



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO PROCESAL**

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL
ARTÍCULO 466 DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Presentado por
Ramírez Ramírez Maritza

Para optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal

Asesora
Ramírez Duque Sonia

San Cristóbal, octubre de 2013



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO PROCESAL**

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogada **Maritza Ramírez Ramírez** titular de la cédula de identidad N° V- 9.221.603 para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título definitivo es: **“Inconstitucionalidad del Parágrafo Segundo del Artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”**; y manifiesto 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 San Cristóbal, a los 26 días del mes de octubre de 2013.

Abog. Sonia Ramírez Duque

C.I. V- 5.347.513

DEDICATORIA

Al Padre Eterno, por su infinita
misericordia al permitirme cristalizar
esta meta.

A mi madre Juana María, quien me
ha cubierto de amor y cuidados a lo largo
de mí existir.

A mis hijas Sindy Mayle y Mariul
Alejandra, mis dos grandes tesoros y mi
mayor estímulo para seguir superándome
cada día.

Sin ustedes, no lo habría logrado...

Con todo mi amor, Dedico.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO PROCESAL**

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL
ARTÍCULO 466 DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Autora: Abog. Maritza Ramírez Ramírez

Asesora: Abog. Sonia Ramírez Duque

Fecha: septiembre de 2013

RESUMEN

Con el objeto de determinar si el parágrafo segundo del artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes está viciado de nulidad, la presente investigación hizo un análisis del contenido y alcance de las medidas cautelares, las medidas preventivas en materia de niños, niñas y adolescentes, las medidas preventivas previas al proceso y el derecho a la defensa, estableciendo el nexo existente entre la referida norma y el mencionado derecho constitucional. La metodología aplicada es un estudio monográfico, con una investigación analítica, crítica y de desarrollo conceptual, sustentado en la revisión bibliográfica de textos legales, jurisprudenciales y doctrinales. Los resultados obtenidos son de gran importancia, porque determinaron que el parágrafo segundo del artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, es inconstitucional, porque vulnera una garantía fundamental de carácter procesal como es el derecho a la defensa. Con esta investigación se está aportando un instrumento útil, de orientación lógica y racional en materia de medidas preventivas-cautelares, acorde con los principios constitucionales vigentes.

Palabras clave: medidas cautelares. Medidas preventivas en materia de niños, niñas y adolescentes. Medidas preventivas previas al proceso. Derecho a la defensa.

Índice General

	PP.
APROBACIÓN DEL ASESOR.....	i
DEDICATORIA	ii
RESUMEN.....	iii
Índice General	iv
Lista de Siglas	vi
Introducción	1
I. Análisis de las Medidas Cautelares	4
Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares.....	4
Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares.....	10
Medidas cautelares como proceso.....	11
Medidas cautelares como acción cautelar.....	11
Medidas cautelares como resolución cautelar (sentencia o providencia).	12
Medidas cautelares como procesos de prevención, de urgencia y cautelares.....	12
Finalidad de las Medidas Cautelares.....	14
Características de las Medidas Cautelares	16
Clasificación de las Medidas Cautelares.....	19
Condiciones de procedibilidad.....	23
Alcance de las medidas cautelares.....	25
Exigencia de la propiedad de los bienes afectados.	25
Clasificación de las medidas cautelares.....	26
Medidas cautelares típicas.	26
Medidas cautelares complementarias.....	28
Medidas cautelares atípicas o innominadas.	29
Oposición y suspensión de las medidas cautelares atípicas o innominadas.	30
Procedimiento para la suspensión o decreto de las medidas cautelares de embargo y prohibición de enajenar y gravar, mediante caución o garantía.....	32
Trámite de la oposición de las medidas cautelares.	34
II. Medidas Preventivas y Cautelares en la Ley Orgánica para	38
Fundamento Legal de las Medidas Preventivas y Cautelares en Lopnna.....	38
Pactos y Convenios Internacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes	45
Clasificación de las Medidas Preventivas y Cautelares en la Lopnna	50

Medida de restitución de la custodia al padre, la madre o terceras personas que ejerzan la responsabilidad de crianza en caso de retención indebida del niño, niña o adolescente.	51
Medida de colocación familiar.....	51
Medida de separación de la persona que maltrate al niño, niña o adolescente de su entorno.	52
Medida de retención de pasaporte.....	53
Medida de autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.	54
Trámites de las Medidas Preventivas y Cautelares en la Lopnna.....	55
III. Medidas Cautelares Previas al Proceso en la en la Ley Orgánica para	58
Fundamento legal de las Medidas Cautelares Previas al Proceso.....	58
Definición y finalidad de las medidas cautelares previas al proceso en la Lopnna	59
Clasificación de las Medidas Cautelares Previas al Proceso	62
Medidas Cautelares Previas al Proceso en otras Legislaciones	65
IV. Contenido y Alcance del Derecho a la Defensa	68
Fundamento Legal del Derecho a la Defensa	68
Definición del Derecho a la Defensa	73
Contenido del Derecho a la Defensa.....	78
V. Nexos existentes entre el Parágrafo Segundo del Artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y el Derecho a la Defensa.....	84
Fundamento Legal de las Medidas Cautelares Previas al Proceso	84
Vacío Legal dejado por el Legislador en la Redacción del Parágrafo Segundo del Artículo 466 de la Lopnna.....	85
Vulneración del Derecho a la Defensa por el Vacío Legal existente en la Redacción del Parágrafo Segundo del Artículo 466 de la Lopnna	86
Referencias Bibliográficas	90

Lista de Siglas

CPC.	Código de Procedimiento Civil.
CRBV.	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
LOPNNA.	Ley Orgánica para la Protección de Niños. Niñas y Adolescentes.
TSJ.	Tribunal Supremo de Justicia.

Introducción

Las medidas cautelares son un importante elemento que contribuye a la preservación del estado de Derecho y la legitimación del Estado mismo, cuya finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los justiciables, y, su finalidad mediata es la futura ejecución y efectividad de la sentencia que habrá de dictarse en el mismo. En la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA, 2007), el legislador denomina “medidas preventivas” al extenso catálogo de medidas previstas en la ley, sin hacer diferenciación alguna entre las dictadas por la autoridad administrativa, las decretadas durante el proceso, o las que son dictadas en forma previa al proceso.

Para decretar cualquier medida preventiva en forma previa al proceso, según lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 466 de la LOPNNA, el legislador ha establecido como único requisito, que el solicitante presente la respectiva demanda dentro del mes siguiente al decreto de la medida, (caso contrario, la misma debe ser revocada al día siguiente), sin exigir el cumplimiento de otros requisitos como el señalamiento del derecho reclamado y la legitimación que se tiene para solicitarla, requeridos en los procesos relativos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de la ley, o, 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, exigidos en los demás casos.

Tampoco estipula la norma si el afectado puede oponerse a la medida preventiva decretada en su contra, sumado el hecho de no establecer su notificación, que es el punto de referencia para la iniciación del cómputo del lapso de cinco (5) días para oponerse, según lo estipula el artículo 466-C de la LOPNNA, todo lo cual conllevó a preguntarse: ¿Que derechos constitucionales vulnera el párrafo segundo del artículo 466 de la LOPNNA? Para despejar la anterior interrogante, en la presente investigación se realizó un análisis del

contenido y alcance de la referida disposición legal; asimismo, se efectuó un análisis del contenido y alcance de las medidas cautelares, de las medidas preventivas en materia de niños, niñas y adolescentes, de las medidas preventivas previas al proceso y del derecho a la defensa, para establecer el nexo existente entre la mencionada norma y este derecho constitucional.

Los resultados obtenidos son de gran importancia, porque determinaron que el párrafo segundo del artículo 466 de la LOPNNA, es inconstitucional, ya que vulnera una garantía fundamental de carácter procesal como es el derecho a la defensa, previsto en el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), con lo cual se está identificando un problema que está afectando significativamente el extenso campo de las relaciones interpersonales donde se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes en nuestro país, por lo que se recomienda como solución inmediata, la desaplicación en el caso concreto de dicha norma, a través del control difuso establecido en el artículo 334 constitucional, y como solución mediata, la nulidad por inconstitucionalidad de la referida norma, a través del correspondiente recurso de nulidad.

El informe final del trabajo especial de grado, se encuentra estructurado en tres (3) partes: **Las páginas preliminares**, que comprenden: **el título o portada**, donde se identifica la universidad, el título definitivo del trabajo, el grado académico al cual se está optando, los nombres y apellidos del autor y asesor y el lugar y fecha de la presentación; **la constancia de aprobación suscrita por el asesor**, indicando que ha leído el contenido del informe y que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser evaluado por el jurado; **la dedicatoria**, a las personas que se desea honrar con el trabajo; **el resumen**, donde se expone el tema seleccionado y la situación problemática, el objetivo general de la investigación, la importancia del trabajo, la metodología que se siguió, y las palabras clave que describen el contenido; **el índice de general**, que configura una relación de los títulos de las ideas de primer, segundo y tercer grado; y, **la lista de siglas**, conformada por las abreviaturas efectuadas a

través de las iniciales de leyes e instituciones.

Asimismo, incluye el **cuerpo del proyecto**, conformado por: **la introducción**, contiene en forma general el conjunto de ideas que se trató de demostrar, su estructura ideológica, la explicación del por qué, el cómo, el dónde y el cuándo se realizó el trabajo; el origen de la investigación con la idea central, los objetivos, importancia del trabajo, alcances y limitaciones; la metodología; asimismo, se realiza una estructura del proyecto; **los cinco capítulos** titulados: Análisis de las Medidas Cautelares, Medidas Preventivas y Cautelares en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Medidas Cautelares Previas al Proceso en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Contenido y Alcance del Derecho a la Defensa, y, Nexos existentes entre el Parágrafo Segundo del artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y el Derecho a la Defensa; **Conclusiones y Recomendaciones**, que contienen una demostración general, conclusión general, elaborada mediante conclusiones particulares y específicas, e interrelación de las conclusiones parciales, y las sugerencias correspondientes.

Finalmente, se encuentran **las referencias**, que incluyen **las referencias bibliográficas**, conformadas por las fuentes que han sido materialmente citadas en el cuerpo del informe final, presentadas en una lista por orden alfabético.

Capítulo I

Análisis de las Medidas Cautelares

Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares

Aunque en el Derecho Romano no se conocían las medidas cautelares tal y como son concebidas actualmente, se puede afirmar que el antecedente histórico más remoto de éstas, lo constituye la *pignoris capio* de la primera etapa del derecho romano, y consistía en la toma por el acreedor como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda, y constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de las *Legis Actiones*; representando igualmente, un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su *imperium*, para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Posteriormente, las *Legis Actiones* fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, mediante el cual, 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. Cabe destacar que la medida más antigua del derecho escrito es el secuestro del derecho romano, consistente en la entrega en manos de un tercero *secuester*, de la cosa objeto de la controversia entre dos o más personas, para conservarla y devolverla al vencedor en el juicio.

En el Derecho Español, se encuentran las Siete Partidas, sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera, se estipulaban normas sobre materia procesal, donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, y si el comprador había tenido conocimiento previo de la demanda, debía perder el precio que había pagado por ésta, asemejándose esta medida al secuestro de la cosa litigiosa, al prohibirle al demandado disponer de la cosa sobre la cual versaba la litis. Asimismo, los primeros vestigios de la medida del arraigo se hallan en la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el procedimiento de Tribunales y Juzgados de la República, pero no

previó de modo especial las medidas preventivas, dejándolas 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 bastantes para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo.

Con respecto a nuestro ordenamiento procesal, tuvo su inicio gracias al esfuerzo del licenciado Aranda, quien fue el artífice de nuestro primer código especializado, el Código de Procedimiento Judicial del 12 de mayo de 1836, con influencia tanto de la legislación española como de la francesa, en el cual se establecieron los principios generales de las medidas preventivas, y se refería al secuestro y al arraigo, incluyendo el derecho del demandado a pedir que el demandante afianzara las resultas del pleito, ante el fundado temor de que se ausentara fuera del país.

Es este orden de ideas, Henríquez (2000), da a entender que las medidas cautelares tienen su origen en los juicios de carácter ejecutivo, nacen ante la necesidad de anteponer en el tiempo los efectos ejecutivos de un fallo, frente al peligro que supone la mora del juicio de conocimiento y el temor de daño inminente por parte de aquél contra quien obra. Posteriormente, las medidas cautelares se apartan del juicio ejecutivo y adquieren una fisonomía procesal distinta, con efectos indistintamente ejecutivos y declarativos. El **secuestro** del derecho romano, ha sido la medida más antigua del derecho escrito, consistente en la entrega en manos de un tercero *sequester*, de la cosa objeto de la controversia entre dos o más personas, para conservarla y devolverla al vencedor. La legislación de Alfonso El Sabio, acogió el antiguo concepto del derecho romano.

Asimismo, de lo aseverado por Henríquez (2000), puede inferirse cuál es el desarrollo histórico de las medidas cautelares típicas en el derecho positivo: en cuanto al **arraigo**, sus primeros vestigios se hallan en la Ley del 13 de mayo de 1825; con relación a las medidas de **secuestro** y **embargo**, el Código de Procedimiento Judicial Arandino, confundía en una sola enumeración sus causales, sin diferenciar

las de uno u otro; en lo concerniente a la medida de **prohibición de enajenar y gravar**, su origen se remonta al derecho romano, con la **prohibición de innovar**; con respecto a la **garantía** para neutralizar o impedir el efecto de la medida, proviene del **Código Arandino**, donde había dos **medios de contracautela**, el primero le permitía al demandado pedir que el actor afianzara las resultas del pleito, y es el antecesor de la actual *cautio iudicatum solvi*; y el segundo medio, consistía en el levantamiento con caución, tal y como se establece en el Código de Procedimiento Civil (CPC, 1986) vigente.

Sobre el origen de las medidas cautelares, Aguiar (1994), afirma que son:

Reputadas de modernas en su origen, las medidas cautelares cuentan sin embargo con una larga tradición en la legislación interna de los Estados y anudan con figuras equivalentes en el antiguo Derecho romano, como la *pignoris capio*, las estipulaciones aseguratorias (*stipulationes pretoriae*) o la *missio in possessionem*; instituida esta última como ´medida conservatoria (...) en interés de los acreedores o de personas con derechos presuntos a una sucesión, que autoriza la detención material de todo o parte de los bienes del causahabiente´.

(...)

Los antecedentes de las medidas provisionales en el Derecho de gentes parecen encontrarse, primeramente, en el convenio que instituyó en 1907 la Corte de Justicia Centroamericana y, más luego, en los Tratados de Bryan suscritos a partir de 1913 por iniciativa de los Estados Unidos. En todo caso, las medidas cautelares aparecen consagradas en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, hoy Corte Internacional de Justicia (CIJ), así como en la norma del artículo 40 de la Carta de San Francisco referida a las potestades del Consejo de Seguridad en cuanto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. (pp.19- 20).

Sánchez (1995), da a entender que el antecedente histórico más remoto de las medidas cautelares, lo constituye la *pignoris capio* de la primera etapa del derecho romano, que representaba una especie de embargo ejecutivo aplicable a casos especiales. La medida más antigua del derecho escrito es el **secuestro**, mediante el cual, se le hacía entrega de la cosa litigiosa al *sequester*, cuando había discusión sobre la misma, con la obligación de conservarla y devolverla al vencedor en el juicio. En la **Tercera de las Siete Partidas de Alfonso “El Sabio”**, en la regulación del proceso, se incluye lo que podría considerarse como el origen de las medidas cautelares. **En la Ley del 13 de Marzo de 1825**, anterior al Código de Aranda, se establecía una medida preventiva consistente en el apremio de prisión al demandado si no indicaba bienes suficientes para garantizar el pago del crédito, ofrecer fianza para el pago o ceder bienes con igual finalidad, estipulándose allí, la figura de las medidas preventivas para asegurar las resultas del juicio.

Villarreal (1997), permite deducir que el antecedente histórico de las medidas cautelares se remonta a la *Pignoris Capio*, procedimiento mediante el cual, el acreedor tomaba como garantía, determinados bienes del deudor, para constreñirlo al pago de su deuda, y constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la *legis actiones*. Posteriormente las *legis actiones* fueron reemplazadas por el **procedimiento formulario**, donde el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia de las partes, concretando sus pretensiones en el litigio, indicándole al juez la cuestión a resolver, otorgándole el poder de juzgar. También en las **Siete Partidas** sancionadas por el Rey Alfonso “el Sabio” de España, específicamente en la Tercera Partida, se encuentran normas en materia procesal en las que se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, dicha enajenación era nula, y el comprador perdía el precio pagado por ésta si tenía conocimiento previo de la demanda.

Jiménez (1999), da a entender que nuestro derecho proviene del derecho romano, y que en su etapa del **procedimiento formulario u ordinario**, se podían

ejercer las siguientes acciones: *actio sacramenti*, *judicis postulatio*, *conditio*, *manus inyectio* y *pignoris capio*, siendo en la última donde encontramos ciertas raíces de las medidas cautelares, mediante un procedimiento donde cualquier acreedor tomaba a título de garantía, algunos bienes del deudor hasta que éste cancelara su obligación. Asimismo, en la legislación española se encuentran las **Siete Partidas** dictadas por Alfonso el Sabio, en las que se configura lo que se denomina medida cautelar. **En la Tercera Partida y la Ley Trece**, se evidencian los tipos de medidas cautelares y las condiciones para su procedencia, por lo que se podría asegurar, que fue allí donde por primera vez se les califica con el contenido y objetivo actual, y además, fueron las que sirvieron de fuente a Francisco Aranda para proyectar las medidas cautelares en nuestro primer Código de Procedimiento Civil, dictado el 12 de mayo de 1836, denominado **Código Arandino** en su honor.

Concepto de Medida Cautelar

Las medidas cautelares, además de contribuir a la preservación del estado de Derecho y la legitimación del Estado mismo, proporcionan la seguridad para el titular del derecho, de que, la ejecución de la sentencia dictada por el juez no será ilusoria, y la justicia no se verá burlada, ante la posibilidad de que la parte que se sabe vencida se deshaga de sus bienes. Su finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso judicial, y, mediatamente, la futura ejecución y efectividad del fallo que habrá de dictarse en el mismo.

En el orden de las ideas anteriores, Calamandrei (1945), afirma que la definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal:

ha de buscarse, más que a base de un criterio antológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que éstos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que puedan

ceder el puesto o los efectos de la providencia principal. (p. 137).

Aguiar (1994), permite deducir que las medidas cautelares, provisionales, asegurativas, precautelativas o conservativas, son “la expresión concreta de un principio general de derecho procesal que ordena garantizar el equilibrio de las partes en todo litigio y permite que la jurisdicción realice, en la práctica, las consecuencias de la responsabilidad sujeta al contradictorio.” (p. 19). Sostiene que, especialmente las medidas cautelares de carácter civil como la prohibición de enajenar y gravar bienes, el secuestro, el embargo y el arraigo, tienden a asegurar los derechos del litigante que las solicita en el juicio, ante el fundado temor que los mismos puedan ser burlados por las maquinaciones de su adversario y garantizar que se haga efectiva la responsabilidad del obligado, toda vez que evita que el deudor realice traspasos simulados y falsas enajenaciones.

Por su parte, Quiroga (1985) da a entender, que existen muchas cautelas que son algo embrionario porque en unos casos aseguran un peligro inmediato sin llegar al punto de la sentencia, como las cauciones, y en otros, porque pudieran constituir un proceso autónomo, que por el principio de economía procesal, la sentencia debe resolver sobre dichas situaciones, asevera que cautelarmente pueden tomarse antes del fallo definitivo, y concluye afirmando que “ la medida cautelar es, pues, el acto de aseguramiento de actuaciones procesales específicas a los efectos secundarios del proceso principal.” (p. 266).

Para Ortiz (2002), las medidas cautelares son:

El conjunto de medidas preventivas cuya finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso judicial, y, mediatamente, la futura ejecución y efectividad del fallo o la sentencia que habrá de dictarse en el mismo. (p. 134).

Asimismo, Reyes (2012), afirma que en el campo jurídico, se entiende como tales:

aquellas providencias que el legislador ha consagrado para que la parte vencedora no quede burlada en su derecho; se les ha denominado como precautelativas, asegurativas o provisionales pero, haciendo abstracción de las diferencias semánticas, lo cierto es que su finalidad primordial es la de evitar que la parte vencedora quede sólo con una sentencia a su favor. (p.4).

Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares

No es una fase diferente al proceso declarativo, sino una actividad procesal que se realiza durante la tramitación del proceso declarativo principal. Siempre se ejecuta y se solicita cuando se está tramitando un juicio principal, donde el juez podrá denegarla o admitirla. Por tanto, las medidas cautelares son instrumentales de un proceso principal.

Se trata de un tipo de tutela procesal, que se concede durante la tramitación de un proceso principal, dentro de lo que la doctrina denomina proceso cautelar. Su función no es otra, que asegurar el cumplimiento de la sentencia que se dictará en el juicio principal. Todas las medidas cautelares son instrumentales, lo que significa, que no tienen finalidad propia, sino que van destinadas a asegurar el cumplimiento de la sentencia del juicio principal, y cuando éste se extingue, también lo hace la medida cautelar que se hubiese establecido.

En este orden de ideas, Calamandrei (como se cita en (Henríquez 2000)), permite inferir que la característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad, considerando que ellas no son nunca fines en sí mismas, ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, aunado que constituyen una ayuda y auxilio a la providencia principal, afirmando que la instrumentalidad puede definirse como ayuda de precaución anticipada y provisional. Finalmente, Henríquez (2000) señala que los elementos que conforman la definición de providencia cautelar son tres:

primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido

con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y tercero, sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente. (p. 39).

Medidas cautelares como proceso.

Con relación a este punto (Sánchez 1995 y Villarroel 1997), coinciden al dar a entender que se trata de una tesis sostenida por Carnelutti, para quien las cautelares constituyen un verdadero proceso que corre paralelo al proceso principal, atendiendo a la tradicional clasificación de las acciones en declarativas, de condena y cautelares, contraponiendo la acción cautelar a la acción definitiva, al igual que el proceso cautelar al proceso definitivo, afirmando que tal proceso no es un *tertium genus* entre el proceso jurisdiccional y el definitivo, sino una variedad del uno y del otro, y que estas medidas provisionales fueron creadas para evitar los daños irreparables por lo largo de los procesos y las denominó conservativas e innovativas. Otros seguidores de esta corriente son: Fairén Guillén, autor del Anteproyecto de Código Procesal Civil para España, y Buzaid, autor del proyecto para Brasil.

Medidas cautelares como acción cautelar.

Con respecto a este punto (Sánchez 1995 y Villarroel 1997), coinciden al considerar que esta tesis sostenida por Chiovenda, para quien el poder jurídico de obtener una de esas resoluciones, es una forma autónoma de acción (aseguradora), que no puede ser considerada como accesorio del derecho asegurado (cautelado), porque existe como poder actual, cuando aún se desconoce si aquel derecho existe. Por su parte, su discípulo Liebman, asevera que a las funciones de cognición y ejecución de la jurisdicción, se agrega la actividad cautelar, dirigida a asegurar y garantizar el eficaz desenvolvimiento de las otras dos, denominada “acción cautelar”. Mientras que Couture y Reimundín disienten de su posición, afirmando que dicha clasificación es tan sólo didáctica, ya que el concepto de acción procesal es único,

abstracto e indivisible.

Medidas cautelares como resolución cautelar (sentencia o providencia).

En lo concerniente a este punto (Sánchez 1995 y Villarroel 1997), coinciden en señalar que esta tesis es sostenida por Calamandrei, para quien las providencias cautelares nunca constituyen un fin en sí mismas, ya que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, y al resultado práctico que aseguran preventivamente, por lo que constituyen el instrumento que acerca los medios para asegurar el éxito de la resolución definitiva, sosteniendo además su “instrumentalidad hipotética” (garantía de la garantía). Mientras que Couture, considera que la categorización de las cautelares como providencia, principalmente se debe a su ubicación en el derecho positivo, y le confiere a la sentencia cautelar la categoría de garantía autónoma dentro de las resoluciones judiciales, con base en que al dictarse *inaudita altera pars*, constituye un procedimiento unilateral, de conocimiento sumario, promovido a petición de parte interesada. Por otra parte, Podetti advierte que el carácter instrumental asignado por Calamandrei, deja de lado algunas que sí obtienen su finalidad, como en el caso de la guarda de las personas. Por otro lado, Di Iorio considera que se puede excluir el concepto de la sentencia cautelar, por ser un acto procesal que es parte de un todo.

Medidas cautelares como procesos de prevención, de urgencia y cautelares.

En lo relativo a este punto (Sánchez 1995 y Villarroel 1997), coinciden en dar a entender, que esta tesis es sostenida por la corriente moderna, encabezada por Reimundín, Bremberg y Di Iorio, según los cuales, la tutela preventiva aparece como contrapartida al ejercicio de la función represiva por parte del Estado, para garantizar la paz social. Y mientras para unos se trata de una tutela jurisdiccional preventiva, dirigida a proteger derechos que aún no han sido lesionados, desprendiéndose entonces que una de sus características es la autonomía, prevaleciendo su no instrumentalidad porque contienen un fin en sí mismos; para otros, su contenido es de una tutela jurisdiccional de urgencia, que protege

situaciones donde el derecho aparece ya lesionado y para cuya reparación y restablecimiento de la situación jurídica infringida es necesario tomar medidas inmediatas, poniendo de manifiesto que sus características sean la celeridad del trámite y la posibilidad de revisión de la decisión *a posteriori*.

Con respecto a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), mediante sentencia N° RC.00239, de fecha 29-04-2008, dictada en el Expediente N° 07-369, con ponencia de la Magistrada Isbelia Josefina Pérez Velásquez, en el Recurso de Casación instaurado por la Económica y otras, contra del Sur Banco Universal, C.A. y otras, publicada en su página Web, estableció lo siguiente:

Ahora bien, cabe destacar que dichas medidas son ejercidas en forma autónoma, y tramitadas en cuaderno separado, no obstante esto no quiere significar que son ajenas o aisladas del juicio principal, por el contrario, **una de sus características más resaltantes es la instrumentalidad respecto de aquél, es decir, auxilian o ayudan a la decisión principal, anticipando y previniendo los efectos de una decisión definitiva, a la cual se encuentra subordinada su eficacia. En ese sentido, es importante señalar, que las medidas cautelares están limitadas a esa función cautelar *per se*, la cual aparece claramente definida por el legislador en los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual es de estricto cumplimiento por los jueces en ejercicio de tal función. (...)** De lo contrario, atentaría contra la verdadera esencia de las medidas preventivas, que no es otra que superar la demora que implica el proceso principal y el riesgo de que el demandado adopte conductas que dificulten la efectividad de la sentencia. (...). En otras palabras, el juez debe tener extremo cuidado en el proceso cautelar, por cuanto la finalidad de éste, por ser distinta al propósito del juicio en el cual son dictadas las medidas,

ya que éste último es un proceso de conocimiento en el cual sólo se persigue el reconocimiento de la petición expresada en la demanda, mientras que la finalidad de la medida preventiva no es, como se ha indicado, la declaración del derecho reclamado; sino el aseguramiento material y efectivo, la ejecutividad de la sentencia que declara la existencia del derecho reclamado. (Resaltado añadido).

Finalidad de las Medidas Cautelares

El fin del proceso cautelar en general, consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que pone fin a un proceso. La fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto, no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca del derecho discutido. El proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis, toda vez que su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva. La nota característica que distingue a las medidas cautelares es su instrumentalidad, de allí que su finalidad no es hacer justicia, sino garantizar el efectivo y eficaz funcionamiento del proceso.

En el mismo orden y dirección, Sánchez (1995), da a entender que para Carnelutti, las medidas cautelares sirven para garantizar el equilibrio inicial de las fuerzas entre las partes, para evitar que la duración del proceso se resuelva en una alteración del mismo. Mientras que para Jaime Guasp, el objeto del proceso cautelar es facilitar un proceso principal al que está vinculado, evitando que se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial. Asimismo, según Couture, su objeto es el de garantizar el restablecimiento de la significación económica del litigio, para asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con el orden preventivo. Finalmente, concluye señalando que su fundamento consiste en mantener a las partes en condición de igualdad, pues “evitando su insolvencia, la modificación de los hechos o del estado de las cosas o la recurrencia a situaciones que hagan ilusoria la ejecución

del fallo, se asegurará el cumplimiento definitivo de lo que se resuelva en la sentencia.” (p. 23).

De lo señalado por Reyes (2012), se puede inferir que la finalidad de las medidas cautelares consiste en: **a)** lograr el acceso a la justicia oportuna de manera simple y con celeridad; **b)** obtener una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, dada su instrumentalidad o preordenación; **c)** impedir que se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial; **d)** restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo; y, **e)** evitar el riesgo moral o físico presente, que corre la persona involucrada en una determinada situación.

Villarroel (1997), permite inferir que para Carnelutti, la finalidad del proceso cautelar es la garantía del resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva. Mientras que para Calamandrei, es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, dada su instrumentalidad. De igual forma, para Couture su finalidad es la de restablecer la significación económica del litigio para asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo. Asimismo, para Guasp su finalidad es evitar que se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial. Termina señalando que para Podetti, su finalidad es la de servir de anticipo de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes, y para hacer eficaces las sentencias de los jueces.

En orden de las ideas anteriores, Jiménez (1999) asevera que la finalidad de las medidas cautelares consiste en:

- A) Evitar que se burlen las decisiones judiciales; o más bien garantizar que la voluntad de la ley emitida por la jurisdicción efectivamente se materialice, porque la misma se puede ejecutar.
- B) Evitar la insolvencia del obligado, que es un corolario de la primera finalidad mencionada.
- C) Garantizar el crédito insoluto o el cumplimiento obligacional, pues

como en Venezuela y en el proceso civil no existe la opción penal (de cárcel por deudas) la ley consagra medios de certeza para que el triunfador de un litigio lo sea realmente, es decir, no sea burlado en los derechos que obtiene con una decisión judicial. (p. 17).

Ortiz (2002), da a entender que la finalidad de las medidas cautelares desde el punto de vista económico, viene dada por la seguridad que el contenido de las sentencias será eficaz mientras resuelva en definitiva la controversia, y será efectiva, al lograr la concreción real en la satisfacción de los intereses tutelados; y, por el aseguramiento, de que el bien –objeto de la controversia- no sufrirá disminución en su valor económico, y que los derechos o intereses discutidos serán adecuadamente tutelados. Desde otra perspectiva, todo el sistema cautelar, tanto el tipificado en el texto procesal, como el de las innominadas, tiene 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.

Características de las Medidas Cautelares

Además de la instrumentalidad que es la característica esencial de las medidas cautelares y constituye su naturaleza jurídica, existen otros rasgos característicos que devienen directamente de su relación con la providencia definitiva, consecuencias y manifestaciones lógicas de la instrumentalidad, como la provisionalidad, debido a sus efectos temporales; judicialidad, ya que al estar al servicio de una providencia principal, por ende, están referidas a un juicio; variabilidad, debido a que son susceptibles de modificación, ampliación, reducción o sustitución, en la medida que cambie el estado de las cosas para el cual se dictaron; y, urgencia, por la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo, y la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo del derecho reclamado.

En el mismo sentido, Sánchez (1995), da a entender que las medidas cautelares se caracterizan por: **la instrumentalidad**, por carecer de autonomía funcional, pues siendo su finalidad asegurar la eficacia práctica de la sentencia que se dicte dentro de

un proceso, dicho procedimiento estará unido a éste por un vínculo de instrumentalidad; **la provisionalidad**, derivada de su instrumentalidad, ya que los efectos temporales de su resolución, están determinados por la supervivencia de la sentencia definitiva que se pronuncie en el proceso principal; **la mutabilidad**, porque son susceptibles de modificación, ampliación, reducción o sustitución, luego de ser acordadas en el proceso; y, **la sumariedad**, por tratarse de un proceso de cognición superficial, dado que no se emite un juicio de certeza, sino de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho alegado o discutido en el proceso principal, para la procedencia de la medida no es necesario la plena prueba de la existencia del derecho, sino su verosimilitud verificada en forma sumaria.

Henríquez (2000), permite inferir que además de la instrumentalidad que es la característica esencial de las medidas cautelares y constituye su naturaleza jurídica, existen otros rasgos que las caracterizan: **provisoriedad**, debido a que las providencias cautelares están a la espera de que otra providencia posterior evite un peligro, la providencia cautelar suple un efecto a la providencia definitiva, y está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto de carácter permanente; **judicialidad**, atendiendo a que si están al servicio de una providencia principal, tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste; **variabilidad**, ya que pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de las cosas para el cual se dictaron; y, **urgencia**, la cual presenta dos manifestaciones: la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo, y la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución.

De lo indicado por Villarroel (1997), se puede deducir que las dos principales características genéricas de las medidas cautelares son su instrumentalidad o accesoriedad, de las cuales a su vez se desprenden otras como: variabilidad y revocabilidad, celebración sin oír la otra parte, causan cosa juzgada formal, provisionalidad, temporalidad, mutabilidad y flexibilidad.

Jiménez (1999), da a entender que la principal característica de las medida cautelar es que se solicita, decreta y practica *inaudita altera pars*, es decir, sin audición o conocimiento de la parte contra quien se dirige, para evitar que se insolvente. Por otra parte, el decreto cautelar cumplido no es irreversible, dado que a petición de su solicitante, la medida puede ser suspendida, revocada, ampliada o sustituida, y el afectado puede levantarla a través del recurso procesal respectivo u ofreciendo caución o fianza suficientes. De igual forma, no produce cosa juzgada formal o material. Del mismo modo, la medida cautelar es instrumental, no conlleva ni constituye un fin en sí misma, su razón de ser, es para investir el proceso de mayor garantía y seguridad, para hacer realidad la voluntad concreta de la ley. Igualmente, se caracteriza por la provisionalidad.

Calamandrei (1945), resalta el carácter de instrumentalidad de las medidas cautelares, al afirmar lo siguiente:

Es necesario, finalmente, poner de relieve, como conclusión de este trabajo, que el carácter de instrumentalidad que las providencias cautelares revisten siempre en relación a otra providencia principal la eficacia de la cual garantizan preventivamente, hace aparecer en ellas, de una manera preeminente y casi diría exacerbada, más que en todas las otras categorías de providencias jurisdiccionales, la finalidad publicística de su función. (...) Este carácter eminentemente publicístico de las providencias cautelares se pone de relieve, también en materia civil, en la mayor energía con que la jurisdicción se ejercita cuando está dirigida a fines cautelares; no sólo en la aceleración del procedimiento y en el carácter sumario de la cognición, sino también en el acrecentamiento de los poderes de iniciativa del juez. (pp. 140- 141).

Con relación a la nota característica que distingue a las medidas cautelares y su finalidad, la Sala de Casación Civil del TSJ, mediante sentencia N° RC.00218, de fecha 27-03-2006, dictada en el Expediente N° 05-219, con ponencia de la

Magistrada Isbelia Josefina Pérez Velásquez, en el Recurso de Casación instaurado por Juan Antonio Asuaje Álamo y otras contra Inversiones Coccia, C.A., publicada en su página Web, estableció lo siguiente:

La Sala reitera los anteriores criterios y establece que **la nota característica que distingue a las medidas cautelares es su instrumentalidad**; es por ello que **la finalidad de las cautelas no es hacer justicia sino garantizar el efectivo y eficaz funcionamiento del proceso**. De allí que, no se pueda pretender que el juez se comporte como si estuviera resolviendo el fondo de la causa, es decir, no se le puede exigir al sentenciador que para decretar una medida analice las alegaciones y las pruebas de fondo como debiera hacerlo en el proceso principal. En efecto, no compete al ámbito de las medidas cautelares la resolución del fondo de la controversia, sino como ya se dijo, lo que corresponde es asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el juicio principal; por tanto, en la esfera cautelar el juez sólo está obligado a efectuar un juicio de mera probabilidad sobre la existencia del derecho reclamado y sobre el peligro de que quede ilusorio la ejecución del fallo, requisitos que en la doctrina se conocen como el *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*. (Resaltado añadido).

Clasificación de las Medidas Cautelares

En la doctrina procesal, existe dos grandes grupos de clasificación: los que limitan las medidas cautelares a las providencias que actúan como una función jurisdiccional eminentemente ejecutiva; otros, en cambio, engloban todas las providencias con fines preventivos, independientemente de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva.

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico, tenemos las **medidas cautelares típicas u ordinarias**, tales como el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles; las

medidas cautelares complementarias, cuyo objeto es asegurar la eficacia y resultado de otras que se hubiesen decretado, tales como el apostamiento policial y la detención de vehículos; las **medidas cautelares innominadas**, con las cuales se instaura en nuestro derecho adjetivo, el poder cautelar general en beneficio de una mayor efectividad de la administración de justicia, pero sin dejarlo a la discrecionalidad del Juez, toda vez que conserva los requisitos de procedibilidad y tiene agregada la necesidad de probar el *Periculum in damni*; y, también existe, **otra gran variedad de medidas cautelares, tipificadas a lo largo de nuestra legislación**, en consonancia con en ámbito jurídico de que se trate.

En el trabajo de Goldschmidt (como se cita en Henríquez, 2000), se da a entender que las clasifica en cuatro especies: **embargo preventivo**, para el aseguramiento de la ejecución forzosa de créditos, como una garantía pignoratícia, pudiendo convertirse en embargo definitivo susceptible de ejecución; **medidas provisionales para asegurar la ejecución futura** de cualquier exhibición o devolución de la cosa, cesión de inmuebles, constitución de hipoteca, o entrega de menor; **medidas provisionales protectoras de la paz**, que regulan provisionalmente una situación de hecho para evitar consecuencias irreparables, tales como la posesión, protección de bienes en interdictos, uso de servidumbres, retención o la separación provisional de los cónyuges en divorcio; y, **medidas provisionales para satisfacer necesidades primarias**, a través de una condena provisional a prestaciones periódicas o por una sola vez, como los alimentos, litis expensa o gastos de atención médica.

De lo señalado por Couture (1997), se deduce que clasifica las medidas cautelares en seis tipos: **medidas de puro conocimiento**, su objeto es meramente declarativo, como las pruebas preconstituidas; **medidas de conocimiento sumario**, dictadas cuando existe riesgo previsible, como el depósito de la cosa mueble, embargo de inmueble, o la interdicción del deudor; **medidas de tutela de la propiedad o el crédito**, probadas desde un inicio la propiedad, la prenda, la hipoteca, la calidad de heredero, se dictan mediante simple requerimiento del titular,

aunque no exista riesgo, como consecuencia de los atributos del derecho real o de crédito, tales como el embargo o el secuestro; **medidas de ejecución anticipada**, como el embargo ejecutivo en los procedimientos especiales, seguido de una etapa de conocimiento, que lo supedita a lo que se decida en la sentencia; **medidas cautelares negativas**, las cuales persiguen impedir la modificación del estado de las cosas existentes para el momento de la petición, tales como la prohibición de innovar, o la prevención en las acciones de obra nueva; y, **medidas de contracautela**, que a diferencia de las restantes, disponen una medida de seguridad en defensa del deudor, tales como las fianzas procesales requeridas para obtener un embargo preventivo o para evitar el embargo.

Con relación a la clasificación de las medidas cautelares, autores como Henríquez (2000) y Sánchez (1995) coinciden en señalar que **Hugo Alsina** las divide en cuatro grupos: las que tienen por objeto la **conservación de una prueba** a los efectos del juicio ordinario, como la constatación de un hecho por peritos o el testimonio de un testigo enfermo grave; las dirigidas a **asegurar el resultado de la ejecución forzosa**, como el embargo preventivo, prohibición general de enajenar y gravar, anotación de la litis, o la intervención judicial con nombramiento de depositario judicial o interventor; las que tienen por objeto **evitar un daño irreparable**, como la separación de los cónyuges, alimentos provisorios, o prohibición de innovar; y, la **caución** exigida para obtener la ejecución provisoria de un acto, incluso de las medidas precautorias, tales como la fianza para constituir el embargo.

En el mismo orden y dirección, autores como (Henríquez (2000) y Sánchez (1995), coinciden en dar a entender que **Calamandrei**, partiendo de la relación de instrumentalidad que une la providencia cautelar con la sentencia definitiva, planteó la siguiente clasificación: **providencias instructoras anticipadas**, que incluyen las pruebas anticipadas para asegurar resultados probatorios, las cuales no forman parte de nuestro sistema cautelar; **providencias para asegurar la futura ejecución**

forzosa, donde se incluye el secuestro conservativo y el secuestro judicial, los embargos y los secuestros acordados en los procesos ejecutivos, mientras se dicta la sentencia definitiva; **decisión anticipada y providencia de mérito**, conformadas por el grupo de decisiones que se adoptan interinamente, mientras se dicta la decisión definitiva, tales como la denuncia de obra nueva, de daño temido, la restitución y el amparo posesorio provisionales; y, las **cauciones procesales**, impuestas por el juez como condición para que el interesado obtenga la providencia cautelar.

Asimismo, de lo señalado por Henríquez (2000), se deduce que **Podetti**, adopta una división sobre la base del objeto de las medidas cautelares en tres géneros: **medidas para asegurar bienes**, para la ejecución forzosa, manteniendo un estado de las cosas, o meramente asegurativas; medidas para **asegurar elementos de pruebas**; y, **medidas para asegurar personas**, como la guarda provisoria de personas, y para la satisfacción de sus necesidades urgentes.

En el orden de las ideas anteriores, Sánchez (1995), afirma que **Carnelutti** habla de dos procesos diferentes: **proceso cautelar instrumental**: “aquel que tiende a garantizar los medios del proceso definitivo, tales como pruebas y bienes, incluyendo en él el embargo judicial o el proceso de instrucción preventiva” (p 31); y, el **proceso cautelar final**: “aquel que sirve para garantizar la utilidad práctica del proceso definitivo” (p 31); ubicando en este último el embargo judicial.

De lo afirmado por Villarroel (1997), se deduce que las medidas cautelares están previstas en el artículo 588 del CPC, en cuatro grupos: **embargo de bienes muebles**, para asegurar los bienes durante la tramitación del juicio; **secuestro de bienes determinados**, consistente en el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigio, para fines preventivos o de conservación; **prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles**, sin afectar de manera inmediata al afectado; y, **medidas cautelares innominadas**, siendo la finalidad de este poder cautelar general, el aseguramiento de las resultas de aquellas demandas que no persiguen la satisfacción de obligaciones de contenido dinerario o la restitución de algún bien.

Medidas Cautelares en el Código de Procedimiento Civil Venezolano

Las disposiciones generales sobre las medidas cautelares, se encuentran previstas en el Libro Tercero, Título I, Capítulo I del CPC, desde el artículo 585, hasta el 590, en los cuales se establecen sus condiciones de procedibilidad, a qué deben limitarse, los bienes sobre los cuales deben recaer, las clases de medidas típicas, el procedimiento para alzarlas y los tipos de cauciones, como se desarrolla inmediatamente.

Condiciones de procedibilidad.

La norma contenida en el artículo 585 del CPC, establece la concurrencia de dos condiciones de procedibilidad, para obtener el decreto de las medidas cautelares por vía de causalidad, como se analiza de seguida:

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.”

Henríquez (2000), permite inferir que el peticionario de una medida por vía de causalidad, debe probar dos materias distintas: la primera versará sobre la pretensión de su demanda y las razones por las que intenta la acción, y la segunda, versará sobre las razones por las que embarga, es decir, sobre el peligro de que por falta de una oportuna aprehensión de bienes, se imposibilite la realización de la ejecución forzosa. El nuevo código exige un juicio de mera probabilidad (*summaria cognitio*) y el cumplimiento de sendos requisitos: *fumus boni iuris* y *fumus periculum in mora*. Sosteniendo asimismo que el fundamento del requisito legal de la presunción grave del derecho que se reclama “radica en la necesidad de que se pueda presumir al menos que el contenido de la sentencia definitiva del juicio será de condena, como justificación de las consecuencias limitativas al derecho de propiedad que conlleva la medida.” (p. 188).

Por su parte, Zoppi señala que subsiste con distinto enfoque:

La concurrencia de dos extremos para que se decrete el embargo o la prohibición, pero ahora toca al Tribunal apreciar si existe o no el riesgo manifiesto de que no se haga ilusoria la ejecución de la futura sentencia, siendo de notar que ese riesgo tiene que aparecer manifiesto, esto es, patente, evidente y palmario, y no ser, pues, una apreciación subjetiva y caprichosa del solicitante, sino debidamente fundamentada y basada en un riesgo serio y claro, evitando de esa manera, los abusos que se comenten con medidas que, en vez de ser preventivas o precautelativas, son más bien de “presión”. (pp. 19-20).

En ese mismo sentido, Ortiz (2002) asevera que se puede inferir que el tema de la verosimilitud del derecho, guarda relación con la posición jurídica tutelable, es decir:

con aquellas situaciones para las cuales el ordenamiento jurídico tutela *prima facie*, pero con la debida comprobación del *status* alegado y probado; sin duda que el requisito está imbuido de una alta carga apreciativa del juez, quien debe obrar racional y equitativamente al analizar los medios de prueba que se le hubieren consignado en el expediente, e incluso utilizando las máximas de experiencia en aquellos casos en que haya lugar, para determinar que ese derecho aparente sea verdadero o aparezca como tal, es decir que el solicitante exhiba una posición jurídica tutelable. (p. 301).

Por otro lado, Henríquez (1998), da a entender que esta norma prevé dos condiciones de procedibilidad de las medidas cautelares: la presunción grave del derecho que se reclama o *fumus boni iuris* y la presunción grave de quede ilusoria la ejecución del fallo o *fumus periculum in mora*, a las cuales se les debe añadir la pendencia de una litis donde se decreta la medida “lo cual denota el carácter eminentemente judicial que caracteriza las medidas cautelares. Aunque en algunos

países la ley autoriza el decreto anticipado de la medida, sujetando a un lapso perentorio la deducción de la demanda donde es postulada la pretensión” (p. 295), por virtud de la cual, se autoriza la medida avanzada con anterioridad.

Alcance de las medidas cautelares.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 586 del CPC, el legislador le indica taxativamente al operador de justicia, hasta dónde debe limitar las medidas cautelares para garantizar las resultas del juicio, lo cual pone de manifiesto su carácter esencialmente instrumental, a saber:

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.”

De lo señalado por Henríquez (1998), se puede deducir que la anterior norma “pone de manifiesto el carácter esencialmente instrumental de las medidas típicas asegurativas, las cuales están preordenadas exclusivamente a garantizar el resultado práctico de la ejecución forzosa posterior al fallo definitivamente firme.” (p. 314).

Por su parte, Sánchez (1995) asevera que el contenido de la disposición debe considerarse:

desde el punto de vista cuantitativo y en un doble sentido: referido al *quantum* del decreto de la medida tratándose de embargo de bienes muebles y referido al valor de los bienes que resulten afectados por la medida que se decreta, tratándose de embargo de bienes muebles y de prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles. (p. 53).

Exigencia de la propiedad de los bienes afectados.

Según lo establecido en el artículo 587 del CPC, el legislador prohíbe

expresamente, la ejecución de medidas cautelares sobre bienes que no sean propiedad de la persona contra la cual se libren, exceptuando expresamente las causales del secuestro, como se señala a continuación:

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.”

Henríquez (1998), permite inferir que el embargo y la prohibición de enajenar y gravar pueden ejecutarse sobre diversidad de objetos, muebles o inmuebles, corporales o incorporales, y en todos los casos, el efecto impeditivo de la enajenación se dirige contra el derecho de propiedad de ese objeto.

Por su parte, Sánchez (1995) da a entender que el alcance de esta disposición sólo comprende el embargo de bienes muebles y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, quedando excluido el secuestro, debido a la naturaleza de sus causales.

Clasificación de las medidas cautelares.

Atendiendo la clasificación legal, y aplicando un criterio meramente enunciativo, puede señalarse la siguiente clasificación de las medidas cautelares: **medidas cautelares típicas**, como el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles; **medidas cautelares complementarias**, destinadas a asegurar la efectividad y resultado de las medidas cautelares típicas; y, las **medidas cautelares atípicas, innominadas o genéricas**, decretadas por el juez atendiendo a las necesidades particulares, y ante la ausencia de una medida típica que satisfaga el aseguramiento requerido en el caso concreto.

Medidas cautelares típicas.

Se encuentran expresamente establecidas en la primera parte del artículo 588 del CPC, que dispone lo siguiente:

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:

- 1° El embargo de bienes muebles;
- 2° El secuestro de bienes determinados;
- 3° La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.”

Sánchez (1995), da a entender que las medidas cautelares típicas según lo establecido en la primera parte del artículo 588 del CPC, son la siguientes: **embargo de bienes muebles**, mediante la cual se “afectan e inmovilizan del tráfico jurídico uno o varios bienes de las partes en el proceso, con la finalidad de asegurar la eficacia práctica y el resultado de la sentencia que se dicte en el mismo”(p. 80); **prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles**, se traduce en “la interdicción de vender o gravar, genéricamente, bienes inmuebles sometidos a publicidad registral de que aquél contra quien se dirige la medida pueda ser propietario en el momento de decretarse” (p. 80); y, **secuestro de bienes determinados**, consiste en “la privación de la cosa objeto de litigio de manos de quien la detente o resulte afectado por la medida, para dejarla en poder de un tercero – o del mismo ejecutante de la medida- mientras se decide la controversia” (pp. 80-81), con el objeto de garantizar su estado e integridad en beneficio del vencedor en el proceso.

De lo aseverado por Henríquez (2000) se puede inferir, que son en nuestro derecho, el caso típico de medidas cautelares, llamadas frecuentemente por la doctrina, medidas preventivas típicas. Con respecto a la **medida de embargo preventivo**, señala que es el “acto judicial a requerimiento de parte, en virtud del cual se sustrae en un depositario cualquier bien mueble del poseedor contra quien obra, con el objeto de suspender provisionalmente los atributos de su derecho de propiedad “(p. 118), a fin de tenerlos para las resultas del juicio. Con relación a la **medida de prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles**, considera que es una “versión suavizada del embargo ejecutivo sobre inmuebles, cuyas consecuencias en nada afectan el derecho a usar y percibir los frutos, dejando incólume la posesión

legítima o precaria de la cosa” (p. 115). En cuanto a la **medida preventiva de secuestro**, da a entender que su motivo, fundamento y características esenciales, difieren de las otras dos medidas, su peculiaridad reside en que siempre versa sobre la cosa litigiosa, y “se fundamenta sobre un derecho real o sobre un derecho personal de cosa determinada” (p. 123).

Medidas cautelares complementarias.

Están preceptuadas en el primer aparte del artículo 588 del CPC, que prevé:

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:

(...)

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

De lo aseverado por Sánchez (1995) se puede inferir, que sirven para asegurar la efectividad y resultado de la medida cautelar nominada que se hubiere dictado, del modo que, estas medidas “tienen carácter accesorio a las medidas cautelares típicas, por lo que no podrán decretarse aisladamente, sino como complemento de aquellas” (p. 81). Estas medidas complementarias, por no tener un señalamiento específico, pueden enmarcarse dentro de la categoría de las medidas cautelares innominadas.

Ortiz (2002), da a entender que aunque orgánicamente están preceptuadas para las medidas cautelares típicas, no obsta para que “en aquellos casos en que se requiera pueda el juez, habiendo decretado una medida innominada, hacerla acompañar de alguna de estas providencias complementarias con el objeto de garantizar la eficacia de aquélla” (p. 311).

Zoppi (1988), afirma que no se trata de una medida distinta, “sino de un complemento para garantizar la eficacia del embargo, del secuestro o de la prohibición” (p. 35), de allí que el legislador lo deja “al prudente arbitrio del Juez,

quien puede, según su criterio, hacer acompañar las medidas de otras disposiciones que permitan darle efectividad, que permitan obtener un resultado positivo, que logre dar a la medida elasticidad y amplitud” (pp. 35-36).

Medidas cautelares atípicas o innominadas.

Están previstas en el párrafo primero del artículo 588 del CPC, que señala:

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:

(...)

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.”

Henríquez (1998), permite inferir que la norma no prevé ningún condicionamiento específico para estas medidas, definiendo sólo su contenido, después de referirse al peligro en la mora; asimismo, el tribunal tiene la potestad de “autorizar o de prohibir la ejecución de determinados actos, es decir, autorización o prohibición de que otros hagan; y la de adoptar las providencias que tengan por objeto interrumpir actor lesivos actuales” (p. 326), para hacer cesar la continuidad de la lesión. Con tal amplitud, el juez puede “elaborar o construir, a su arbitrio, la medida a la medida de la pretensión deducida; es decir, una medida idónea, adoptando providencias de autorización o prohibición que garanticen la efectividad del derecho cuya procedencia es, al menos, presumible” (p. 326). La medida cautelar atípica es discrecional, no para negarla o concederla, sino para “elegir, caso de ser

fundamentada, aquella que goce de esa caracterización necesaria según las circunstancias, para asegurar la efectividad de la sentencia” (p. 327).

Zoppi (1988) da a entender que estas medidas no son discrecionales como las complementarias, pues se requiere que concurren los requisitos dispuestos en el artículo 585 del CPC, y adicionalmente, es necesario que exista otro temor o riesgo: “el de que una de las partes pueda causar una lesión grave y definitivamente irreparable o de difícil reparación, al derecho de la otra parte” (p. 38), se trata pues, de una actitud positiva o negativa de una de las partes, en perjuicio de los derechos de la otra partes. Con estas medidas el juez autoriza o prohíbe la ejecución de determinados actos, es decir, prohíbe la ejecución de actos lesivos de la parte, o autoriza la ejecución de actos para el mismo fin.

Ortiz (2002), afirma que su “objeto preciso y concreto no está determinado por el legislador sino que se deja al juez su escogencia (función preliminar de determinación) al momento de solicitarse” (p. 380). Estas medidas no consisten en facultad discrecional del juez, por lo que debe erradicarse la idea de que es general por la discrecionalidad y amplitud de las facultades del juez, ya que se trata de una generalidad “determinada por los diferentes tipos de medidas cautelares que su ejercicio puede comportar; en otras palabras, lo que es ‘general’ no es el poder sino las cautelas (p. 388). Este poder cautelar puede definirse como la potestad otorgada a los jueces por el legislador, para dictar decisiones cautelares adecuadas y pertinentes, dentro de un proceso jurisdiccional, con la finalidad inmediata de evitar la ocurrencia de un daño o una lesión irreparable, a los derechos de las partes y la majestad de la justicia.

Oposición y suspensión de las medidas cautelares atípicas o innominadas.

La parte contra quien obre la medida cautelar innominada puede oponerse a ella y también puede solicitar la suspensión de la misma ofreciendo caución, tal y como lo disponen respectivamente, los parágrafos segundo y tercero del artículo 588 del

CPC, que establecen:

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:

(...)

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.”

De lo aseverado por Henríquez (1998), se puede inferir que estas medidas están sujetas a “la necesaria reconsideración jurisdiccional sobre sus motivos, fundamentación y alcance, aún en el caso de que no haya oposición de la parte contra quien obra o de algún tercero” (p. 345). Con relación a la suspensión de sus efectos, señala que está limitada por la naturaleza de la medida cautelar, para el caso de medidas cautelares no patrimoniales y cuando se pretende el aseguramiento de un derecho real “el juez, atendiendo las circunstancias, no siempre puede verificar tal sustitución, ya que es improcedente cambiar un derecho personalísimo o un derecho *in rem* controvertido en el juicio por un derecho de crédito” (p. 345).

Ortiz (2002), da a entender que contra cualquier medida cautelar, la parte afectada puede interponer el recurso de oposición, cuando se trata de medidas cautelares típicas civiles, la oposición procede dentro de los tres días siguientes a su ejecución, y en el caso de las medidas cautelares innominadas “la oposición opera

contra el decreto y, a partir de su publicación, por efecto de la norma especial contenida en el párrafo segundo del artículo 588 del CPC” (p. 638), en ambos casos, de declararse con lugar la oposición, entonces procede la revocatoria de la medida. También existe la posibilidad que el juez acepte alguna de las cauciones o fianzas que pueden ofrecerse para sustituir la cautela decretada o solicitada, de conformidad con lo establecido en el artículo 589 del CPC, en cuyo caso “la cautela no se dirige a los eventuales daños causados por la medida (porque la medida será revocada) sino para garantizar los eventuales daños causados por el peligro en que la medida se fundamentó (p.638).

Por su parte, Sánchez (1995), permite inferir que estas medidas siempre pueden ser objeto de oposición, la cual se sustanciará y decidirá por el procedimiento de oposición a las medidas cautelares típicas, previsto en los artículos 602, 603 y 604 del CPC. Señala la imprevisión del legislador cuando estas medidas afecten derechos de terceros “pues no les consagra el derecho a oponerse por la vía de oposición propiamente dicha, ni tampoco le señala el derecho de recurrir a la vía de tercera para oponerse a tal medida” (p. 102). Asevera que las medidas cautelares innominadas pueden ser objeto de suspensión o levantamiento, a través de caución o garantía, para lo cual resulta aplicable el procedimiento de suspensión de medidas cautelares típicas. Finalmente indica que nada señala la norma “sobre la posibilidad de decretar las providencias cautelares genéricas mediante caución o garantía, pronunciándose algunos por su procedencia atendiendo a la afirmación de que si la ley faculta al juez para decretar medidas cautelares típicas cuyas consecuencias pudieran ser patrimoniales” (p.103), a través de la constitución de garantía, no existe impedimento alguno para que las medidas cautelares innominadas, también puedan decretarse a través de caución o garantía.

Procedimiento para la suspensión o decreto de las medidas cautelares de embargo y prohibición de enajenar y gravar, mediante caución o garantía.

Los artículos 589 y 590 del CPC, respectivamente establecen los requisitos para la

suspensión de las medidas cautelares de embargo y prohibición de enajenar y gravar, mediante el ofrecimiento y constitución de caución o garantía suficiente, así como para el decreto de dichas medidas cautelares, cuando no se encuentran llenos los extremos de ley, a través del ofrecimiento y constitución de caución o garantía suficiente, tal y como se señala a continuación:

Artículo 589. “No se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieren ya decretadas, si la parte contra quien se hayan pedido o decretado, diere caución o garantía suficiente de las establecidas en el artículo siguiente.

Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta.”

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 ésta pudiera ocasionarle.

Para los fines de esta disposición sólo se admitirán:

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

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

3° Prenda sobre bienes o valores.

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

Quiroga (1985), da a entender que las cauciones tienen su origen en el derecho romano, específicamente en el procedimiento caucional de la *actio per sacramentum*, señalando que para los procesalistas representa una preocupación que las cauciones

se puedan convertir en un obstáculo para el ejercicio de los derechos. Considera que “antes que un obstáculo constituye una garantía de seriedad a ciertas actuaciones procesales; dejarlas totalmente al arbitrio de los litigantes podía causar más perjuicios que beneficios por otras actuaciones” (p. 285). Asimismo, define las cauciones procesales como “medidas cautelares, encaminadas al aseguramiento de los efectos negativos que han de producir otras actuaciones procesales” (p. 285).

En el orden de las ideas anteriores, Sánchez (1995) asevera que los supuestos de procedencia de la caución procesal son dos, como “garantía de la responsabilidad del solicitante de una medida cautelar por las resultas de la misma (Art. 590), y como contracautela de la responsabilidad del caucionado en el supuesto de que el resultado del proceso le sea adverso (Art. 589)” (pp. 108-109). De igual forma, da a entender que la caución como garantía sólo procede cuando se trata de las medidas cautelares de embargo y prohibición de enajenar y gravar. Con respecto a la caución como contracautela, alega que “tiene por finalidad garantizar los posibles perjuicios que con la práctica de una medida cautelar puedan ocasionarse a la parte contra quien se dirige la medida” (p. 112). Agrega que respecto de la caución como contracautela para obtener la abstención del decreto de la medida cautelar o la suspensión de la ya decretada, sólo procede en los casos de embargo y prohibición de enajenar y gravar.

Henríquez (1998), señala que la caución o garantía suficiente a que se refiere el artículo 589 constituye “una medida cautelar por sí misma, diferente a la medida de contracautela que se presenta como condición de procedibilidad en la vía de caucionamiento que prevé el artículo 590. Ella no es propiamente una contracautela, sino una cautela sustituyente” (p. 368), ya que no implica ningún elemento de contraposición, sino de sustitución. Afirma que la parte contra quien obra una medida puede simultáneamente impugnar la medida por ilegalidad y excesos, puede hacer oposición, y subsidiariamente, ofrecer caución.

Trámite de la oposición de las medidas cautelares.

El trámite se inicia dentro de los tres días de despacho siguientes a la ejecución

de la medida, o dentro de los días siguientes a la citación de la parte contra quien obre, seguido de un lapso de ocho días para promover y evacuar pruebas, seguido de un lapso de dos días para dictar sentencia, conforme se estipula en los artículo 602, 603 y 604 del CPC, que prevé:

Artículo 602. “Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.

Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promueven y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos.

En los casos a que se refiere el artículo 590, no habrá oposición, ni la articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el artículo 589.”

Artículo 603. “Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el Tribunal la articulación. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto.”

De lo aseverado por Ortiz (2002), se puede inferir que en la práctica forense puede transcurrir un tiempo significativo, entre el decreto cautelar y su efectiva ejecución, como por ejemplo, en los trámites para la ejecución de la medida de prohibición de enajenar y gravar, resultando absurdo que a la parte afectada que se le limite el ejercicio del derecho a la defensa mediante la oposición, porque deba esperar a su efectiva ejecución. Sostiene además que:

Un pensamiento de avanzada conviene en desaplicar el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil en cuanto a la oportunidad para ejercer el recurso de oposición, y en su lugar establecer que la parte puede “oponerse” desde el día siguiente al decreto que acuerda la medida

cautelar, y tramitar esa oposición por los restantes trámites del artículo 602, y al mismo tiempo cumplir con la ejecución de la medida, Estimamos que con esta posición se interpreta la ley de manera que mejor desarrolla el derecho fundamental a la defensa establecido en el artículo 49 de la nueva Constitución venezolana. (p. 334).

Sánchez (1995), da a entender que la oposición de la parte contra quien obre la medida cautelar en estos casos, deberá formularse en el tribunal de la causa, ante la ausencia de disposición alguna que faculte al tribunal comisionado para oírla y tramitarla, aseverando que “existe por el contrario un procedimiento especial pautado en los artículos 601 al 606 del Código de Procedimiento Civil, para la tramitación de la incidencia que nace con motivo del decreto o de la ejecución de la medida.” (p. 232). Señala que la oposición debe formularse ante el tribunal de la causa, y puede consistir en el ejercicio de todos los medio de defensa contra la providencia que las decretó y procede contra todos las medidas y providencias cautelares; asimismo, señala que “existen dos modalidades para computar el término de oposición: a partir de la ejecución o a partir de la citación (...) consideramos que la citación superviniente al decreto autoriza (...) para hacer la oposición, aunque ese decreto no se haya cumplido, en todo o en parte.” (p. 236).

Indica Henríquez (1998) que la oposición de parte versará siempre “sobre el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la medida, sobre la suficiencia de la prueba, sobre la ilegalidad de la ejecución, impugnación del avalúo, etc., pero nunca sobre la propiedad (p. 535), porque de no ser el propietario el sujeto contra quien obra la medida, no tendrá cualidad ni interés procesal, ni legitimidad para hacer oposición; asimismo señala que “la articulación probatoria de ocho días hábiles posterior a la oposición de parte, se entiende abierta *ope legis*”. (p. 538).

Finalmente se concluye, que el Estado de Derecho existe y se mantiene en la medida que se garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos, y donde el sistema jurídico y político en su conjunto, se oriente hacia el respeto y la promoción

de la persona humana considerada individualmente. En tal sentido, el órgano por excelencia llamado a salvaguardar el Estado de Derecho y la legitimidad del Estado mismo, es el Poder Judicial, y lo efectúa a través del proceso, que es el instrumento para hacer efectiva tanto la justicia formal, como la justicia material de los justiciables, mediante mecanismos preventivos como las medidas cautelares. La realización de los principios del Estado de Derecho y la protección de los derechos ciudadanos, no es una función exclusiva del Poder Judicial, sino de todos los órganos del Poder Público, que son los llamados a cumplir con las actividades de tutela preventiva.

Capítulo II

Medidas Preventivas y Cautelares en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

Fundamento Legal de las Medidas Preventivas y Cautelares en Lopnna

A los fines de garantizar los derechos humanos de los venezolanos, nuestro ordenamiento jurídico prevé una serie de mecanismos administrativos y judiciales para evitar o resarcir la violación de los mismos; en este sentido, para que la tutela judicial sea efectiva en muchos casos se hace necesario recurrir a la tutela cautelar, de manera que esos derechos sean salvaguardados durante el proceso, de allí que la tutela cautelar forma parte de la garantía procesal que establece la CRBV.

El objeto principal de las medidas cautelares es garantizar el cumplimiento de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, son un instrumento al servicio del proceso principal, destinados a asegurar las resultas del mismo, y dar eficacia a la justicia.

En materia de Niños, Niñas y Adolescentes, las medidas cautelares van dirigidas a resguardar derechos humanos vulnerados, ya que la doctrina integral busca proteger a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

La LOPNNA, siendo una ley especialísima, establece las medidas cautelares y preventivas en sus normas sustantivas pautadas en los artículos 381, 465, 466, 466-A, 466-B, como se analizan a continuación:

Artículo 381. “Medidas preventivas

El juez o jueza puede acordar cualquier medida preventiva destinada a asegurar el cumplimiento de la Obligación de Manutención, cuando existan en autos elementos probatorios de los cuales puedan extraer una presunción grave del riesgo manifiesto de que el obligado u obligada debe pagar las cantidades que, por tal concepto, corresponden a un niño, niña o adolescente. Se considera demostrado el riesgo manifiesto cuando, habiéndose impuesto judicialmente el cumplimiento de la Obligación de Manutención, exista retraso injustificado en el pago correspondiente a dos

cuotas consecutivas. No podrán decretarse la medida preventiva prevista en este Artículo o deberán ser levantadas de inmediato cuando conste prueba suficiente que el obligado u obligada ha venido cumpliendo de forma voluntaria y oportuna la Obligación de Manutención.”

La norma antes citada, va dirigida específicamente a resguardar el derecho de alimentación de los niños, niñas y adolescentes por parte del o de los obligados, señalando una condición para que el juez se pronuncie al respecto, cual es, la presunción grave del riesgo manifiesto, y en este sentido, dicho riesgo para ser demostrado requiere de la verificación de la existencia de una obligación de manutención judicialmente impuesta y con un retraso en su pago de dos meses en adelante.

Por otra parte, se entiende que la medida referida va dirigida a garantizar el cumplimiento del fallo de obligación de manutención, ante el evidente incumplimiento de la parte obligada, en otras palabras, el artículo citado hace referencia a una de las denominadas medidas ejecutivas.

Artículo 465. “El juez o jueza, a solicitud de parte o de oficio, puede dictar diligencias preliminares, medidas preventivas y decretos de sustanciación que no hubieren sido ya objeto de pronunciamiento en el auto de admisión y que se consideren necesarios...”

Tratándose de normas referidas a medidas cautelares en obligación de manutención, cabe señalar que en lo procesal, la ley especial prevé dos vías bien diferenciadas para dictar medidas al respecto, específicamente en cuanto a los extremos y requisitos de procedencia para decretar medidas tanto cautelares como preventivas, debiéndose analizar en cada caso, los elementos particulares determinados en cada una de las normas.

Es de advertir, que en los supuestos previstos, la posición y trámite procesal es distinta y varían en cada uno de ellos; en el **primer supuesto**, se trata de la procedencia de la medida cautelar, a los fines de asegurar el cumplimiento de la

obligación de manutención impuesta judicialmente, y para demostrar el riesgo manifiesto de su incumplimiento, viene dada la condición de la existencia de atraso injustificado en el pago que corresponda a dos cuotas consecutivas, en cuyo caso, se está en presencia de un título ejecutivo que fija el monto de la manutención. En el **segundo supuesto**, no existe la limitación contemplada en el primer supuesto relativa a la existencia del atraso injustificado; y también difiere de ésta, porque aquí se está en presencia de una medida con carácter provisorio para que el obligado demandado cumpla provisionalmente con la obligación de manutención, mientras se realiza el trámite del procedimiento para la fijación judicial de la misma. En este caso, la provisoriedad está contenida en la circunstancia de que la medida que sea decretada por el juez, admite la posibilidad legal de ser modificada en el fallo, lo que conlleva a que para decretar alguna medida por manutención, el análisis de los extremos en uno y otro supuesto son distintos.

Artículo 466. “Medidas preventivas

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

Parágrafo Primero

El juez o jueza puede ordenar, entre otras, las siguientes medidas preventivas:

- a) Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza.
- b) Restitución de la Custodia al padre, la madre o terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza en caso de retención indebida del niño, niña o adolescente.
- c) Custodia provisional al padre, la madre o a un familiar del niño, niña o adolescente.
- d) Régimen de Convivencia Familiar provisional.
- e) Colocación familiar o en entidad de atención provisional durante el trámite del procedimiento de colocación familiar.
- f) Separación de la persona que maltrate un niño, niña o adolescente de su entorno.
- g) Retención del pasaporte del niño, niña o adolescente.
- h) Restitución de bienes o enseres del hogar propiedad del niño, niña o adolescente, de su madre o padre, para garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado.
- i) Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.

Parágrafo Segundo

Las medidas preventivas también pueden ser solicitadas en forma previa al proceso y, en este caso, es obligación de la parte presentar la demanda respectiva dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida. Para estos efectos no se exige garantía, pero si la demanda no se presentare o el juez o jueza determina infundada la solicitud, de ser procedente condenará al pago de los daños y perjuicios causados. Si no

consta en autos la presentación de la demanda en el plazo previsto, se revocará la medida preventiva al día siguiente.”

En materia de niños, niñas y adolescentes, las medidas cautelares, no van dirigidas únicamente a garantizar las resultas del juicio, sino que van mucho más allá, buscan proteger un derecho fundamental subjetivo que interesa al orden público, que tiene ingerencia en el orden social, pues sus efectos trascienden la solución procesal de un conflicto, se tutelan situaciones relacionadas con niños, niñas y adolescentes, que ameritan protección de acción inmediata, previa incluso al proceso con el fin de no arriesgar o sacrificar por el cumplimiento de un camino procesal, el derecho que a favor de los niños, niñas y adolescentes se reclama.

Lo señalado se evidencia del contenido del transcrito artículo 466, la norma es el fundamento legal para decretar medidas de carácter patrimonial y no patrimonial, estas últimas se especifican en el párrafo primero, el cual hace referencia a medidas relacionadas directamente con el niño, niña y adolescente en su desenvolvimiento familiar y social, que requieren de acuerdo a la gravedad del asunto, de la prevención en el resguardo de un derecho que pudiera estar siendo vulnerado, y por ende, de una decisión inmediata mientras se lleva cabo el procedimiento litigioso que lo involucra.

Artículo 466-A. “Medidas preventivas en caso de privación o extinción de Patria Potestad

En juicio de privación o extinción de Patria Potestad, si se presenta un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por la parte demandante, el juez o jueza puede decretar las medidas preventivas para garantizar la protección y seguridad del niño, niña o del adolescente mientras dure el juicio. En todo caso y siempre que se estime indispensable, el juez o jueza puede ordenar, de manera previa, la prueba tendente a acreditar los presupuestos indicados.”

Artículo 466-B. “Medidas preventivas en caso de Obligación de Manutención

El juez o jueza al admitir la demanda de Obligación de Manutención, puede ordenar las medidas provisionales que juzgue más convenientes al interés del niño, niña o adolescente, previa apreciación de la gravedad y urgencia de la situación. El juez o jueza puede decretar, entre otras, las medidas preventivas siguientes:

- a) Ordenar al deudor o deudora de sueldos, salarios, pensiones, remuneraciones, rentas, intereses o dividendos de la parte demandada, que retenga la cantidad fijada y la entregue a la persona que se indique.
- b) Dictar las medidas preventivas que considere convenientes, sobre el patrimonio del obligado u obligada, someterlo a administración especial y fiscalizar el cumplimiento de tales medidas.
- c) Adoptar las medidas que juzgue convenientes, a su prudente arbitrio, sobre el patrimonio del obligado u obligada, por una suma equivalente a seis cuotas de manutención fijadas adelantadas o más, a criterio del juez o jueza.
- d) Decretar medida de prohibición de salida del país, siempre que no exista otro medio de asegurar el cumplimiento de la obligación de manutención; en todo caso, esta medida se suspenderá, cuando el afectado o afectada presente caución o fianza que, a criterio del juez o jueza, sea suficiente para garantizar el cumplimiento de la respectiva obligación. “

Aunque estas medidas van dirigidas al patrimonio del obligado alimentario, las mismas no son de carácter pecuniario como tal, ya que no se trata de lucrar al beneficiario, o de aumentar su patrimonio, sino de garantizarle, entre otros, el derecho alimentario que recae sobre su progenitor no custodio o sobre los obligados subsidiarios.

En la sección de eventos de la página web del TSJ, aparece publicada una nota de prensa de fecha 17-11-2011, sobre el Octavo Foro de Derecho de la Infancia y de la Adolescencia, organizado por el TSJ en el mes de noviembre de 2011, donde señala lo siguiente:

En esta oportunidad participaron en la ponencia los especialistas en la materia y en los aspectos jurisprudenciales de la referida Ley, la Dra. Zulay Chaparro, Juez de Protección con sede Los Teques del estado Miranda y el Dr. Alberto Herrera Coronel, Juez Superior de Lópna del estado Lara.

La Dra. Chaparro mencionó que es el administrador de justicia quien determina cuál o cuáles de los mecanismos defensivos previstos en el ordenamiento jurídico proceden contra las decisiones judiciales, (definitivas, interlocutorias, preventivas o la ejecución de la sentencia de fondo). En ese sentido, destacó que esas medidas son providencias para brindar tutela judicial durante el interprocesal hasta que llegue a sentencia definitiva.

La especialista acotó algunas acciones que deben tomar los jueces y juezas al momento de decretar las medidas preventivas. “Debemos analizar y tener en cuenta varios elementos y recordar que se recurre al Derecho para alcanzar justicia, donde las características generales están reconocidas a toda cautela mediante la instrumentalidad”.

Al tiempo que también reflexionó sobre la proporcionalidad “el juez debe racionalmente decretar sólo aquellas medidas que sean necesarias para alcanzar su finalidad; la homogeneidad donde el juez no podrá dictar una medida preventiva cuyo contenido sea absolutamente idéntico a la sentencia de fondo, (esto violentaría los principios constitucionales y legales); y la provisionalidad donde las medidas preventivas están dirigidas a cumplir sus efectos a través de las etapas conocidas como

preparatorias, la del conocimiento y la de inicio a la ejecución de la sentencia”, expresó la Dra. Zulay Chaparro.

En el mismo orden de ideas, Ortiz (1997) afirma lo siguiente:

Se trata en realidad de medidas de tutela de derechos y particularmente medida de tutelas de derecho con respecto de los menores; por ello mismo la disposición que comentaremos de seguidas no puede conceptuarse como un poder cautelar general sino, como un poder generoso de prevención o en todo caso un poder tutelar general, esto es:

Un poder o facultad otorgada al órgano jurisdiccional que puede ser ejercido incluso de oficio, con la finalidad no de garantizar su propio fallo sino de tutelar un supremo derecho y un interés superior a las partes que actúen en el proceso: el de los menores. (p.251).

Pactos y Convenios Internacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969, con entrada en vigencia el 27 de enero de 1980, en el literal a) del artículo 2º, dispone:

2º Para los efectos de la presente Convención:

a) Se entiende por Tratado, un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular

Los convenios y tratados internacionales, a lo largo de la historia han sido y son instrumentos jurídicos ideales para resolver los problemas que traspasan las fronteras y que generalmente involucran intereses humanos, lo que siempre se ha buscado es unificar criterios jurídicos para solucionar los conflictos entre los diferentes países que conforman el planeta tierra, uno de los problemas mas comunes a todos los países es la vulneración de los derechos humanos de los niños.

Es de advertir en esta materia, que la unificación de criterios y la suscripción de estos tratados y convenios, requieren un estudio minucioso de cada estado parte, ya

que se debe tomar en cuenta la cultura propia de cada país, sus costumbres, su legislación, actividad política, etc.

Son muchas las situaciones que han causado que las personas de forma deliberada coloquen a los niños en peligro, personas que viajan fuera de su país de origen buscando mejores condiciones de vida, sea para estudiar o trabajar, cruzan fronteras a riesgo exponiendo su vida a pesar de saber sobre la existencia de leyes que les prohíben la entrada no legal a otros países, luchando incluso por la legalización de su estatus migratorios, de allí el casamiento entre parejas de distintas nacionalidades, y la problemática de identidad y separación que se presente entre padres e hijos, éstos aun niños.

Durante la trayectoria jurídica internacional, el Estado Venezolano ha suscrito tratados y convenios internacionales en materia de niños, que promocionan orientan y fijan procedimientos para el reconocimiento y garantía de los derechos del niño. Estos tratados y convenios internacionales son reconocidos e incorporados a las legislaciones de cada estado, a través de las leyes, las cuales son elevadas constitucionalmente a la categoría de normas supraconstitucionales, por reconocer derechos humanos y tener prevalencia normativa en el ordenamiento jurídico interno. La ley suprema del ordenamiento jurídico venezolano no solo está formada por las disposiciones que la contienen sino también por muchas otras previstas en los tratados y convenios internacionales, por lo que los Estados participan en una globalización de su derecho interno, abriendo puertas para la solución internacional de los conflictos que se presentan dentro de la familias y que por diferentes situaciones trascienden las fronteras causando una interacción entre las autoridades estatales.

En la sección de Información del País de la página web de Unicef- Venezuela, se señala lo siguiente sobre los orígenes de este sistema de protección:

En los últimos años se ha considerado a la niñez como una población de vital importancia para el inicio de la formación de ciudadanos

responsables, capaces de conocer sus derechos y de hacerlos valer. En Venezuela se han promovido importantes cambios en el estatus jurídico de la niñez, así como en la forma de entender el papel del Estado y de la familia en la protección de sus derechos.

Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño), es uno de los instrumentos jurídicos internacionales de la Doctrina de la Protección Integral, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, hecha Ley por Venezuela, el 29 de agosto de 1990 (Gaceta Oficial N° 34.541).

A partir de 1989, la CDN reconoce de manera universal los postulados, principios y normas para la protección integral de los niños y niñas, sin discriminación de naturaleza alguna. Este instrumento crea también el marco de acciones para la efectividad de los derechos humanos de la niñez con claras responsabilidades para el Estado, la familia y la sociedad.

Con relación a los pactos y convenciones sobre derechos humanos, el artículo 23 de la CRBV, establece:

Artículo 23. “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.”

En la Exposición de Motivos de la LOPNNA, se da a entender, que con fundamento en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los legisladores venezolanos dan vigencia a la Ley Orgánica para la Protección del Niño

y del Adolescentes, aprobada en 1998, que entró en vigencia en el año 2000; el 30 de diciembre de 1999 se publicó en Gaceta Oficial la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que logra cumplir a cabalidad uno de los compromisos fundamentales de la Asamblea Nacional Constituyente en materia de derechos humanos de la infancia y la adolescencia, reconoce e incorpora los avances de los últimos cuarenta años en esa materia, tanto en la doctrina como en los tratados y la jurisprudencia internacional, en este sentido el artículo 78 constitucional, reconoce la jerarquía constitucional de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y contempla los principios fundamentales de la doctrina de Protección Integral.

Haciendo un recorrido por la novedosa Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, impulsada por el Derecho Internacional, tal y como se dijo, por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y en razón del presente trabajo, vale resaltar que dicha ley desjudicializó algunas decisiones cautelares y preventivas, que anteriormente debían ser adoptadas por los jueces de familia y menores; en este sentido, la LOPNNA crea una infraestructura administrativa y faculta a dichos organismos a decretar medidas de manera previa a la intervención judicial, esta desjudicialización no le quita fuerza legal e importancia a las medidas que éstos entes pueden decretar, las cuales deben ir dirigidas a prevenir la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es decir, en su acepción primordial tiene la misma finalidad de las medidas preventivas que se citan en el título anterior, prevenir y vigilar la posible violación de un derecho en la mayoría de los casos que involucran niños y adolescentes que estén siendo amenazados en su integridad física, mental y emocional, y que implica la intervención, contra agresiones de sus cuidadores o responsables directos (progenitores, familiares o ciudadanos comunes, e incluso contra funcionarios públicos encargados de su protección), sin embargo, prevé la ley la intervención judicial contra las decisiones administrativas, que como característica cautelar son temporales. Queda abierto el estudio en cuanto a medidas preventivas dictadas por

órganos administrativos y que pueden ser anuladas, revocadas o modificadas por el órgano jurisdiccional.

De acuerdo con lo señalado en la sección sobre Protección Internacional de los Niños, de la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Argentina, el Convenio de la Haya es uno de los más relevantes en el tema, en lo relativo a reintegro internacional de niños, niñas y adolescentes, el mismo tiene doble objeto: Ejecutivo: garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; y, Preventivo: velar por que los derechos de custodia y visitas vigentes en uno de los estados contratantes sean respetados en los demás estados contratantes. Es decir, tiende a restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita mediante la restitución inmediata del menor al Estado de su residencia habitual, impidiendo que los individuos unilateralmente puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca.

De este modo, se busca garantizar el "interés superior del niño" víctima de traslado o retención ilícita, que en el marco de estos instrumentos consiste en la pronta restitución del menor a su residencia habitual. Este principio solo puede ser desvirtuado por la aplicación de alguna de las excepciones previstas en el articulado del Convenio, que deben ser interpretadas restrictivamente.

De lo anterior se infiere que las medidas preventivas, son aplicables por los Estados parte en su derecho interno con connotación internacional, en el caso de Venezuela, por la supremacía que la Constitucional Nacional otorga a los convenios y tratados internacionales.

El Código Bustamante, aprobado en la Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928, vigente para Venezuela desde 1932, según (Gaceta oficial del 9 de abril de 1932), abarca gran cantidad de materias, utilizando normas materiales y de conflicto, en lo relativo a niños, niñas y adolescentes, contempla las acciones referidas en instituciones familiares y que se consideran de fórmula general, señaladas en su

artículo 318, al referirse a los pleitos que den origen el ejercicio de acciones civiles y mercantiles de toda clase, estando allí comprendidas las acciones civiles contenciosas que se refieren a los asuntos de derecho privado mencionados en el párrafo primero del artículo 177 de la LOPNNA.

Las Convención de las Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, aprobada en Nueva York, Estados Unidos de America el 10 de diciembre de 1962, vigente para Venezuela desde 1983 (Gaceta Oficial No.3008, extraordinaria del 31 de agosto de 1982).

Aunque con poco articulado, esta convención promueve el respeto y la aplicación universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, el derecho a casarse y fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, aprobada en la Haya, Holanda, el 25 de octubre de 1980, vigente para Venezuela desde 1996 (Gaceta Oficial No.36.004 del 19 de julio de 1996).

Clasificación de las Medidas Preventivas y Cautelares en la Lopnna

Medida de arraigo.

De lo aseverado por Herrera (2011) se puede inferir, que la medida de arraigo sólo debe dictarse cuando sea estrictamente necesario, para garantizarle al niño su permanencia en el país, toda vez que se trata de una medida que limita el ejercicio al libre tránsito a que se refiere en el artículo 50 constitucional, y puede definirse como: “una medida temporal que busca garantizar las resultas del juicio, bien sea de una autorización para viajar, o para residenciarse en el extranjero.” (p. 352). Señala que un aspecto importante recogido por el legislador, es: “la posibilidad de extender la prohibición de salida del país a los padres del niño o de las personas que ejerzan la responsabilidad de crianza.” (p.352). Añade que la práctica usual en los casos de

colocaciones familiares, es que la sentencia establezca que el niño no puede ser trasladado fuera del territorio nacional sin la autorización del tribunal.

Finalmente, Herrera (2011), hace alusión a una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de julio de 2005 (caso Reinaldo Cervini Villegas), con ponencia del magistrado doctor Jesús Eduardo Cabrera Romero, donde se establece que si el otro progenitor se opone a la autorización para viajar o residir en el extranjero de un niño, la solicitud debe ser negada para que dicha situación sea ventilada en un procedimiento especial de guarda (responsabilidad de crianza); de allí que en las solicitudes de permiso para viajar, deben analizarse todas las opiniones, incluyendo la del Ministerio Público, para: “verificar si existe objeción ante el traslado requerido, considerando que conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional, los padres tienen iguales derechos en relación con el ejercicio de la crianza de sus hijos.” (p. 356).

Medida de restitución de la custodia al padre, la madre o terceras personas que ejerzan la responsabilidad de crianza en caso de retención indebida del niño, niña o adolescente.

Afirma Picón (2011), que la custodia es:

uno de los atributos de la Responsabilidad de Crianza, antes denominada Guarda. En el novedoso instrumento jurídico como lo es la Reforma a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se establece la obligatoriedad de que la Guarda, hoy Responsabilidad de Crianza, sea compartida; mientras que en el caso de la custodia el que sea compartida es excepcional,” (p. 326).

Medida de colocación familiar.

Señala Villalobos (2011), que la colocación familiar o en entidad de atención: es una medida de protección temporal que dicta el juez o jueza de protección a favor de niños, niñas y adolescentes que se encuentren privados de su familia de origen, que se ejecuta bajo la modalidades de

familia sustituta o en entidad de atención, debiendo preferirse la primera modalidad.

Esta medida de protección, junto con la adopción y la tutela son las modalidades de familia sustituta que establece la Lopnna (2007) en su artículo 394, como formas secundarias –ante la imposibilidad de serlo en la familia de origen- de garantizar el derecho a vivir, ser criados o criadas en una familia, dada la preeminencia del ejercicio de este derecho dentro de la familia de origen sobre la familia sustituta. (p. 62).

Con respecto a la finalidad de la colocación, Villalobos (2011) asevera, que consiste en otorgar la Responsabilidad de Crianza de un niño, niña o adolescente o grupos de hermanos de éstos, a una familia sustituta o una entidad de atención, con el propósito de que los responsables a quienes ésta les haya sido otorgada: ejerzan el deber y derecho de: “amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral”. (p. 62).

Medida de separación de la persona que maltrate al niño, niña o adolescente de su entorno.

De lo indicado por Hernández (2003) se puede inferir, que esta medida está contenida en el artículo 126 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña o Adolescente, referido precisamente a los tipos de medidas de protección, entendidas como una: “orden, impuesta por la autoridad competente, con el objeto de preservar el derecho amenazado o restituir el derecho violentado, de uno o varios niños, niñas o adolescentes individualmente considerados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125 *ejusdem*.” (p. 302). Señalando igualmente, que las medidas de protección son actos administrativos de obligatorio cumplimiento, emanados de la autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones, definiéndolas como: “órdenes, que imponen a una persona la obligación de hacer o no hacer determinada conducta, con

el objeto de preservar el derecho amenazado o restituir el derecho violentado de uno o varios niños, niñas o adolescentes, individualmente considerados”. (p. 302).

Hernández (2003), da a entender que la aplicación de esta medida debe de ser cautelosa, y debe implementarse, cuando sea el único medio efectivo para garantizar los derechos al niño, niña o adolescente, para restituirle el derecho violentado o para preservarle el derecho amenazado, sin perder de vista que su imposición no sólo implica la afectación de otros derechos y garantías del niño, niña y adolescente maltratado, sino también del mismo maltratador. Considera que esta medida de protección, puede resultar injusta, ya que la orden de separar al maltratador del entorno del niño o del adolescente, “implica que existe, entre ambos, una relación permanente de cercanía (familia, comunidad, escuela), pues un eventual contacto, pareciera no justificar una orden de separación del adulto maltratador del entorno del niño, niña o adolescente.” (p. 302).

Medida de retención de pasaporte.

De lo afirmado por Herrera (2011) se puede inferir, que con esta medida se puede evitar que el niño sea trasladado en puertos donde existan autoridades aduanales, lo cual es positivo considerando el gran cúmulo de solicitudes ante las autoridades centrales de los respectivos países, para la restitución de niños retenidos de manera ilegal por uno de los progenitores, violando los derechos de custodia y frecuentación del otro. También agrega que la disposición constitucional que permite tener doble nacionalidad, genera la posibilidad de que una persona posea dos pasaportes, lo cual debe poner en alerta no sólo a los integrantes del Sistema de Protección, sino a las autoridades de aduana, quienes deben requerirle la autorización correspondiente para su traslado, a todo niño que presente un pasaporte de país distinto al momento de su salida, si dicho pasaporte carece de entrada al territorio nacional, lo cual debe hacer concluir al funcionario, que posee adicionalmente la nacionalidad venezolana, y su ingreso debe haberse consumado con dicho instrumento nacional.

Asimismo, Herrera (2011) da a entender que cuando el niño o el adolescente

nacen en territorio venezolano, y adquieren otra nacionalidad, en el nuevo pasaporte se indica la ciudad donde nació, por lo que, si el funcionario aduanero logra apreciar al momento del sellado respectivo que en el pasaporte de un país extranjero se señala como lugar de nacimiento una ciudad de Venezuela, tal constancia pone de manifiesto el niño o adolescente posee igualmente la nacionalidad venezolana.

Conforme a lo anterior, cuando se solicite una medida de retención de pasaporte, la parte solicitante debe indicar al juzgador sobre el particular de que el niño posee otra nacionalidad, para que se tomen las medidas necesarias y evitar el traslado ilícito.

Medida de autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.

Señala Herrera (2011), que se trata de una medida que:

al contrario de las anteriores, lo que busca es precisamente que se autorice el viaje del niño en casos excepcionales. Esto significa que el solicitante debe probar la gravedad del caso para su procedencia. Por ello, no basta con que se mencione la urgencia como tal, porque el juez debe a nuestro modo de entender, consultar con expertos sobre el diagnóstico del niño, para evitar de esta forma que ciertos padres amparados en esta excepción logren persuadir al tribunal haciéndole creer que su hijo se encuentra con severos problemas de salud, y obtener de esta manera la autorización, que el otro progenitor no desea otorgar (p. 358).

Las medidas antes señaladas, y las citadas en el título primero de este Capítulo, se evidencia que en materia de Niños, Niñas y Adolescentes, prevalecen las medidas preventivas de carácter personal, lo cual no significa que no sean favorecidos éstos con medidas pecuniarias dirigidas a proteger su patrimonio, sino que tomando en cuenta la esencia de la Ley, la cual abarca la Protección de los Derechos Humanos de los más débiles jurídicas, ahora sujetos de Derecho, la protección y prevención

cautelar se hace instrumento fundamental de carácter inmediato, para garantizar la tutela judicial efectiva.

Trámites de las Medidas Preventivas y Cautelares en la Lopnna

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 466 de la LOPNNA, las medidas preventivas pueden decretarse a solicitud de parte o de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, de lo cual se puede deducir que no exige la ley un momento procesal específico para solicitarla, las mismas pueden solicitarse incluso desde el momento en que se acciona el órgano jurisdiccional y el juez decretarlas en la admisión de la demanda, tal y como lo establece el artículo 457 *eiusdem*.

Una vez decretada la medida con las previsiones antes señaladas por parte del juez, se inicia el procedimiento en contra del decreto por parte del afectado o los afectados de las medidas.

Artículo 466-A. “Oposición a las medidas preventivas.

Dentro de los cinco días siguientes a que conste en autos la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya notificada, o dentro de los cinco días siguientes a que el secretario o secretaria deje constancia en autos de su notificación, la parte contra quien obre puede oponerse a la medida preventiva, presentando escrito de oposición en el cual consten las razones o fundamentos a que hubiere lugar, indicando todos los medios de prueba con los que cuente y aquellos que requiera materializar para demostrar la procedencia de sus alegatos. Los primeros pueden ser consignados con el escrito de oposición o en la audiencia de oposición. Los segundos serán preparados antes y durante la audiencia de oposición.”

Artículo 466-D. “Audiencia de oposición a las medidas preventivas

El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes debe fijar por auto expreso, día y hora que tenga lugar la audiencia de oposición a las medidas preventivas, dentro de un plazo no menor de dos días ni mayor

de cinco días siguientes a aquel que conste en autos la oposición. La audiencia de oposición a las medidas preventivas es pública, salvo las excepciones previstas en la Ley, y la preside y dirige el juez o jueza de mediación y sustanciación, quien debe explicar a las partes la finalidad de las mismas. El juez o jueza debe oír las intervenciones de las partes, primero de la parte contra quien obre la medida preventiva, permitiéndose el debate entre ellos bajo su dirección. El juez o jueza debe revisar con las partes los medios de prueba indicados en la oposición, así como los indicados por la parte demandante, revisando los que hubieren sido consignados, así como aquellos con los que se cuente para ese momento. El juez o jueza debe decidir cuáles medios de prueba requieren ser materializados para demostrar sus respectivos alegatos, pudiendo verificar la idoneidad cualitativa o cuantitativa de los mismos, a fin de evitar su sobreabundancia y asegurar la eficacia respecto del objeto de la medida o la necesidad de que sean promovidos otros. El juez o jueza debe evacuar las pruebas y pueden ordenar la preparación de los medios de prueba que requieren materialización. Todas las observaciones y cuestionamientos de las partes sobre la admisión de las pruebas, serán resueltas en la misma audiencia. La audiencia de oposición a la medida preventiva puede prolongarse cuantas veces sea necesario hasta que el juez o jueza tenga elementos de convicción suficientes para decidir todo lo conducente. Contra la decisión procede apelación a un solo efecto, conforme a lo establecido en el procedimiento ordinario previsto en el Capítulo IV del Título IV de esta Ley.

La oposición a la medida preventiva no suspende el proceso y, debe tramitarse por cuaderno separado.

Artículo 466-E. “No comparencia a la audiencia de oposición a las medidas preventivas

Si la parte contra quien obra la medida preventiva no comparece sin causa justificada a la audiencia de oposición a las medidas preventivas se considera desistida la oposición presentada.

Si la parte solicitó la medida preventiva no comparece sin causa justificada a la audiencia de oposición se debe continuar con ésta hasta cumplir con su finalidad.”

Capítulo III

Medidas Cautelares Previas al Proceso en la en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

Fundamento legal de las Medidas Cautelares Previas al Proceso

Las medidas cautelares previas al proceso, se encuentran estipuladas en el párrafo segundo del artículo 466 de la LOPNNA, que dispone:

Artículo 466. “Medidas preventivas

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

(...)

Parágrafo Segundo

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

Las medidas anticipadas en la LOPNNA, representan una de las innovaciones legislativas en materia de niños, niñas y adolescentes, en función del cambio de la

doctrina de la situación irregular a la nueva Doctrina de Protección Integral, con fundamento en el resguardo de los derechos humanos de los niños. El legislador quiso otorgar al juez la potestad facultativa de prevenir o resarcir la supuesta violación de un derecho de manera previa al proceso, con la condicionante de que el interesado interponga la demanda dentro del mes siguiente al decreto de la medida. Por tratarse de medidas que van dirigidas a la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, no se exige garantía alguna. Por otra parte, la citada norma plantea una sanción consistente en el pago de los daños y perjuicios causados por parte del solicitante si los causare y no cumpla con la interposición de la demanda principal en el tiempo señalado.

En este orden de ideas, es importante traer a colación la tutela judicial efectiva, la encuentra prevista en el artículo 26 de la CRBV, y establece:

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

La medida anticipada en materia de niño, niñas y adolescentes es, un instrumento jurídico constitucional que garantiza el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva con anterioridad al proceso, previniendo y/o resarcido la violación de un derecho humano. El Sistema de Protección estaría incompleto y sería inoperante si no contemplara los mecanismos procesales para exigir de manera inmediata ante las instancias correspondientes el cumplimiento de los derechos consagrados en la ley.

Definición y finalidad de las medidas cautelares previas al proceso en la Lopnna

Es hábito judicial presentar un escrito ante los tribunales y concluir el mismo con las palabras “es justicia”; sin embargo la justicia que se reclama no siempre accede a las necesidades que apremian para el momento de accionar el órgano jurisdiccional, sin el duro transitar del proceso judicial. Ahora bien, esta práctica judicial obedece a leyes y códigos que fueron promulgados ajustados a una época

determinada son obra de los legisladores de su tiempo, sin embargo con el paso del tiempo, el crecimiento poblacional y las necesidades comunes sociales han aumentado, llevando a una modificación estructural en la política gubernamental y normando la convivencia, en búsqueda de garantizar el bien común, por lo que se da un impulso a la actividad legislativa obligando a la creación de nuevas normas, por cuanto las anteriores pierden su efectividad y resultan insuficientes para cubrir la necesidad en un contexto de celeridad y efectividad en pro de los derechos sustanciales.

Es así, como los legisladores se ven obligados a discutir las urgencias procesales y crear normas que aseguren la tutela judicial efectiva en situaciones particulares en las cuales el proceso resulta inadecuado tomando en cuenta los lapsos y actos que en el mismo se deben cumplir.

La tutela “anticipada”, tiene como característica principal la celeridad que lleva a reducir la condición para alcanzar el derecho de manera provisional pero inmediata.

Henríquez (2000) ha definido las medidas anticipadas, como:

medidas cautelares con instrumentalidad eventual, aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados de sus efectos; presentan una anticipación mucho mayor a lo que de por sí le es propia a toda medida cautelar, llegando a decretarse antes de que exista el juicio, en virtud de una disposición legal especial.

El fin de dicha tutela anticipada, es prevenir la violación del derecho, es decir, evitar el daño, y en caso de que el riesgo sea eminente detenerlo y resarcir el mismo; esto no prela que se inicie la litis, pues no pretende la norma que al pronunciarse el juez al respecto dicte un fallo definitivo, por el contrario, queda claramente definida la condición de provisionalidad de la medida al condicionar al solicitante con un lapso para presentar la demanda principal so pena de levantar la misma de manera inmediata si vencido dicho lapso no se cumple con dicha formalidad.

A mayor ilustración, la Sala Constitucional del TSJ, mediante sentencia N° 790, de fecha 06 de junio de 2012, dictada en el Expediente N° 12-0526, con ponencia de la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, en el procedimiento de interés colectivo, instaurado por Gabriela del mar Ramírez Pérez y otros, publicada en su página Web, estableció lo siguiente:

El artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia reconoce en el marco del Capítulo II, “De los procesos ante la Sala Constitucional”, que está inscrito en el Título XI, bajo la denominación “Disposiciones Transitorias”, las potestades cautelares generales que ostenta la Sala Constitucional con ocasión a los procesos jurisdiccionales tramitados en su sede.

Con respecto a la facultad cautelar que otorga la norma antes citada, esta Sala asentó en sentencia n.º 1.025 del 26 de octubre de 2010, (caso: Constitución del Estado Táchira), lo siguiente:

“La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (Vid. Decisión N° 269/2000, caso: ICAP), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. De allí, su carácter instrumental, esto es, que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran preordenadas a una decisión ulterior de carácter definitivo, por lo que en relación al derecho sustancial, fungen de tutela mediata y, por tanto, de salvaguarda al eficaz funcionamiento de la función jurisdiccional.

Significa entonces, que el citado carácter instrumental determina, por una parte, su naturaleza provisional y al mismo tiempo, por su idoneidad o suficiencia para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será útil para la

realización de ésta.

Resulta así oportuno referir a Calamandrei (1984. *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires), en el sentido que como efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

Entonces, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, en el cual, deben ponderarse las circunstancias concomitantes del caso así como los intereses públicos en conflicto, ello en virtud de la presunción de legitimidad de los actos del Poder Público.

Se sigue resaltando y debe quedar claro que la medida anticipada no resuelve la litis, pues ésta no se inicia con la misma, de allí su característica primordial, previa al juicio, de allí, que si bien el solicitante debe fundamentar con pruebas convincentes su solicitud, también es cierto que no se puede exigir que demuestre en dicha solicitud lo que únicamente en el proceso corresponde dilucidar.

Clasificación de las Medidas Cautelares Previas al Proceso

Si bien la norma relativa a las medidas anticipadas en la LOPNNA no señala de manera específica cuáles medidas pueden el juez dictar previas al proceso, se entiende que el párrafo segundo del citado artículo 466 al señalar “las medidas preventivas” se refiere a todas las medidas a que hace referencia el mismo artículo, en este caso cabe destacar que el juez debe analizar la urgencia del caso con las pruebas que justifiquen la solicitud. La diferencia en lo que respecta a estas medidas con las

conocidas en otras materias, es el momento procesal en que se solicitan; antes del inicio del proceso y durante el proceso.

Repasando lo explicado en el capítulo anterior, como concluyentes para el juez al momento de pronunciarse sobre el decreto de la medida en esta materia especial, se señalan:

Señalamiento del derecho reclamado.

Legitimación para solicitarla.

Riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

Los dos primeros son requisitos indispensables cuando de Instituciones Familiares se trata, la última, por analogía refiere con fundamento en el artículo 585 del CPC, al *periculum in mora*, al *fumus bonis iuris* y al *periculum in damni*.

El párrafo primero del artículo 466 de la LOPNNA, dispone:

Artículo 466. ‘Medidas preventivas

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

Parágrafo Primero

El juez o jueza puede ordenar, entre otras, las siguientes medidas preventivas:

a) Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza.

- b) Restitución de la Custodia al padre, la madre o terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza en caso de retención indebida del niño, niña o adolescente.
- c) Custodia provisional al padre, la madre o a un familiar del niño, niña o adolescente.
- d) Régimen de Convivencia Familiar provisional.
- e) Colocación familiar o en entidad de atención provisional durante el trámite del procedimiento de colocación familiar.
- f) Separación de la persona que maltrate un niño, niña o adolescente de su entorno.
- g) Retención del pasaporte del niño, niña o adolescente.
- h) Restitución de bienes o enseres del hogar propiedad del niño, niña o adolescente, de su madre o padre, para garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado.
- i) Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.

Las medidas ante señaladas se relacionan directamente con las instituciones familiares a que hace referencia la LOPNNA, y la urgencia de las mismas para el pronunciamiento cautelar debe estar determinada por la afectación de un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes.

En los casos que involucren intereses patrimoniales se pueden solicitar las medidas a que hace referencia del CPC, demostrando el riesgo manifiesto.

Como característica aplicada a todos los casos, el solicitante debe convencer al juez sobre la urgencia de la medida. La urgencia es la garantía de la eficacia de las providencias cautelares, es sinónimo de necesidad, que justifique la intervención efectiva y rápida del órgano jurisdiccional. El impulso de las medidas cautelares prevén el peligro de un posible retardo en la administración de justicia, dado los

trámites procesales que se deben agotar para reclamar el derecho afectado. Este carácter de urgencia va dirigido a la simplicidad de los tramites para lograr rapidez de una manera superficial en el conocimiento de la materia de fondo, en otras palabras, el derecho reclamado antes de proceder a la ejecución, basta que haya indicio fundado de peligro y de justicia en la pretensión presentada.

Medidas Cautelares Previas al Proceso en otras Legislaciones

La ley de Derecho de Autor en Venezuela, prevé la posibilidad de preservar al titular de los derechos de autor, y sus derechos de explotación, ante el riesgo de violación de sus derechos, según lo indica el primer aparte del artículo 112, atribuyendo al Juez de Municipio la facultad de decretar medida de embargo y de secuestro.

Artículo 112. “Si hubiere litigio entre las partes, las pruebas y medidas preventivas en el artículo precedente podrán ser decretadas por el juez de parroquia o municipio del lugar donde deba ejecutarse, cualquiera que sea la cuantía. En tal caso, la parte contra quien obre podrá reclamar de la misma ante el juez de la causa, sin que ello obste a la práctica de la prueba o la ejecución de la medida.

(...)

El mismo juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos, desde su ejecución, si no se le hubiere comprobado la iniciación del juicio principal.”.

Se observa una clara similitud con la normativa de la LOPNNA, en lo referente a la anticipada de la cautelar, con la relevante diferencia de que en esta materia de derecho de autor, el afectado de la medida puede solicitar el levantamiento de la misma si se comprueba que no se inició el juicio principal en un lapso de treinta días, y en la citada ley especial, el juez está facultado para levantar las medidas de oficio en caso de que no se cumpla con la condición ya señalada.

En materia agraria, a los fines de entender de manera general las medidas

anticipadas, resulta importante traer a colación lo señalado en la sentencia dictada en el Expediente N° 0001, por el Juez Superior Séptimo Agrario del Estado Trujillo, el 06 de diciembre de 2007, que señala:

Sobre la competencia de este tribunal para pronunciarse en cuanto a la posibilidad de dictar medidas anticipadas oficiosas, ya este Juzgador se pronunció en auto de fecha diecinueve (19) de Septiembre de dos mil siete (2007), en virtud de que el ordinal 1ro. del artículo 167 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en concordancia con el artículo 207 *eiusdem* y las decisiones de fecha 19 de julio de 2002, dictada por la Sala Constitucional del tribunal supremo de Justicia, cuando indica que el tribunal competente debe ser el juez natural de conformidad con los artículos 26 y 49 de la carta fundamental, la misma va en plena armonía con el fallo número 0262, de fecha 16 de Marzo de 2005, que recayó en el expediente número 2005-0299, la cual declaró que lo relativo al conocimiento de los recursos contra actos administrativos de entes agrarios, no se debe solo tener a los que contempla el Título IV de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sino también aquellos órganos que en ejercicio de su competencia en materia agraria incida en la esfera jurídica de los particulares, así mismo la sentencia número 062 del 09 de Mayo de 2006, correspondiente al expediente número 2003-0839, *ut supra* indicada, mediante la cual declaró que es constitucional el mencionado artículo 207 de la nombrada Ley Agraria, además fijó los límites para su aplicación, por lo que las medidas acordadas en aplicación de dicho artículo puede recaer sobre cualquier autoridad y en el presente asunto por ser ambiental, por ser competente por el territorio, este Tribunal y por mandato del ordinal 4 del artículo 178 de la Carta Magna, desarrollados en la Ley Orgánica del Poder Municipal, Ley Orgánica del Ambiente y Ley de Residuos y Desechos Sólidos.

Más aún, por disposición del ordinal 44 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, le corresponde a la Sala de Casación Social conocer en Alzada de los recursos contencioso administrativos de nulidad en materia Ambiental

y Agraria. Por lo que no queda duda de que este tribunal es competente para pronunciarse sobre alguna medida anticipada oficiosa como en el presente caso.

Aunque se evidencia una clara diferencia con respecto a los derechos que se protegen, la potestad otorgada al juez para decretar las medidas anticipadas de oficio, deja ver la importancia que el legislador otorga a las medidas cautelares anticipadas y lo pertinentes del decreto de las mismas con el fin de salvaguardar derechos de manera previa al inicio de la litis.

Finalmente, se arriba a la conclusión que el poder cautelar otorgado al órgano jurisdiccional, debe ejercerse con estricta sujeción a la norma que lo prevé, de allí que dicha providencia cautelar sólo debe concederse cuando existan en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la vulneración del derecho que se reclama, siendo imperativo examinar los requisitos de ley de acuerdo a la materia. En este sentido, la potestad cautelar del juez que le es reconocida por las leyes adjetivas, debe ser ejercida preservando el sentido instrumental, adecuando la situación entre la medida y el objeto tutelado por la ley, de acuerdo al derecho que se pretende proteger mientras se tramita el juicio.

Capítulo IV

Contenido y Alcance del Derecho a la Defensa

Fundamento Legal del Derecho a la Defensa

El derecho a la defensa está íntimamente relacionado con el conjunto de derechos y garantías procesales que conforman el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso - dentro del cual se encuentra incluido- que se manifiesta a través del derecho de acceso a la justicia; el derecho a ser oído; el derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga; el derecho de acceso al expediente; el derecho a la asistencia de letrado; el derecho al intérprete; el derecho a formular alegatos, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa; el derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho; el derecho a recurrir; y el derecho a la ejecución de las sentencias. Estos derechos y garantías procesales, pueden ser fácilmente transgredidos por la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 466 de la LOPNNA y se encuentran pautados en el artículo 49.1 de la CRBV, que establece:

Artículo 49. “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”

Igualmente, en el artículo 15 del CPC, el legislador establece la obligación del órgano jurisdiccional, de garantizarle dentro del proceso a las partes, el derecho de defensa, en los siguientes términos:

Artículo 15. “Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género.”

En materia de tratados, pactos y convenios internacionales, el derecho a la defensa, se encuentra regulado de la siguiente forma:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en 1948, en Bogotá, Colombia, prevé el derecho a proceso regular, a través de un conjunto de derechos y garantías procesales, enmarcadas dentro del contexto del derecho al debido proceso y a la defensa, en su artículo XXVI:

“Derecho a proceso regular

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, en sus artículos 10 y 11, contempla un conjunto de garantías procesales, a las que tiene derecho toda persona, en condiciones de plena igualdad, para el mejor ejercicio de su defensa, en los siguientes términos:

Artículo 10. “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y

obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Artículo 11.

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, prevé en su artículo 14, un conjunto de derechos y garantías procesales para toda persona, que se enmarcan dentro del contexto del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, el cual es del siguiente tenor:

Artículo 14.

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado

oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, establece un conjunto de garantías procesales, a las que tiene derecho toda persona, en plena igualdad, que se enmarcan dentro del contexto del derecho a la defensa, en su artículo 8.2:

Artículo 8. “Garantías Judiciales

(...)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”

Definición del Derecho a la Defensa

El derecho a la defensa, forma parte del conjunto de garantías individuales que conforman el derecho al debido proceso; es un derecho esencial entre los derechos de tipo procesal, que encierra tanto un principio de prohibición de ocasionarse indefensión, como un principio de contradicción de los actos procesales, que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

El derecho a la defensa permite asegurar la efectiva realización de los principios procesales de contradicción y de igualdad, los cuales imponen al órgano jurisdiccional, el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes, y de impedir que las limitaciones de alguna de las partes, puedan desembocar en una situación de indefensión.

Para la realización del derecho a la defensa, se requiere contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que el interesado sea informado con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra.

El derecho a la defensa se manifiesta a través del derecho a ser oído o derecho a la audiencia; el derecho de acceso al expediente; el derecho a formular alegatos y presentar pruebas; derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho; el derecho a recurrir; y, el derecho de acceso a la justicia.

Uno de los atributos principales de este derecho, es la posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes en defensa de la posición que sostenga el interesado, y

cuya observancia es obligatoria en todas las actuaciones judiciales y administrativas conforme a lo preceptuado en el mismo artículo.

Dentro del ámbito administrativo, el derecho a la defensa comprende primordialmente el derecho a ser oído dentro de un procedimiento legalmente establecido; la posibilidad que el interesado pueda presentar dentro del procedimiento, los argumentos que considere pertinentes en su defensa, y las pruebas que le permitan desvirtuar los alegatos planteados en su contra por la Administración; el derecho de acceso al expediente, y a examinar en cualquier estado las actas que componen; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa y de los recursos y medios de defensa que posee.

Picó (1997), con base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, considera que la vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes:

la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse.

En consecuencia, se justifica la resolución *inaudita parte* en caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita de la parte o por negligencia imputable a la misma, eso es, no se infringe el derecho de defensa cuando se ofrece a los litigantes la posibilidad real de ser oídos, con independencia de que éstos hagan uso o no de esta posibilidad. (p. 102).

Henríquez (2005), da a entender que el derecho a la defensa según el artículo 49 constitucional y 15 del CPC., es concebido en forma amplia, no sólo como el derecho de contradicción del demandado, o las posibilidades procesales que éste tiene de rebatir la pretensión deducida en su contra, sino además, como las que corresponden en el proceso al actor, el acceso a la prueba, para el reconocimiento y satisfacción de

los derechos subjetivos en juego en la litis.

Para Madrid-Malo (2004), el derecho de defensa es:

el derecho fundamental de toda persona sindicada a realizar todos los actos necesarios para no ser condenada con violación de la garantía fundamental de jurisdiccionalidad (esto es, *nullum iudicium, sine accusatione, sine probatione et sine defensione* = sin juicio alguno, sin acusación, sin prueba y sin defensa). El derecho a la asistencia es el derecho fundamental de la misma persona a recibir de manera real y efectiva el concurso profesional que garantice la plena realización de los principios de igualdad, contradicción y defensa. (p. 295).

Gimeno (1988), citado por Madrid-Malo (2004), explica el fundamento del derecho de defensa apuntando que:

no es otro sino el del propio principio de contradicción (...) consustancial a la idea del proceso. Desterrada hace ya tiempo la vieja nota del proceso penal inquisitivo, conforme a la cual el imputado no debería ser considerado como sujeto, sino como objeto del proceso penal, la propia estructura del proceso penal moderno exige que no haya imputación o acusación sin el ejercicio simultáneo de la defensa. (p. 298).

Según Betancourt (2007), se entiende por derecho a la defensa:

la protección de todos los derechos y garantías constitucionales y legales cuyo ejercicio consagra el estado a favor de la persona natural o jurídica, a través de sus órganos jurisdiccionales o administrativos para que los mismos no sean violados y lesionen los intereses de sus titulares en el proceso, y que puede ser ejercido por aquella parte que considere que los mismos le han sido vulnerado o afectado. (p. 69).

En su análisis de la definición del derecho a la defensa, Betancourt (2007), permite inferir que entendido como “protección”, comprende el derecho natural e inalienable de todo ser humano de defenderse de los ataques, agresiones o

pretensiones que afecten sus derechos objetivos y subjetivos, ya que, no se limita al rechazo de agresiones físicas, sino también jurídicas, que le afecten como sujeto de derecho, y que puedan llegar a lesionar efectivamente su patrimonio personal o jurídico. Betancourt explica que, se pretende cubrir toda la esfera jurídica de los sujetos de derechos, abarcando tanto los derechos humanos, como las garantías y derechos que la constitución establece a favor de otras personas jurídicas, como las entidades jurídicas colectivas, u otros derechos que no son catalogados dentro de la esfera de derechos humanos, como el derecho de asociarse, o el derecho de dedicarse libremente a la actividad económica elegida. De acuerdo con lo estipulado en el preámbulo y en el artículo 2 de la CRBV, el Estado se constituye en el garante de todas las garantías y derechos constitucionales y legales y del pleno ejercicio de los mismos, a través de los órganos jurisdiccionales y administrativos.

Cuenca (1974), indica que por ser la defensa un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso:

toda privación de la facultad de expresar razones y demostrar hechos en el proceso implica un estado de indefensión...” Asimismo, sostiene que la defensa procesal es ambivalente, porque implica tanto “...el derecho de pedir como de contestar en el proceso. Es bilateral tanto para el actor como para el demandado y es base de los principios de contradicción y de igualdad procesal. (p. 173).

Para Febres (1991), el derecho a la defensa: “garantiza a las partes el ejercicio de sus legítimas facultades procesales para cumplir las cargas, aprovechar las posibilidades y realizar las expectativas que el proceso comporta.” (p. 98).

Abreu y Mejía (2005), permiten inferir que la garantía de la igualdad constituye uno de los derechos fundamentales de los venezolanos; que la Constitución establece en el Preámbulo, la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, y en su artículo 21, dispone que todas las personas son iguales ante la ley. Asimismo, señalan que el CPC, es la ley reglamentaria del derecho constitucional de defensa y del

debido proceso, por lo que, la interpretación de las normas procesales debe estar dirigida a garantizar el ejercicio de los derechos en el proceso, y que, entre varias interpretaciones, debe preferirse aquella que garantice mejor esos derechos, aunque no sea la más apegada al texto legal. Asimismo, consideran que hay indefensión, cuando:

el juez priva o limita a las partes, la utilización de los medios y recursos que la ley procesal les concede para la defensa de sus derechos; pero también existe cuando se rompe la igualdad procesal, estableciendo preferencias y desigualdades, al acordar facultades, medios o recursos no establecidos en la Ley. (p. 195).

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del TSJ, a través de sentencia N° 365, de fecha 2 de abril de 2009, con ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, en el procedimiento de amparo constitucional interpuesto por Edmundo José Chirinos García, en el expediente N° 08-1624, publicada en su página Web, dejó asentado que la indefensión es la privación del derecho de defensa y que tiene que ser demostrada, al establecer lo siguiente:

La indefensión es la situación en la que se impide a una parte, en el curso de un proceso, el ejercicio del derecho a la defensa. Para que ésta exista tiene que producirse la concurrencia de una acción u omisión de un órgano judicial o administrativo y, la infracción de una norma procesal (presupuestos jurídicos). **Pero, en definitiva lo que la define es el resultado: la privación del derecho de defensa.**

La indefensión tiene que ser, por tanto, demostrada. Quien considere que se le ha producido indefensión, no solamente tiene que alegar que se ha producido una infracción meramente formal de las normas que rigen el proceso, sino que además tiene que probar que dicha infracción le ha privado del derecho a la defensa y, como consecuencia de ello, le ha ocasionado un perjuicio real y efectivo, es

decir, que se ha producido el efecto material de indefensión.

Sin embargo, **dicha privación o limitación no puede ser imputable a quien la alega. La negligencia o la falta de diligencia del justiciable o de su abogado no pueden producir indefensión. Si el interesado no ha hecho uso de todos los mecanismos que el ordenamiento pone a su disposición para poner de manifiesto ante el órgano judicial la privación o limitación del ejercicio del derecho a la defensa de la que está siendo objeto, no puede alegar después que ha padecido indefensión.** Pues corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o a quien no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia razonablemente exigible.

Con respecto a la definición del derecho a la defensa, la Sala Constitucional del TSJ, mediante sentencia N° 05, de fecha 24 de enero de 2001, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, en el procedimiento de amparo constitucional instaurado por Supermercado Fátima S. R. L., en el expediente N° 00-1323, publicada en su página Web, dejó asentado lo siguiente:

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. (...) **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.** (Resaltado añadido).

Contenido del Derecho a la Defensa

Picó (1997), al analizar el contenido del derecho a la defensa, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, permite inferir que es un deber constitucional de los órganos jurisdiccionales, el permitir la correcta ejecución de los actos de comunicación previstos en la ley, en aras de conseguir que la defensa procesal, tenga lugar. El derecho a la defensa comprende además de la asistencia de Letrado, elegido libremente o nombrado de oficio, la posibilidad de defenderse personalmente, es decir, el derecho a la defensa privada o derecho a defenderse por sí mismo. Asimismo, incluye el derecho al intérprete y el derecho a la última palabra.

Picó (1997), da a entender que con respecto al **derecho al intérprete**, señala Picó que su objetivo es garantizar la adecuada defensa, ya que sólo quien conoce los motivos por los cuales se le demanda, puede articular su estrategia defensiva con las debidas garantías.

Picó (1997), permite inferir que en el derecho procesal penal, se ofrece al acusado la garantía del **derecho a la última palabra**, brindándole la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones, de discrepar de su defensa o de completarla de alguna manera, por lo que, la viva voz del acusado, se configura en un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio. En cuanto al **derecho a la asistencia de Letrado**, puntualiza, que no sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran. El derecho comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico, a quien merezca su confianza y considere más adecuado para llevar a cabo su defensa. La vigencia de este derecho exige, que en determinadas ocasiones, deba ser proporcionado por los poderes públicos.

De lo aseverado por González (2001), con base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, se puede inferir que el derecho a la defensa requiere de los siguientes elementos: **La defensa de las partes**, en virtud que las garantías que debe contener la regulación del proceso, tienen como finalidad que las partes puedan defenderse. El derecho a la defensa es el antídoto de la tacha más grave que puede

agotar la tutela judicial hasta hacerla desaparecer, la indefensión, y a su vez actúa como origen de otros derechos que le siguen en el mismo texto constitucional. La indefensión se caracteriza la privación o limitación del derecho de defensa, con mengua del derecho a intervenir en el proceso, a causa de actos concretos de los órganos jurisdiccionales. **Iniciación del proceso y comparecencia de los posibles afectados por la sentencia**, ante cualquier forma en que se demande justicia, el órgano jurisdiccional debe incoar el proceso, impulsándolo por sus trámites respectivos y dictar resolución, pese a que la misma se produzca antes del momento normal de terminación, es decir, con la sentencia, y se limite a declarar su inadmisibilidad. La defensa no es posible, si los afectados por la sentencia que pone fin al proceso, no comparecen, por no haber tenido conocimiento del mismo, por lo que constituye una garantía esencial, la notificación de la existencia del proceso, a los acusados, demandados o titulares de derechos e intereses legítimos, que pudieran resultar afectados por la sentencia. Se debe llamar al proceso judicial, a todo el que posea derechos e intereses legítimos, para que pueda ser parte procesal, y ejercitar el derecho a defenderse contradictoriamente si le conviene.

González (2001), da a entender que otro requisito es la **Ordenación del proceso**, a través de la exigencia de notificar a las partes y personas destinatarias de los actos procesales, siendo la finalidad de los actos de comunicación procesal; y, la exigencia de notificar si la resolución es o no final, así como de los recursos procedentes. **Instrucción del proceso**, donde se proporcionen todas las garantías necesarias para que las partes tengan la posibilidad de suministrar al órgano judicial, cuantos elementos consideren necesarios, para que pueda llevarse a cabo la comparación entre los elementos de la pretensión y el ordenamiento jurídico. **Publicidad del proceso**, la cual constituye otra garantía y está sujeta a las excepciones que prevean las leyes procedimentales internas o internacionales, según el caso. El instrumento idóneo para realizar este principio, es la oralidad del proceso, como reiteradamente lo han señalado algunos procesalistas iberoamericanos.

González (2001), permite inferir que otro requisito es la **Terminación del proceso**, si se trata de una terminación normal a través de la sentencia, ésta debe estar fundada en criterios razonables, exponiendo los motivos en que se funda, donde se decidan todas y sólo las cuestiones planteadas en el proceso, atendiendo sustancialmente el núcleo de pretensiones formuladas por las partes, ofreciendo una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso. **Invariabilidad de las sentencias**, el principio de la invariabilidad, intangibilidad e inmodificabilidad de las sentencias judiciales, es una consecuencia del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva. **Impugnación del proceso**, los recursos y la multiplicación de las instancias, han sido considerados, más que como una garantía de los justiciables, como un instrumento para prolongar los procesos varios años, en detrimento de la efectividad de la justicia, por lo que, en un buen número de Constituciones hispanoamericanas se ha establecido el criterio de que únicamente existan dos instancias.

Madrid-Malo (2004), da a entender que existe un conjunto de derechos y garantías que aseguran el derecho de defensa de toda persona durante el proceso, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Del derecho de defensa hacen parte todos los actos que el sindicado o su defensor llevan a cabo para la realización efectiva de los principios procesales de igualdad y contradicción los cuales analiza a continuación. **Principio de igualdad**, exige que la ley sea aplicada por igual a todas las personas que se encuentren en la misma situación, sin hacer entre ellas diferencias de carácter irracional o arbitrario. **Principio de contradicción**, exige que todo proceso se desarrolle dentro de una dinámica de bilateralidad o controversia, para permitir que los sujetos procesales actúen y reaccionen en pro de los intereses por ellos representados. Asimismo, señala que como consecuencia imperativa de los principios de igualdad y contradicción, el ejercicio del derecho de defensa es condición indispensable, para que exista paridad

auténtica entre las partes, para que el proceso conserve su carácter controversial y para que la administración de justicia no pierda su espíritu democrático.

Brewer (1982), permite inferir que el derecho a la defensa en el curso de un procedimiento administrativo, ha sido una construcción jurisprudencial derivada del principio consagrado en el artículo 68 (Constitución de 1961); asimismo, analiza dentro del ámbito del procedimiento administrativo, una serie de derechos conexos al derecho a la defensa: **Derecho a ser oído**, que es la base del derecho a la defensa, porque no puede hablarse de defensa si no es convocado o citado el particular. **Derecho a hacerse parte**, donde no sólo tienen derecho a hacerse parte en el procedimiento los interesados intervinientes en su iniciación, sino cualquier otro con interés en el procedimiento, que quiera intervenir posteriormente. **Derecho a ser notificado**, consagrado como un derecho en los procedimientos que se inicien de oficio. **Derecho a tener acceso al expediente**, tradicionalmente vulnerado por la Administración, que consiste en el derecho que tienen los interesados y sus representantes, de examinar en cualquier estado y grado del procedimiento, el respectivo expediente. **Derecho a presentar pruebas**, que también comprende a los procedimientos que se inicien de oficio. **Derecho a ser informado de los recursos**, es el derecho que tiene el interesado a que se le informe sobre los recursos que puede interponer contra los actos administrativos, para defenderse frente a los mismos.

Mediante sentencia N° 01459, de fecha 12 de julio de 2001, la Sala Político Administrativa del TSJ, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, en el procedimiento de amparo con recurso de nulidad instaurado por Alejandro Ramón Guedez E., en el expediente N° 0326, publicada en su página Web, analiza el contenido del derecho a la defensa, señalando lo siguiente:

entre otras manifestaciones, ha sido concebido como el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna, si el administrado no cuenta con esta posibilidad; **el derecho a ser notificado** de la decisión administrativa a los efectos de que le sea posible al particular, presentar

los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aun si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; **el derecho a tener acceso al expediente**, justamente con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento, las actas que lo componen, de tal manera que con ello pueda el particular obtener un real seguimiento de lo que acontece en su expediente administrativo. Asimismo, se ha sostenido doctrinariamente que **la defensa tiene lugar cuando el administrado puede presentar pruebas**, las cuales permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración y finalmente, con una gran connotación, **el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa**, a objeto de ejercer esta última frente a los actos dictados por la Administración. (Resaltado añadido).

Capítulo V

Nexo existente entre el Parágrafo Segundo del Artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y el Derecho a la Defensa Fundamento Legal de las Medidas Cautelares Previas al Proceso

Las medidas cautelares previas al proceso, se encuentran estipuladas en el parágrafo segundo del artículo 466 de la LOPNNA, que dispone:

Artículo 466. “Medidas preventivas

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

(...)

Parágrafo Segundo

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

En el mismo orden y dirección, Ortiz (2002), señala lo siguiente sobre las medidas cautelares *extralitem*:

Decreto cautelar *extralitem*: como puede colegirse estas medidas pueden ser decretadas como forma previa al proceso, estableciéndose como lapso el de 30 días para que el actor presente su demanda.

(...)

Inexistencia de la caución y daños y perjuicios: dispone el artículo 467 de la LOPNA que para decretar la medida no se exige caución, pero que “si la demanda no se presentares” o “el juez determine infundada la solicitud, de ser procedente, condenará al pago de daños y perjuicios causados”. En el primer aspecto, es decir, si no se presenta la demanda, resulta lógica la condenatoria en daños y perjuicios, pero en caso de que la “solicitud” resulte “infundada” (es decir, que la medida no se decretó) entonces carece de sentido disponer la posibilidad de condenatoria de daños y perjuicios porque éstos no se causaron, Además resulta de dudosa constitucionalidad que un juez, sin procedimiento previo para ello, pueda “condenar” a alguien al pago de daños y perjuicios, lo lógico es que se abra un incidente (utilizando en artículo 607 del CPC) para determinar la real existencia de los daños alegados. (p. 264).

Vacío Legal dejado por el Legislador en la Redacción del Parágrafo Segundo del Artículo 466 de la Lopnna

El vacío legal o laguna jurídica, consiste en la ausencia de regulación en una materia específica. Es cuando el operador de justicia no encuentra una normativa aplicable al caso concreto.

Según Petzold (1984), el vacío legal o laguna jurídica, es “...un hueco, un vacío, una incompletez normativa del derecho, experimentado como falta de regulación jurídico- positiva para determinados casos concretos.” (p.185).

La incompletez o vacío que presenta la redacción del parágrafo segundo del artículo 466 de la LOPNNA, se puede resumir en los siguientes aspectos:

Para decretar la medida cautelar, no se exige el requisito consistente en el

señalamiento del derecho reclamado y de la legitimación que se tiene para solicitarla, requeridos en los procesos relativos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de la ley.

Tampoco se exige el requisito del acompañamiento de un medio de prueba que constituya presunción grave que existe riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, así como del derecho que se reclama, exigidos en los demás casos para el decreto de medidas cautelares.

El único requisito exigido por el legislador para decretar cualquier medida preventiva en forma previa al proceso, es la obligación impuesta al solicitante, de presentar la respectiva demanda dentro del mes siguiente al decreto de la medida, con la advertencia que la medida preventiva será revocada al día siguiente de no cumplirse con la referida obligación.

Nada establece el legislador sobre la posibilidad que el afectado por la medida cautelar puede oponerse a la misma.

Tampoco ha previsto el legislador la notificación del afectado por la medida cautelar decretada en su contra para ejercer su derecho al contradictorio, no obstante que la notificación es el punto de referencia para la iniciación del cómputo del lapso de cinco (5) días para la oposición a la medida, según lo estipula el artículo 466-C de la LOPNNA.

Vulneración del Derecho a la Defensa por el Vacío Legal existente en la Redacción del Parágrafo Segundo del Artículo 466 de la Lopnna

El derecho a la defensa se encuentra incluido dentro de los derechos y garantías que conforman el derecho al debido proceso, establecidos en el artículo 49.1 de la CRBV, en los siguientes términos:

Artículo 49. “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene

derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.”

Igualmente, en el artículo 15 del CPC, el legislador establece la obligación del órgano jurisdiccional, de garantizarle dentro del proceso a las partes, el derecho de defensa, de la siguiente manera:

Artículo 15. “Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género.”

Conforme con la redacción de la mencionada norma constitucional, de su interpretación doctrinaria y análisis jurisprudencial (desarrollados en el capítulo anterior), se puede afirmar que el derecho a la defensa se manifiesta a través de los siguientes derechos y garantías procesales: el derecho de acceso a la justicia; el derecho a ser oído; el derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga; el derecho de acceso al expediente; el derecho a la asistencia de letrado; el derecho al intérprete; el derecho a formular alegatos, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa; el derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho; el derecho a la ejecución de las sentencias; y el derecho a recurrir, entre otros.

Con base en las observaciones realizadas en el punto anterior, acerca de la alguna jurídica dejada por el legislador en la redacción del párrafo segundo del artículo 466 de la LOPNNA, a continuación se analiza de qué manera podrían ser

vulnerados algunos de los derechos y garantías que conforman el derecho a la defensa:

Cuando el legislador, para decretar la medida cautelar, no le exige al solicitante el señalamiento del derecho reclamado y de la legitimación que se tiene para solicitarla, se le está transgrediendo al afectado por la medida cautelar, su derecho al contradictorio, ante el desconocimiento preciso de cuál es el derecho reclamado por su adversario y si éste se encuentra legitimado para solicitar dicha medida.

Cuando el legislador, para decretar la medida cautelar, no le exige al solicitante el acompañamiento de un medio de prueba que constituya presunción grave que existe riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, así como del derecho que se reclama, se le está cercenando al afectado por la medida cautelar, su derecho al contradictorio, ante el desconocimiento preciso de cuál es el derecho reclamado por su adversario, y de cuál es el riesgo que corre de no decretarse dicha medida.

Cuando el legislador, para decretar la medida cautelar, le exige como único requisito al solicitante, que presente la respectiva demanda dentro del mes siguiente al decreto de dicha medida, se le está vulnerando al afectado por la medida cautelar, la garantía de mantener a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades, con respecto a los requisitos exigidos para decretar las medidas dentro del proceso.

Cuando el legislador, no ordena la notificación del afectado por la medida cautelar decretada, le está cercenando su derecho a ser notificado, a ser oído y a ejercer su derecho al contradictorio, ante el desconocimiento de la medida decretada en su contra.

Cuando el legislador, no establece la posibilidad que el afectado por la medida cautelar puede oponerse a la misma, le está transgrediendo su derecho al contradictorio, el derecho a formular alegatos y de disponer del tiempo y de los

medios adecuados para ejercer su defensa, a través del procedimiento de oposición respectivo.

Referencias Bibliográficas

- Abreu, A. y Mejía, L. (2005). La casación civil (2ª. ed.). Caracas: Homero.
- Aguiar, A. (1994). Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (pp. 19-20). San José: Rafael Nieto Navia.
- Betancourt, A. (2007). El debido proceso en la legislación venezolana. Valera: Universo Gráfico.
- Brewer, A. (1982). Instituciones políticas y constitucionales. Caracas- San Cristóbal: Jurídica Venezolana.
- Calamandrei, P. (1945). Introducción al estudio de las providencias cautelares (Trad. S, Sentis). Argentina: Bibliográfica.
- Código Bustamante, aprobado en la Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928.
Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf
- Código de Procedimiento Civil y su Exposición de Motivos (1986). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.209 (Extraordinario), septiembre 18,1990.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.908 (Extraordinario), febrero 19, 2009.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado de: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969, con entrada en vigencia el 27 de enero de 1980. Recuperado de: http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/viena.pdf

Couture, E. (1997). Fundamentos del derecho procesal (3ª. ed.). Buenos Aires: Depalma.

Cuenca, H. (1974). Curso de casación civil. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. Recuperado de: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>

Febres, A. (1991). Recurso de casación: Recurso de forma en la nueva casación civil venezolana. Caracas: Jurídica Venezolana.

González, J. (2001). El derecho a la tutela jurisdiccional (3ª. ed.). Madrid: Civitas.

Henríquez, R. (1998). Código de Procedimiento Civil (vol. 4). Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Henríquez, R. (2000). Medidas cautelares según el Código de Procedimiento Civil (3ª. ed.). Caracas: Líber.

Henríquez, R. (2005). Instituciones de derecho procesal. Caracas: Líber.

Hernández, Y. (2003). La medida de separación de la persona que maltrate a un niño, niña o adolescente de su entorno. IV Jornadas sobre la LOPNA. (pp. 303-327). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Herrera, A. (2011). Autorizaciones para residir y viajar fuera del territorio nacional de niños, niñas y adolescentes (medidas preventivas). V Foro derecho de la infancia y de la adolescencia. (pp. 345-359). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia-Fundación Gaceta Forense. (Serie Eventos, Nro. 36).

Jiménez, S (1999). Medidas cautelares. Caracas: Kelran.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y su Exposición de Motivos. (2007). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.859, diciembre 10, 2007.

Ley sobre el Derecho de Autor (1993). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.638, octubre 01, 1993.

Madrid-Malo, M. (2004). Derechos fundamentales (3^a. ed.). Bogotá: 3R.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Argentina, Protección Internacional de los Niños. Recuperado de: http://www.menores.gob.ar/index.php?sop=restitucion&ssop=convenios&sssop=convenio_haya

Ortiz, R. (1997). El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano. Caracas: Paredes.

Ortiz, R. (2002). El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano (2^a. ed.). Caracas: Frónesis.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/pdcp.html>

Petzold, H. (1984). Interpretación e integración en el Código Civil venezolano. Maracaibo: Universidad del Zulia.

Picó, J. (1997). Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: J. M. Bosch.

Picón, T. (2011). Custodia compartida-Aspectos jurídicos. V Foro derecho de la infancia y de la adolescencia. (pp. 325-333). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia-Fundación Gaceta Forense. (Serie Eventos, Nro. 36).

Quiroga, H. (1985). Procesos y medidas cautelares. Bogotá: Librería del Profesional.

Reyes, I. (2012). Las medidas preventivas y la audiencia de oposición. Curso virtual para facilitadores de la Escuela Nacional de la Magistratura. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia-UNICEF.

Sánchez, A. (1995). Del procedimiento cautelar y de otras Incidencias: Comentarios y anotaciones al Código de Procedimiento Civil. Caracas: Paredes.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sala de Casación Civil, Sentencia N° RC.00239, de fecha 29 de abril de 2006, expediente N° 07-369. Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=6476>

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sala de Casación Civil, Sentencia N° RC.00218, de fecha 23 de marzo de 2006, expediente N° 05-219. Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=6290>

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sala Constitucional, Sentencia N° 790, de fecha 06 de junio de 2012, expediente N° 12-0526. Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/790-6612-2012-12-0526.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Juzgado Superior Séptimo Agrario del Estado Trujillo, sentencia de fecha 06 de diciembre de 2007, expediente N° 0001. Recuperado de: <http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/diciembre/1589-6-0001-166.html>

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Eventos, Nota de Prensa de fecha 17-11-2011. Recuperado de: <http://eventos.tsj.gob.ve/8-foro-de-derecho-de-la-infancia-y-de-la-adolescencia/nprensa/33>

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sala Constitucional, Sentencia N° 365, de fecha 2 de abril de 2009, expediente N° 08-1624. Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/365-2409-2009-08-1624.html>.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sala Constitucional, Sentencia N° 05, de fecha 24 de enero de 2001, expediente N° 00-1323. Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/05-240101-00-1323%20.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sala Político Administrativa, Sentencia N° 01459, de fecha 12 de julio de 2001, expediente N° 0326. Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01459-120701-01-0326.htm>.

Unicef, Venezuela, Información del País; orígenes de este sistema de protección. Recuperado de: http://www.unicef.org/venezuela/spanish/overview_15649.htm

Universidad Católica Andrés Bello. (2010). Manual para la elaboración del trabajo especial de grado y el trabajo de grado de maestría en el área de derecho. Caracas: Autor.

Villalobos, G. (2011). La colocación familiar en la LOPNNA. Breves referencias teóricas, principios y requisitos de procedencia. VI Foro derecho de la infancia y de la adolescencia. (pp. 49-73). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia-Fundación Gaceta Forense. (Serie Eventos, Nro.37).

Villarreal, P. (1997). Del procedimiento cautelar de la tercería y del embargo ejecutivo. Caracas: Libra.

Zoppi, P. (1988). Providencias cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil (2da. reimp.).Caracas: Vadell hermanos. (Colección Movimiento Humberto Cuenca. Nro. 6).