reunión de todos requisitos.

Sobre la base de lo establecido en la constitución y las leyes se puede concluir que salvo disposición en contrario de las partes, el árbitro podrá decidir sobre la aplicación de medidas cautelares para asegurar su decisión final, pero una vez decretada la medida, el Tribunal o las partes con aprobación de éste deberá acudir ante el Tribunal Ordinario que hubiere conocido del caso, para que este proceda a ejecutar la sentencia.

Por último, se debe señalar que los procedimientos para la aplicación de las medidas cautelares innominadas y nominadas, son muy similares, a otras medidas previstas en la constitución y las leyes para salvaguardar el respeto de derechos individuales, sociales y políticos, ya que están delegadas a la potestad del juez para dictar las medidas, debe llevar un procedimiento riguroso en sus aspectos formales y aquellos inscritos en la lógica jurídica.

Finalmente, se debe resaltar que la importancia significativa que reviste la aplicación de las medidas cautelares en la ejecutorieridad de un proceso judicial; no obstante dependerán de las pruebas que tendrán una razón de ser que va más allá de su sentido técnico. La verdadera razón de ser de las pruebas se da debido a que se debe comprobar o no la veracidad de la información suministrada por el demandante.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFIAS

Textos:

Bello, H. (1995): **Teoría General del Proceso**. Ediciones Móvil Libros. Caracas, Venezuela.

Cabanellas, G. (1989): **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

Calamendri, Piero, (1962): **Instituciones de Derecho Procesal Civil.** trad. Por Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires). Editorial bibliográfica Argentina.

Calello, H. (1996): **La Investigación en las Ciencias Humanas.** Fondo Editorial Tropykos. Caracas, Venezuela.

Calvo, E. (1995): **Código de Procedimiento Civil Venezolano**. Ediciones Libra. Caracas, Venezuela.

Campo, J. (1989): **Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo.** Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Carnelutti, F. (1959): **Instituciones del Proceso Civil.** Ediciones jurídicas Europa – América. Buenos Aires, Argentina.

Couture, Eduardo, (1958): **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 2da Edición. Póstuma. Monevideo

Cuenca, H. (1976): **Derecho Procesal Civil.** Ediciones de la Biblioteca. Caracas, Venezuela.

Gutiérrez, E. (1974): **Elementos esenciales para un sistema de Medidas Cautelares.** Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, Colombia.

Hernández y otros. (1998): **Metodología de la Investigación**. Editorial McGraw-Hill. México.

La Roche, Ricardo(1988). **Medidas cautelares**. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo.

Londoño, A. (1962): **Embargo y Secuestro.** Pontificia Universidad Javeriana. Tesis de Doctorado. Bogotá, Colombia.

Ortiz, R. (1997): **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas**. Paredes Editores. Caracas, Venezuela.

Ortiz, R. (1999): **Las Medidas Cautelares Innominadas**. Tomos I y II. Paredes Editores. Caracas, Venezuela.

Osorio, M. (1963): **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Editorial Obra Grande S.A. Uruguay.

Podetti, Ramiro (1969): **Tratado de las Medidas Cautelares.** Tomo 4º de su obra "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral"; 2da Edición. Buenos Aires.

Quintero, G. (1961): **Medidas Preventivas.** Editorial Fabretón. Caracas, Venezuela.

Rengel, A. (1995): **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano.** Tomos I, II, III. Editorial Arte. Caracas, Venezuela.

Rojas, Maria (2001**): Posibilidad de aplicación de Medidas Cautelares en Juicios Procesales**. UCAB: Caracas

Sabino, C. (1996): **El Proceso de Investigación**. Panamericana Editorial. Bogotá, Colombia.

Textos legales

Código de Procedimiento Civil de Venezuela comentado. Emilio Calvo Baca. Ediciones Libra.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la **República Bolivariana** de **Venezuela**. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000

Enciclopedias:

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OPUS. Ediciones LIBRA. Caracas- Venezuela. TOMOV: J-O. S/ Fecha de Edición.

Artículos de Revista:

Cabrera Romero, Jesús e, (1997). Revista No. 9 "Derecho Probatorio." Editorial Jurídica Alva S.R.L, Caracas

PAVÓN MENSÍAS FABIÁN. (2004). **Definición de testimonio y testigo.** Diario "La hora" Quito Ecuador. Temas de Derecho Procesal Penal. Disponible en: Http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/D.P.Penal.76.htm

Datos Electrónicos:

Buscar en Investigación Documental. disponible (http://tesis.gepsea.org/lect1.htm; tomado el 28 /10/04).

(Texto completo de la sentencia de la Corte en Pleno de fecha 16 de junio de 1998, Leongines Arellano Barrientos y otros, Expediente N° 900). Disponible en : http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/CP/cp16061998-900.html