

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

**LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EFECTUADOS POR EL DEFENSOR AD
LÍTEM PARA Oponerse a las medidas cautelares
innominadas**

Trabajo Especial de Grado,
presentado como requisito parcial
para optar al Grado de Especialista en
Derecho Procesal.

Autor: Anelay Karina Sánchez González

Asesor: Cesar Igor Brito D'apollo

Caracas, 24 de Febrero de 2011

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

APROBACION DEL ASESOR

En mí carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada Anelay Karina Sánchez González, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EFECTUADOS POR EL DEFENSOR AD LÍTEM PARA Oponerse a las medidas cautelares innominadas**; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Barquisimeto, a los 20 días del mes de Julio de 2010.

Cesar Igor Brito D'apollo

C.I N° 7.388.234

INDICE

	Página
APROBACION DEL ASESOR	ii
INDICE	iii
RESUMEN	iv
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
EL SISTEMA CAUTELAR VENEZOLANO	8
A. Introducción	8
1. Nociones Elementales	11
2. Características	17
3. Efectos	27
B. Clasificación de las Medidas Cautelares	34
C. Las medidas cautelares típicas	39
1. Concepto	39
2. Tramite procedimental	40
D. Las medidas cautelares innominadas	51
1. Concepto	51
2. Trámite procedimental	55

F. Las medidas cautelares complementarias	64
1. Concepto	64
2. Trámite procedimental	67
3. Precisar el procedimiento judicial de impugnación de las medidas innominadas	69

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

A. Proceso declarativo de las Medidas Cautelares Innominadas	72
1. Requisitos de procedencia	72
2. Instancia de parte interesada	75
3. La discrecionalidad del Juez en este tipo de medidas	77
B. Mecanismos de impugnación de las medidas cautelares Innominadas	89
1. Recursos contra este decreto cautelar	89
2. Oportunidad para realizar la impugnación	93
3. Sujetos legitimados	98
3.1 Recursos de la parte afectada	100
3.2 Recursos de la Parte Solicitante	106
C. Ejecución de las Medidas Cautelares Innominadas	107

CAPITULO III

EL “DEFENSOR AD LITEM”

A. Definición de la figura	109
B. Facultades del defensor ad Litem	112
C. Responsabilidades del defensor ad Litem	116

CAPITULO IV

FACULTADES DEL DEFENSOR AD LITEM FRENTE

A LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

A. La posibilidad de la Impugnación de la medida cautelar innominada hecha por el Defensor Ad Litem	121
1. Oportunidad Legal	122
2. Trámite Procedimental de la Impugnación	123
B. La procedencia de la Oposición realizada por el Defensor Ad Litem	132

CAPITULO V

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y

SU MECANISMO DE IMPUGNACION

A. La Doctrina frente a las medidas cautelares y su mecanismo de impugnación	135
B. La jurisprudencia frente a las medidas cautelares y su mecanismo de impugnación dentro del proceso	143

CONCLUSIONES	150
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	155

UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EFECTUADOS POR EL DEFENSOR AD
LÍTEM PARA Oponerse A LAS MEDIDAS CAUTELARES
INNOMINADAS**

Autor: Anelay Karina Sánchez González

Asesor: Nombre y Apellido

Fecha: Marzo 2010

RESUMEN

La investigación se centró en analizar los medios de impugnación efectuados por el defensor *Ad litem* para oponerse a las medidas cautelares innominadas. Se realizó un estudio monográfico a un nivel descriptivo, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de la revisión bibliográfica y el uso de técnicas de análisis de contenido, análisis comparativo, inducción y síntesis. El instrumento utilizado fue una matriz de contenido necesaria para registrar y analizar el contenido de la información obtenida por las fuentes documentales. Se indica en los resultados que la jurisdicción dicta medidas cautelares innominadas a pedido de parte, a través de actos concretos, con el fin de proteger el objeto de la pretensión. Se precisó el procedimiento judicial de impugnación de las medidas innominadas, entendiéndose que el mismo se inicia por la existencia de un acto procesal viciado, por error o defecto, lo cual conlleva a la consideración de los medios impugnatorios de apelación y cautela. Se estableció la función del defensor *Ad litem* dentro del proceso, indicándose que éste participa con una doble cualidad, como funcionario público accidental y como apoderado del citado, desempeñando varias funciones como verdadero representante del demandado en el juicio, equiparable a un apoderado judicial, con la diferencia de que su investidura no deriva de la voluntad del demandante. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes al considerar que el defensor *Ad litem* está facultado para oponerse a las medida cautelares innominadas, y así dar fiel cumplimiento a la responsabilidad de ejercer la defensa de su representado.

Descriptores: Medida, Cautela, Tutela, Innominada, Impugnación, Defensor *Ad litem*, Facultad, Doctrina, Jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico procesal venezolano establece todo un sistema cautelar originado en el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y destinado a asegurar los medios para la ejecución de la decisión jurisdiccional, el mismo procede cuando existe riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe medio de prueba que constituya presunción grave del derecho que se reclama. Las medidas cautelares funcionan como providencia de precaución, a fin de asegurar los intereses litigiosos y evitar que el cumplimiento de lo ordenado en la futura decisión sea de difícil obtención por conductas de la contraparte, realizadas aprovechando las tardanzas de la decisión de la causa.

Dentro de las medidas cautelares implementadas en los procedimientos judiciales en Venezuela existen las medidas cautelares típicas que se encuentran totalmente reguladas por el ordenamiento jurídico que rige la materia, por ejemplo, el embargo de bienes muebles, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar inmuebles; y las medidas cautelares innominadas o también llamadas atípicas referentes a conductas y actuaciones de las partes que puedan causar un daño de difícil reparación al derecho de la otra, las medidas innominadas forman parte del poder cautelar discrecional que tiene el Juez y no están especificadas en la norma.

La parte contra quien procediere la medida, podrá oponerse a la misma, dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva si la parte estuviere ya citada, o dentro del tercer día siguiente a su citación. El tercero también puede oponerse a las medidas preventivas cuando considere que las mismas menoscaban sus derechos, con fundamento en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil (1987) si cumple con los requisitos establecidos, o podrá impugnar la medida a través de la vía de tercería prevista en el artículo 370 ordinales 1º y 2º del Código de Procedimiento Civil *in comento*.

Con relación a la impugnación de las medidas innominadas, entendiéndose que son decretadas con la finalidad de evitar cualquier lesión o daño que una de las partes pueda infringir en el derecho de la otra, su

impugnación debe hacerla la parte contra quien fue dictada la medida, según lo dispuesto en los artículos 588, 601 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, donde se establece que si la parte no estuviere citada la medida se tendrá ejecutada cuando se le notifique de la misma; si la parte está a derecho los tres días se cuentan a partir de la fecha en que fue dictada la medida; la intervención de terceros en este tipo de medidas es excepcional, ya que las cautelares innominadas estas revestidas de un carácter “inter partes” siempre y cuando el tercero considere tener un interés jurídico suficiente para incoar un juicio de tercería.

Toda persona que quiera iniciar un juicio debe tener capacidad procesal, requisito que implica el libre ejercicio de sus derechos, pero además para actuar en un proceso es imprescindible poseer capacidad de postulación, propia de los abogados, es decir, que las partes deben estar representadas o asistidas por un abogado en libre ejercicio de la profesión, quien velará por los intereses de la parte quien lo nombró. Conforme con lo anterior, si fue incoado un juicio y la parte demandada no tiene un abogado que vele por el cumplimiento de sus derechos e intereses en el proceso, el tribunal debe proceder a nombrarle un defensor *Ad litem*, quien debe garantizar el cabal derecho a la defensa de la parte demandada y actuar en la causa como un verdadero representante judicial.

El defensor *Ad litem* es un representante sin haber recibido mandato de quien representará en juicio, por no encontrarse a la persona demandada, lo que imposibilita que se realicen las citaciones y notificaciones del juicio, con la finalidad de obtener una justicia expedita y que la causa no se vea paralizada evitándose por ende un estado de indefensión a la parte demandada. La facultad del defensor *ad litem* viene dada por un acto del juez, autorizado expresamente por la ley para nombrarle al demandado un defensor, sin que su voluntad sea tomada en cuenta para efectuar tal nombramiento.

En efecto, el defensor *Ad litem* es un verdadero representante del demandado, equivalente a un apoderado judicial, con la diferencia que su nombramiento no deriva de la voluntad del demandado sino de la designación del Tribunal, a los fines de poder garantizar el derecho a la defensa, derecho éste constitucional e inviolable consagrado en nuestra Carta Magna en su artículo 49, lo que determina que tal defensor puede darse por citado en representación de la persona para quien ha sido designado, sin necesidad de la citación por parte del alguacil del tribunal.

Tomando como referencia lo antes expuesto, el objetivo general de este estudio se centró en analizar los medios de impugnación efectuados por la figura del defensor *Ad litem* para oponerse a las medidas cautelares innominadas. Para tales fines, se procedió a describir el sistema cautelar

venezolano, cuáles son sus efectos, clasificación, alcance y tramitación procedimental, precisar el procedimiento judicial de impugnación de las medidas innominadas, establecer la función del defensor *Ad litem* dentro del proceso, determinar las facultades del defensor *Ad litem* para realizar oposición a las medidas cautelares innominadas, así como criticar la doctrina y jurisprudencia acerca del sistema cautelar y las facultades del defensor, cuando no hay una norma expresa que regule esta materia.

Dicho tema se consideró importante en tanto el sistema cautelar como parte fundamental dentro del proceso venezolano, ha sido poco desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, quienes no se han pronunciado a cabalidad sobre este importante tema, y específicamente sobre el punto de las medidas innominadas, cuyo contenido resulta tan controvertido. Tal situación puede ser producto de la supuesta simpleza en las normas que regulan este importante sistema, impidiendo el desarrollo y estudio científico de la estructura cautelar.

Asimismo, es necesario contribuir con la ciencia del Derecho a fin de ampliar los conocimientos acerca de la parte del sistema cautelar referido a las medidas cautelares innominadas o atípicas, contrastar la teoría con la realidad práctica, para unificar las posiciones en la materia y así establecer de forma concreta los parámetros en los cuales ha de desenvolverse el funcionamiento de esta institución, dentro de un marco actual y efectivo que

deben seguir los responsables de administrar justicia. Con esta investigación se beneficiarán directamente los demandados porque quedaran delimitadas las facultades del defensor ad litem en el proceso, pudiendo este mismo ejercer de forma más amplia la defensa de los derechos e intereses de la parte contra quien se ha instado el juicio.

En este propósito, es esencial realizar un análisis referido al sistema cautelar que comprenda desde su conceptualización, sus efectos, sus alcances y tramitación procedimental; igualmente, precisar las facultades del defensor ad litem para así determinar si el mismo puede oponerse a las medidas innominadas, y por supuesto comentar lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia con relación a la materia en estudio.

Es evidente entonces, que con la profundización de la materia en estudio se determinará el alcance de las facultades del defensor *Ad litem* con respecto a las cautelares innominadas; y por ende se alcanzará un sistema cautelar más efectivo y que cumpla con su objetivo, ser garante de la eficaz ejecución de una sentencia. El presente trabajo se estructuró en cinco Capítulos; a saber:

El Capítulo I denominado El Sistema Cautelar Venezolano, aborda unas nociones introductorias, elementales, así como los efectos jurídicos de lo cautelar; desarrollando la clasificación de las medidas cautelares, las

medidas cautelares típicas, innominadas, irregulares y complementarias. Seguidamente, se muestra el Capítulo II denominado Procedimiento Judicial de las Medidas Cautelares Innominadas, en el cual se explica el proceso declarativo, los mecanismos de impugnación de las y la ejecución de las medidas cautelares Innominadas. Asimismo, el Capítulo III denominado como El Defensor *Ad litem*, analiza la definición de la figura, sus facultades y responsabilidades.

Continuando con la estructura del trabajo de grado, se analiza el Capítulo IV, en el cual se identifican las Facultades del Defensor *Ad litem* frente a las Medidas Cautelares Innominadas, analizando la posibilidad de la Impugnación de la medida cautelar innominada hecha por el Defensor *Ad litem*, así como la procedencia de la oposición realizada por el Defensor *Ad litem*. El Capítulo V analiza las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de las medidas cautelares innominadas y su mecanismo de impugnación, para finalizar con la presentación de las conclusiones del estudio.

CAPITULO I

EL SISTEMA CAUTELAR VENEZOLANO

A. Introducción.

El sistema cautelar venezolano ha evidenciado cambios significativos, los cuales se vieron especialmente plasmados en la derogación del Código de Procedimiento Civil de 1916, del cual se derivó el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1987, aún vigente. Este reglamenta las figuras jurídicas dentro de las cuales se encuentran las medidas cautelares en el procedimiento judicial venezolano.

Dichas medidas cautelares se apoyan en la conservación del principio de justicia, siendo este uno de los fundamentos esenciales sobre el cual se

sustenta una sociedad, pues el mismo asegura que los principios esenciales del derecho no sean burlados.

Dicha responsabilidad recae dentro de la función jurisdiccional a través de la cual se le reconoce a los jueces, un poder cautelar general para dictar tanto las medidas preventivas establecidas taxativamente por el legislador, como considerar de acuerdo con el criterio de conveniencia y de oportunidad, providencias para asegurar los resultados del proceso y la ejecución de sus sentencias; todas ellas con la finalidad principal de evitar que se produzcan daños, o lesiones irreparables o de difícil reparación, a los derechos de una de las partes en el proceso.

Al enfocar las medidas cautelares es necesario abordarlo dentro del proceso, implicando el mismo que se emita un juicio de verosimilitud, que debe, por imperativo de la justicia y del propio derecho, acercarse a la verdad, dentro de las posibilidades y limitaciones que la propia ley señale al Juez. De tal forma que, todo el proceso cautelar se desenvuelve en una compleja búsqueda de la verdad, para una mejor administración de justicia.

La figura jurídica de las medidas cautelares resulta importante y requiere de un estudio exhaustivo para facilitar la obtención de una visión amplia de la institución, con el propósito de utilizarla debidamente y lograr los

beneficios que de ella se generan; a favor de de un derecho transparente, humano y justo.

En el sistema cautelar venezolano, se mencionan las disposiciones del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987), el cual establece la judiciabilidad de las medidas cautelares, al señalar que sólo el juez puede acordar esa medida, porque las mismas necesariamente se traducen en una restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales. Dicha medida cautelar tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Para encontrar el contenido y en definitiva el debido concepto de las medidas cautelares, es necesario analizar su conceptualización y composición, pues las mismas afectan la decisión judicial, en su contenido y en el modo de decretar y ejecutar las mismas. Dentro de tal aspiración se inscribe la tutela cautelar como una garantía en sí misma y como el resultado de la justicia en su aspecto de utilidad para los justiciables.

En el sistema cautelar venezolano, se dispone de medidas cautelares que pueden ejecutarse para asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso para lograr el equilibrio que debe imperar en todo proceso judicial. La tradición procesal se había caracterizado, por consagrar medidas preventivas típicas por medio de las cuales las opciones de cautela se reducían a aquellas que se encontraban específicamente en ley procesal; no pudiéndose pedir providencias distintas de las que con designación indubitable aparecían en ella.

Ahora bien, para el momento de la aprobación del Código de Procedimiento Civil (1987); se incluyen las medidas cautelares tanto nominadas como innominadas, donde las últimas vienen a complementar la amplitud de las acciones posibles por parte del juez en la búsqueda de la efectiva aplicación de la sentencia; estando en el caso de éstas últimas centrado el interés del trabajo de investigación.

1.- Nociones Elementales.

Como nociones que deben ser manejadas en el presente estudio, se mencionan la conceptualización de medida, del término cautelar y de las medidas cautelares como complemento o conjunción de ambos términos.

Díaz (2004, 3) señala la raíz etimológica del vocablo medida, indicando que se traduce como prevención, disposición; prevención a su vez.

Aplicado a lo cautelar, ello implica considerar un conjunto de acciones enfocadas en garantizar las precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo determinado. Explica que aplicado a la materia jurídica, implica un conjunto de acciones dictadas por el legislador con el objeto de hacer efectivo el derecho, representando un instrumento a través del cual se busca asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Espasa (2005, 1001) se define a las medidas cautelares como las actuaciones judiciales que se practican, ejecutan o adoptan de manera preventiva en determinados casos, previstos en la Ley. Aplicado a la materia jurídica, lo cautelar incluye el conjunto de acciones posibles de decretar de manera preventiva por los Tribunales, las cuales estarán en vigor hasta que sea establecida una sentencia firme, con la cual se finalice el procedimiento que incluye el acuerdo de tales medidas, o hasta que la propia medida finalice; no obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

Por consiguiente, se entiende que las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera, el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.

Desde una perspectiva clásica, Calamandrei (1984) afirma que las medidas cautelares comprenden "las providencias anticipatorias y provisorias de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminadas a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma" (p.45). Según dicho autor las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas. Confirmando lo señalado, Carnelutti (1997, 45) agrega que la medida cautelar sirve no inmediata, sino mediatamente a la composición de una *litis*, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto.

Según Podetti (1963, 69) las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptadas en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de los interesados, o de oficio para

asegurar bienes o pruebas, mantener situaciones de hecho y/o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes, como un anticipo que puede ser no definitivo.

Coincidiendo con lo señalado, Palacio (1996,78) establece que la medida cautelar se refiere al:

“conjunto de acciones previstas en la ley a través de las cuales se impide que el derecho, cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”.

El mismo autor explica que la ley debe tener la previsión ante la posibilidad de que, durante el período de tiempo que transcurre el proceso entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final, pueda presentarse cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo, lo que ocurriría, por ejemplo, si desapareciesen los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, o se operase una alteración del estado de hecho existente al tiempo de la demanda.

Asimismo, Rojas (1965, 29) afirma que “medidas precautorias son aquellas providencias de naturaleza cautelar que, sirviendo para facilitar el

cumplimiento práctico de la sentencia, pueden solicitarse por el demandante para asegurar el resultado de su acción".

La definición de las medidas cautelares según el Diccionario Jurídico Venezolano (2000), se conceptualiza como cualquier medida adoptada en un juicio o proceso a instancia de parte o de oficio, para prevenir que la resolución del mismo pueda ser eficaz.

El Código de Procedimiento Civil (1987), en su artículo 585 permite extraer una conceptualización al considerarse acciones o medidas que sólo se dictan, ante el riesgo manifiesto, de que sea aparente o en el vacío la ejecución del fallo, por ello señala el legislador en dicho artículo que "las medidas preventivas las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo". Como se puede observar, tiene que existir por lo tanto, en primer lugar, un proceso.

En Venezuela, las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que están justificadas por la conservación del principio de eficacia de la administración de justicia, el cual preceptúa el derecho de las personas a acceder a la misma en condiciones de igualdad procesal. Sin embargo, cabe mencionar que el juez aplica medidas cautelares pero debe ejecutarlas de forma cuidadosa, porque debido a su propia naturaleza

preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.

Como consecuencia, se deduce la importancia de regular las medidas cautelares en el sistema jurídico venezolano, pues se evidencia la contraposición de opiniones entre quienes consideran que las mismas actúan de manera preventiva preservando los derechos de las partes, y otros quienes asumen que pueden comprometer la efectividad de las decisiones judiciales, si tales medidas afectan el debido proceso en tanto se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso.

Precisamente por ello, en el sistema cautelar venezolano se ha establecido un conjunto de requisitos, los cuales deben tener un obligatorio cumplimiento para que el juez pueda decretar una medida cautelar, de forma que la misma sea razonable y proporcionada.

Lo antes expuesto, permite sintetizar que las medidas cautelares representan medios que realiza la jurisdicción a pedido de parte, a través de actos concretos, con el fin de proteger el objeto de la pretensión patrimonial o para terminar la seguridad de la persona. Estas medidas encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el

juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución.

2. Características.

Dada la naturaleza de las medidas cautelares, las mismas conservan un conjunto de propiedades o principales características las cuales han sido ampliamente discutidas por la doctrina nacional y extranjera; siendo aplicables al sistema cautelar venezolano.

Una de tales características está representada por la instrumentalidad sobre la base de la cual se considera que la medida cautelar no constituye un fin en sí mismo, sino que nace al servicio de un proceso principal. Henríquez La Roche (1997) señala que la instrumentalidad es la característica esencial de las medidas cautelares en el sentido que ellas no son fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas. Agrega el autor antes mencionado que, la instrumentalidad se entiende también en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal, a la espera que definitivamente lo intervenga la providencia subsecuente. Por eso, el

concepto denota “dos elementos, precaución y anticipación, aún cuando ya el primero de ellos entraña la significación del segundo...” (p.290).

Coincidiendo con lo señalado, Calamandrei (1984, 83) apunta que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que sólo sirven para proteger, precaver o prevenir un fallo principal, de tal manera que constituyen un instrumento para garantizar la eficacia y efectividad del proceso. Señala que no se conciben en el moderno Estado Social de Derecho las medidas cautelares autónomas, puesto que ello es considerado inconstitucional. Basa sus planteamientos en que la persona no puede ser juzgada, sentenciada y condenada sin un juicio previo, por lo cual debe garantizarse, en la aplicación de un procedimiento, los mecanismos que sean necesarios para asegurar el cabal ejercicio del derecho a la defensa; y el proceso debe estar diseñado para garantizar el juicio por los jueces naturales, el ejercicio del derecho a probar, entre otros elementos que configuran la garantía del debido proceso.

Por consiguiente, y en la perspectiva de lo antes mencionado, dictar y ejecutar medidas cautelares de manera autónoma e independiente de un proceso implica, sin lugar a duda, transgredir el derecho constitucional a la defensa y al debido proceso. En consecuencia, las medidas cautelares se justifican en la situación que permitan garantizar el ejercicio de la potestad

jurisdiccional, el reconocimiento futuro de las pretensiones de las partes en la sentencia, el cumplimiento eficaz de la misma y sus efectos, debiendo evitarse su uso indiscriminado porque atentaría contra el principio de justicia.

En correspondencia con lo señalado, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Ponencia del Magistrado Franklin Arrieché, en sentencia N° 01-113 del 20 de diciembre de 2001, expresó:

“De acuerdo con lo establecido en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, las medidas cautelares son una garantía judicial que sólo pueden ser decretadas en un proceso pendiente (pendente lite), pues su objeto es evitar que se haga ilusoria, la ejecución del fallo de mérito debido al carácter de instrumentalidad de las mismas. Esta característica hace que las medidas cautelares sólo puedan decretarse cuando exista un juicio en el que puedan surtir efectos, a fin de anticiparse y garantizar lo resuelto en la sentencia definitiva, lo que es hipotético porque supone que lo dispuesto en el referido fallo será a favor del que ampara la medida. Por tanto, la incidencia de medidas cautelares es accesoria del proceso principal, aun cuando goza de autonomía en lo que se refiere a su tramitación, ya que no suspende el curso de la demanda principal y el procedimiento se sigue mediante cuaderno separado...La instrumentalidad de las medidas preventivas conlleva, a su vez, el carácter de provisoriedad de las mismas... De ello resulta que los efectos de las medidas cautelares tienen relación directa y dependen de la vigencia del juicio principal, pues si la causa se extingue, bien porque se declaró judicialmente la perención de la instancia o porque el accionante desistió, las medidas decretadas pierden su eficacia y desaparecen junto con el proceso incoado, al no poder cumplir con su finalidad que es la de asegurar la ejecutoriedad de la sentencia definitiva...”.

Por su parte, Ortells y Calderón (1996, 20) señalan que la instrumentalidad viene siendo la característica esencial que define a una medida cautelar y que la distingue de otras instituciones procesales próximas, desde que no constituyen una finalidad en sí mismas, sino que se hayan necesariamente vinculadas a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal, derivadas de la función de asegurar su seguridad y su efectividad práctica.

Por ello, concluyen estos autores que, siendo ésta la característica esencial de las medidas cautelares, surgen como consecuencia las demás en el sentido que sólo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal; que debe extinguirse cuando el mismo termine, implicando un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas de que se trate.

Por consiguiente, se estima también que esta instrumentalidad significa que están al servicio de un proceso en curso, con todas las garantías para todos los intervinientes y además vinculado con los objetivos que se le atribuyen al proceso y que deben tenerse siempre en cuenta, es decir, asegurar la realización de los fines del procedimiento.

Como segunda característica esencial se considera la provisionalidad, en cuanto que tales medidas son decretadas antes o durante un proceso

principal y sólo persisten hasta la conclusión del mismo. Ello implica que puedan ser dejadas sin efecto dichas medidas cautelares decretadas, pues varían de acuerdo con las circunstancias o requisitos que justificaron su autorización.

Al respecto, Calamandrei (1984, 84) agrega que, las medidas cautelares tienen una ejecución provisoria, entendiendo que no toda ejecución provisoria deriva de una providencia jurisdiccional, pues existen casos en que la ley que, en consideración a la naturaleza de ciertas relaciones, establecen que todas las sentencias pronunciadas sean provisoriamente ejecutivas, tal es el caso de la sentencia de amparo o interdictal.

Por tanto, se entiende que las medidas cautelares no pueden ser consideradas como definitivas, pues las mismas culminan con la sentencia consentida y ejecutoriada, entendiéndose que la provisionalidad del proceso cautelar depende de la conservación de su eficacia, manteniéndose la misma mientras también estén presentes las situaciones o causales que la sustenta.

Lo anterior supone que no son definitivas, ya que se resuelven en función de las circunstancias concretas y duran como máximo mientras se sustancie el proceso, debiendo antes modificarse, ser sustituidas o dejadas

sin efecto de oficio y/o a requerimiento de parte interesada si aquéllas han variado; entendiéndose que sean lo menos lesivas y de duración limitada.

Otra de las características de las medidas cautelares, relacionada con la provisionalidad es la flexibilidad, entendida por Falconi (1986, 121) como la posibilidad de variar las mismas en su aplicación. En tal sentido, las medidas cautelares son flexibles en razón de que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan. De acuerdo a las circunstancias del caso se puede solicitar la modificación de la medida cautelar, en cuanto no hay cosa juzgada en las medidas cautelares.

Lo antes mencionado se sustenta en concordancia con el Parágrafo Tercero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), el cual reza: “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”. Lo antes mencionado conduce a considerar la característica de temporalidad, en tanto puede decretarse su terminación cuando no subsistan los motivos que las hubieran justificado.

De igual forma, se considera que las medidas cautelares tienen la característica de ser accesorias de un juicio principal. Esto implica que las mismas no son resultado de un proceso autónomo, lo cual supone que no pueden dictarse sin sustento o en el vacío, pues aún siendo anticipadas deben referirse a un proceso principal. En este sentido, deben respetar la materia propia de la instancia plena, sin vaciar de contenido al proceso principal. Así, su objeto debe guardar congruencia con el del proceso al que acceden, su concesión no altera la secuela del juicio que debe continuar hasta la sentencia y la continuidad del trámite se impone para evitar cautelarización del proceso y/o la caducidad de la tutela.

Otra característica a considerar es la sumariedad o celeridad de las medidas cautelares, en cuanto que, por su misma finalidad, Barona (2003,24) afirma que deben tramitarse y dictarse en un plazo muy breve. En este sentido, cabe mencionar que en la legislación venezolana se encuentra implícito el principio de celeridad procesal, estableciéndose lapsos dentro de los cuales el juez está en la obligación procesal de dar respuesta a los planteamientos o solicitudes realizadas por las partes en el proceso.

Un caso concreto, del principio de la celeridad procesal, se expresa en el acatamiento al Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) el cual establece que “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”.

Lo anteriormente indicado apoya la aplicación de las medidas cautelares en respeto y cumplimiento de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) como en la Ley procesal que regula la materia. En cuanto al hecho de la celeridad para el decreto de la medida es importante señalar que el artículo 646 del Código de Procedimiento Civil venezolano (1987) establece la ejecución de dichas medidas serán decretadas en forma urgente, no haciendo mención alguna al lapso procesal que tiene el juez que conoce la causa para dictar la correspondiente medida preventiva.

En este sentido, se destaca el principio de celeridad procesal, consagrado en el Artículo 10 Eiusdem, el cual expresa textualmente lo siguiente: “... La justicia se administrará lo más brevemente posible. En consecuencia cuando el Código de Procedimiento Civil (1987) o en las leyes especiales no se fije término para librar alguna providencia, “el juez deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes a aquel en que se haya hecho la solicitud correspondiente...”

En consecuencia, se afirma que la celeridad de las medidas cautelares está claramente establecida en el ordenamiento jurídico venezolano, siendo responsabilidad del juez velar por su fiel cumplimiento, asumiendo los lapsos permitidos para decretarla, de forma que se asegure preventivamente lo cautelar en las actuaciones de juicio, y en preservación del debido proceso y del principio de justicia.

Por otra parte, se entiende que las medidas cautelares se consideran disposiciones jurisdiccionales que son decretadas con el fin de proteger o precaver que el fallo de un juicio principal quede infructuoso en su ejecución, garantizando así la efectividad del proceso jurisdiccional.

Atendiendo a esta definición, existen razones formales y materiales para afirmar el carácter de Jurisdiccionalidad de las medidas cautelares, en tanto las razones formales sustentan la existencia de una finalidad preponderante centrada en proteger la futura ejecución de un fallo, el cual sólo puede ser conocido, sustanciado y decidido por el órgano jurisdiccional correspondiente. Ciertamente que esta característica expresa la relación con la exigencia que únicamente el órgano jurisdiccional es el facultado por la Constitución y la Ley para poder ser decretadas.

Refiriéndose a esta materia, Barona (2003, 25) afirma que la función jurisdiccional consiste en juzgar y en hacer ejecutar lo juzgado. Por ello, se sostiene que las dos manifestaciones de la jurisdicción son la declarativa (juzgar) y la ejecutiva (hacer ejecutar lo juzgado), si bien la doctrina, cada vez más, considera a la medida cautelar como tercera manifestación de la jurisdicción, de la subfunción de la jurisdicción consistente en garantizar que la función declarativa y la de ejecución se cumplan.

El mismo autor explica que, la función de juzgar, así como de ejecutar aquello que haya sido juzgado, no pueden darse al mismo tiempo, sino que entre ambas acciones se interpone un período para realizarse, tiempo en el cual, por su simple transcurso o por actuación del demandado, pueden llegar a convertir en inútil la resolución dictada, por lo cual se presenta la jurisdiccionalidad, también denominada cautela o de seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones.

Lo antes mencionado connota de una propiedad a tal situación, la cual incluye su carácter de no instantaneidad, por lo cual surge la incertidumbre producto de la consecución de la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Como consecuencia, se presenta el proceso cautelar en términos de garantista del proceso declarativo y del correspondiente a la ejecución.

Como puede evidenciarse de lo antes expuesto, las medidas cautelares conservan un conjunto de propiedades las cuales determinan su forma de aplicación en el sistema cautelar venezolano, siendo esencial que las mismas conserven dichas propiedades para preservar su finalidad de proteger los intereses de mayor valía para las partes, a partir del buen derecho del demandante y el peligro de la mora, sobre la pretensión formulada y la existencia del derecho pretendido.

3. Efectos.

Al considerar los efectos de las medidas cautelares, es preciso analizar lo dispuesto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), donde se establece que las medidas cautelares son una garantía judicial que sólo pueden ser decretadas en un proceso pendiente (pendente lite), pues su objeto es evitar que se haga ilusoria, la ejecución del fallo de merito y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

Lo anterior produce que las medidas cautelares sólo puedan decretarse cuando exista un juicio en el que puedan surtir efectos, a fin de anticiparse y garantizar lo resuelto en la sentencia definitiva, lo que es

hipotético porque supone que lo dispuesto en el referido fallo será a favor del que ampara la medida. Por tanto, la incidencia de medidas cautelares es accesoria del proceso principal, aún cuando goza de autonomía en lo que se refiere a su tramitación, ya que no suspende el curso de la demanda principal.

De acuerdo con Calamandrei (1984, 85) las medidas cautelares pueden ser consideradas desde tres perspectivas para enfocar sus efectos. Una de ellas son los efectos de aseguramiento, puesto que con la medida cautelar se crea y se mantiene una situación adecuada para que puedan desarrollarse sin ningún problema los efectos de la sentencia del juicio principal. Es así que, con respecto al proceso civil, en el proceso cautelar el Juez, a petición de una de las partes, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba. Por tanto, la finalidad concreta del proceso cautelar es el aseguramiento del cumplimiento del fallo definitivo.

Asimismo, Calamandrei (1984, 85) afirma que el proceso cautelar, y por consiguiente, las medidas cautelares no tendrían lugar por innecesarias, si los fallos judiciales fueran pronunciados con celeridad y oportunidad.

Explica que el proceso y su desarrollo no siempre breve, obliga a que el propio Estado, reconociendo tal hecho, regule en su ordenamiento procesal medidas que garanticen la efectividad de las decisiones judiciales en los llamados procesos principales.

De lo antes expuesto, se infiere que uno de los efectos esenciales de las medidas cautelares es su función aseguradora del derecho, de manera que sólo se requiere la apariencia que existan intereses sustanciales, que en doctrina se conoce como el *fumus bonis iuris*, lo cual no requiere de certeza del derecho sino de la posibilidad o probabilidad de la existencia del mismo.

En tal sentido, para que se conceda una medida cautelar no se requiere de un estudio exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento superficial, pues la certeza aparecerá ulteriormente en la sentencia. Esto implica que no se requiere prueba plena y concluyente, sino un acreditamiento para que se emita la providencia cautelar.

De acuerdo con Lama (2007, 27), el *fumus bonis iuris*, requiere que el juez aprecie, con la prueba aportada por el peticionante, que existe la posibilidad que la pretensión propuesta en el proceso principal sea atendida, para que expida la decisión cautelar. Corresponde al juez realizar un cálculo

de probabilidad, que le permita inferir que la pretensión principal podría ser amparada. No se requiere, por supuesto, afirma dicho autor, prueba concluyente o determinante del derecho invocado, vale decir, no se requiere que exista certeza en el juez para atender la pretensión cautelar, solo se requiere apariencia.

Recomienda que el juez debe guardar celosamente su apreciación definitiva sobre la prueba aportada, así como la del derecho que se invoca en la demanda; es decir debe proceder con prudencia y no emitir pronunciamientos definitivos o concluyentes en el proceso cautelar que deben hacerse en el principal. Sin embargo, el análisis provisorio del derecho o la interinidad de la decisión no debe significar superficialidad.

Lo anterior implica que, los hechos expuestos deber ser coherentes entre sí, así como la calificación jurídica correspondiente. En la evaluación de la petición cautelar y en cálculo de probabilidades, tiene un rol importante la práctica del juez, se aplica en este caso, las reglas de las máximas de experiencia. Esto quiere decir que si en casos similares ocurrió un determinado efecto, resulta válido concluir que puede suceder lo mismo en el caso que expone el demandante.

Se afirma en consecuencia, que existe apariencia del derecho en aquellas pretensiones a las que le son aplicables las presunciones legales; ello porque corresponde a la contraparte desvirtuar dichas presunciones. Implica, por tanto, una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación jurídica necesitada de cautela.

Dentro del efecto asegurativo, se destaca el llamado *periculum in mora*, es decir, del hecho natural o voluntario que es capaz de producir un daño. Perrachione (2006, 16) indica que el *periculum in mora* constituye la base de este presupuesto en las medidas cautelares, no es el peligro de daño jurídico, sino que es específicamente "el peligro del daño marginal" que podrá derivarse del retardo de la providencia definitiva. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la sentencia definitiva, la que hace surgir el interés en el dictado de una medida cautelar.

Por su parte, Morello, Sosa y Berizonce (1985, 536) expresan que el *periculum in mora* es:

"estado de peligro en el cual se encuentra el derecho principal, y que da características propias a aquéllas frente a la duración o demora del proceso, pues la prolongación del mismo durante un tiempo más o menos largo crea siempre un riesgo a la justicia y si bien no es necesaria la plena acreditación de su existencia, se requiere que resulte en forma objetiva".

Desde el criterio de los autores, no basta el simple temor o aprensión del solicitante, sino que el decreto de una medida cautelar debe desarrollarse en función de los hechos apreciados, valorados en sus posibles consecuencias, aún por terceros. Se acredita sumariamente o prima facie o mediante una summaria cognitio, pudiendo en ciertas hipótesis presumirse a través de las constancias de autos.

Otro efecto de las medidas cautelares se refiere a la conservación, pues a través de las mismas se mantiene la situación previa al conflicto en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal. Se trata de un paso más en el contenido de las medidas cautelares en el sentido de superar la mínima injerencia que suponía la anterior clase de efectos y de aproximarse a la satisfacción de la pretensión.

En este orden de ideas, Márquez (1985, 45) afirma que la derivación fundamental de este efecto debe dirigirse al mantenimiento conservación del “status quo” existente al día de la demanda, para garantizar patrimonialmente una eventual ejecución cuando la medida tenga razonable justificación.

Para finalizar, se enfocan los efectos anticipativos, porque con la medida cautelar se pueden adelantar algunos efectos de la sentencia principal. Con estas medidas no se trata de conservar una situación en la

que tuvieran satisfacción derechos e intereses cuya tutela se pide en el proceso principal, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido. Son aquellas medidas, que por su propia naturaleza, deben garantizarse en su cumplimiento desde la primera intervención, de lo contrario, se desvirtuarían los bienes, servicios o derechos.

Esta función garantista ha sufrido en los últimos tiempos, según Barona (2003, 25), una alteración importante, haciéndose extensiva en la medida en que se ha superado la posición de la doctrina procesalista acerca de la clásica teoría de las medidas cautelares, por cuanto éstas han dejado de tener una función meramente de aseguramiento para extenderse, en muchas ocasiones, a cumplir una función anticipatoria del fallo, lo que ha conllevado a considerar la cautela así como la prevención.

La concepción actual de prevenir que está inmersa en las medidas cautelares, es consecuencia de variaciones en la posición doctrinal sobre las mismas. Finalmente, concluye Barona (2003, 27), que no se trata tan sólo de garantizar la ejecución de la sentencia, sino de asegurar la satisfacción de la pretensión, lo que supone extender la función cautelar más allá, es decir, a la idea de prevención.

Opina Morales (2008, 514) que esta es una relación con un contenido concretamente finalista de toda tutela cautelar, porque el propósito de pagarse el sujeto con los bienes o rescatar la cosa, y el fin a que ellos están preordenados de solventar su pretensión, coinciden desde el inicio y se actualizan simultáneamente en la futura ejecución, siempre con la inmediación del juez.

Por tanto, en la legislación venezolana, las medidas cautelares están previstas en el Parágrafo Primero del artículo 588 del texto adjetivo. Así mismo dicho artículo, hace referencia a providencias cautelares y autoriza al tribunal a decretar la prohibición o la ejecución de determinados actos, y la adopción de las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

B. Clasificación de las Medidas Cautelares

Respecto a la clasificación de las medidas cautelares, se mencionan las tendencias de la doctrina. Gutiérrez de Cabiedes (2000, 344) afirma que desde un punto de vista teórico, las medidas cautelares pueden considerarse según una tipología que implica la obligación de: dar cosa genérica, dar cosa específica, hacer y no hacer. En el caso de dar una cosa genérica, se refiere a garantizar el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero.

Cuando se trata de dar una cosa específica, el mandamiento de ejecución consiste en entregar la cosa a quien tiene derecho sobre ella, según la sentencia, mientras que la prevención en las obligaciones de hacer o no hacer puede revestir un doble carácter, según se pretenda evitar la magnificación del daño o garantizar el pago de una indemnización equivalente.

La clasificación de Calamandrei (1984, 86) incluye un primer grupo representado por las providencias instructorias anticipadas con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno. Normalmente, tales providencias instructorias anticipadas se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo, pero pueden ser provocadas por un procedimiento autónomo si existe el daño temido inminente.

El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma, siendo casos típicos las medidas preventivas, las cuales posibilitan que se dicte sentencia ajustada a la verdad y que su dispositivo de condena sea cumplido.

El tercer grupo lo constituyen las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar tiene su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes.

Como un cuarto grupo Calamandrei (1984, 85) incluye aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución, siendo la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

Por su parte, Couture (2002, 177) clasifica las medidas cautelares considerando la siguiente tipología: La primera de ellas son las nacidas de puro conocimiento, que no tienen ni suponen ninguna coerción; su objeto tan sólo es declarativo, como sería ejemplo las diligencias preparatorias a la demanda, es decir, las pruebas pre-constituidas.

Otras son las medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional, representando aquellas que se dictan en casos en los cuales existe un riesgo previsible. Seguidamente incluye las medidas de

tutela de la propiedad o del crédito probada prima facie, tales como la propiedad, prenda, hipoteca, calidad, de heredero, las cuales se dictan simplemente a requerimiento del titular, aún cuando no exista riesgo (*periculum in mora*), como consecuencia del derecho real o de crédito; tales como el embargo, el secuestro, la interdicción.

Continuando, Couture (2002, 177) incluye las medidas de ejecución anticipada, como es el caso del embargo ejecutivo, seguido de una etapa de conocimiento. Asimismo, menciona las medidas cautelares negativas, que son las que persiguen impedir la modificación del estado de cosas existentes para evitar el daño que implica la modificación, siendo destacable que no anticipan la ejecución de un acto sino la prohibición de ejecutarlo.

Otra de las medidas son las de contracautela, las cuales según el autor antes mencionado, ofrecen la peculiaridad de que son las únicas decretables en favor del deudor, y no del acreedor; este concepto no encuadra dentro de nuestro ordenamiento procesal porque las medidas de contracautela en el procedimiento de medidas preventivas se otorgan tanto en favor del demandante como del demandado.

La división que hace Alsina (1962, 407) incluye cuatro grupos; a saber:
a) las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del

juicio ordinario, la constatación de un hecho por peritos, deposición de un testigo anciano o enfermo grave, o bien, próximo a ausentarse.

Podetti (1963, 10) señala una sistematización sobre la base del objeto de las medidas cautelares considerando tres géneros, que incluyen las medidas para asegurar bienes para asegurar la ejecución forzosa, y para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas; las medidas para asegurar elementos de prueba; y medidas para asegurar personas, guardar provisorio de personas y satisfacción de sus necesidades urgentes.

Por consiguiente, se deduce de lo expuesto, la existencia de medidas cautelares típicas y atípicas, siendo las últimas conocidas como innominadas, y que al no ser específicas y estar definidas con detalle en la ley surgen las controversias de análisis a fin de determinar su forma de consideración, procedencia y ejecución.

C. Las Medidas Cautelares Típicas.

1. Concepto.

Ortiz (1999, 78) afirma con respecto a las medidas cautelares denominadas como típicas que el poder cautelar típico o especial permite al juez dictar medidas cautelares nominadas las cuales pueden ser definidas como aquellas cuyo contenido se encuentra expresamente previsto en la ley, y sólo son procedentes en los procedimientos previamente precisados por el legislador.

Estas medidas son típicas o nominadas por cuanto convienen o se dictan en determinado tipo de procedimiento, y son especiales porque están destinadas a ser dictadas en procedimientos específicos. En virtud de ese poder específico se enuncian las medidas cautelares típicas previstas para el procedimiento civil ordinario, reguladas en la primera parte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), esto es, embargo de bienes muebles, secuestro de bienes determinados o determinables, y prohibición de enajenar y gravar.

En este sentido, en el Código de Procedimiento Civil (1987), se establece una clasificación de las medidas preventivas en función de los criterios que a juicio de algunos autores, tuvo el legislador al consagrar tipos y formas de medidas preventivas. En este sentido, se indican las medidas cautelares nominadas, también denominadas como típicas o principales.

Por tanto, se indica que las medidas cautelares tradicionales incluyen el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles. Tales medidas por sus efectos y por el objeto de la respectiva demanda, pretenden asegurar o conservar los bienes del demandado, según el caso, para garantizar el pago de una cantidad de dinero a la que sea condenado el demandado, a la entrega o restitución de un bien determinado, o a evitar actos de enajenación o de disposición de inmuebles, lesivos o de desconocimientos de derechos inmobiliarios, respectivamente. Es decir que; con estas medidas se procura la garantía económica de la ejecución forzosa.

2. Trámite Procedimental.

A los fines de analizar el trámite procedimental, debe abordarse considerando los distintos tipos de medidas cautelares típicas. Por tanto, se analiza en primer término el embargo. El artículo 588 del CPC (1987)

expresa que “el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas: 1º El embargo de bienes muebles...”

Respecto a la medida de embargo, Monroy (1987, 48) afirma que comprende el acto que sirve para inmovilizar jurídicamente un bien del deudor, a fin que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito, una vez que éste haya sido reconocido por la sentencia definitiva. Este es procedente en toda clase de procesos siempre que concurren los requisitos o presupuestos para su concesión. Por consiguiente, se evidencia como el embargo implica una medida cautelar materializada mediante orden judicial, la cual individualiza un bien determinado del deudor, pudiendo tener un carácter preventivo, para ser utilizado como una medida cautelar.

Es embargo preventivo el que se decreta para evitar que resulte ilusoria una futura sentencia judicial, e impide que el deudor, durante la tramitación de un pleito, se desprenda de bienes, y con ello, se declare insolvente; considerándose como una medida cautelar en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes de quien potencialmente puede ser demandado o en un proceso de ejecución, a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dictan.

Dicho embargo se halla autorizado para asegurar el cumplimiento tanto de obligaciones de dar sumas de dinero como de obligaciones consistentes en dar una cosa cierta y determinada, y siempre debe decretarse bajo la responsabilidad y caución del solicitante. Se limita a asegurar el ejercicio de la ejecución futura, es decir, el eventual resultado del juicio.

Ortiz (1997, 519) indica que el embargo es la “retención o aprehensión de bienes del deudor, dispuesta por el juez, sustrayéndole a la libre disposición de su propietario, para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y las resultas generales del juicio”. Aclara que el embargo preventivo por su propia naturaleza es temporal, decretándose con fines únicamente precautelativos, a fin de asegurar el resultado en juicio de la condena del deudor, y solamente puede recaer sobre bienes muebles.

El Código de Procedimiento Civil (1987) en sus artículos 591 al 598 señala algunos aspectos que determinan el trámite del embargo, los cuales se sintetizan seguidamente. Debe indicarse de acuerdo con el artículo 591 del código in comento, que para llevar a cabo un procedimiento de embargo, el juez debe trasladarse hacia el sitio en el cual se encuentren los bienes

objeto de embargo, a fin de ejecutar la medida, siendo posible que o ordene la apertura del establecimiento.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 592 del Código de Procedimiento Civil (1987), si se embargan cosas legalmente inembargables, el solicitante de la medida debe asumir los gastos y honorarios por el depósito de los bienes, así como los de traslado al sitio donde se tomaron, y los que sean necesarios para reponer las cosas al estado en que se encontraban para el momento del embargo.

En el análisis del artículo 593 del CPC (1987) para el embargo de créditos se debe contar con la notificación del Juez al deudor del crédito embargado, considerando procedimientos diferenciales en caso de la persona natural y jurídica; pero en todo caso, dejándose constancia en el acta del nombre, apellido y cédula de identidad de la persona notificada.

En el análisis del artículo 594 del mismo código in comento, al momento del embargo del crédito, el deudor manifestará al Tribunal el monto exacto del crédito, la fecha en que debe hacerse el pago, la existencia de cesiones o de otros embargos, indicando también el nombre de los

cesionarios y de los otros embargantes, y las fechas de notificación de las cesiones y embargos.

En el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil (1987) se expresa que, si los bienes a embargarse estuviesen ya embargados, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del artículo 534 Eiusdem, el cual plantea que se practicará sobre los bienes del ejecutado que indique el ejecutante. En cuanto al artículo 596 in comento, si hubiese cesiones de crédito anteriores al embargo, se practicará éste sobre el remanente del crédito, siempre que la cesión tenga fecha cierta anterior al embargo.

En concordancia con el artículo 597, el embargo debe ejecutarse preferentemente sobre las cosas que indique la parte embargada y en función de lo dispuesto en el artículo 598, el embargo de sueldos, salarios y remuneraciones de cualquiera especie se efectuará considerando que el salario mínimo nacional obligatorio es inembargable cualquiera que sea la causa; cuando sea el doble del mínimo es embargable hasta la quinta parte y los que excedan del doble del salario mínimo nacional es embargable hasta la tercera parte.

En referencia a la medida de secuestro, el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987) señala que “el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas: 2º El secuestro de bienes determinados..”. El secuestro es la medida cautelar por la cual se afecta física y no jurídicamente, como en el embargo, un determinado bien para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse posteriormente.

A diferencia del embargo, según Hernández (2005, 453), el secuestro se revela como un remedio más enérgico para evitar el peligro del deterioro o alteración del bien. Por consiguiente, la apreciación de la verosimilitud del derecho, del peligro de la demora y la exigencia de la contracautela debe ser severa. El secuestro a su vez, puede ser de dos clases: el secuestro judicial y el conservativo. El primero es el que recae sobre los bienes cuya posesión o propiedad está controvertida en el proceso principal.

Carnelutti (1997, 216) agrega que el secuestro judicial tiene por objeto el bien que constituye objeto de la litis. El secuestro conservativo no recae necesariamente sobre el bien que se discute en el proceso principal como en el judicial sino en cualquier bien del deudor.

En este orden de ideas, el secuestro implica un conjunto de medidas preventivas que consisten en la confiscación de bienes muebles o inmuebles para satisfacer obligaciones en litigio. Además es el depósito que se hace de la cosa en litigio, en la persona de un tercero mientras se decide a quien pertenece la cosa. Puede ser convencional, legal y judicial. En el primer caso, se hace por voluntad de los interesados, en el segundo por mandato legal, y el tercero por orden del juez. Tanto en la ley como en la práctica se emplea la palabra secuestro como sinónimo de embargo, pero con más propiedad el secuestro implica siempre en la existencia de un depósito, cosa que no sucede siempre en el embargo.

En cuanto al trámite procedimental de la medida cautelar típica del secuestro, el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil (1987) establece que se decretará el secuestro de la cosa mueble cuando no tenga responsabilidad el demandado o se tema con fundamento que éste la oculte, enajene o deteriore; de la cosa litigiosa, cuando sea dudosa su posesión; de los bienes de la comunidad conyugal cuando el cónyuge administrador malgaste los bienes de la comunidad; de bienes suficientes de la herencia cuando aquél a quien se haya privado de su legítima, la reclame de quienes hubieren tomado o tengan los bienes hereditarios.

Asimismo, el artículo in comento señala que se ordenará el secuestro de la cosa que el demandado haya comprado y esté gozando sin haber pagado su precio; de la cosa litigiosa, éste apelare sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble y de la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el contrato.

En cuanto a la prohibición de enajenar y gravar, el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987) señala que “el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas: ...3º La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles”.

De acuerdo con Ortiz (1999, 89) esta medida solamente puede recaer sobre bienes inmuebles, a diferencia del embargo preventivo que solo puede recaer sobre bienes muebles. Esta medida implica o involucra una privación al propietario del "Ius Autendi", es decir, del derecho de disponer lo que se traduce como la imposibilidad de vender, hipotecar ese bien inmueble, realizar todos los actos relacionados con lo anterior, entre otras. Cabe destacar que el uso y disfrute del propietario permanece intocable.

Esta medida es una restricción que por convenio o institución unilateral impide la transmisión, a título gratuito u oneroso, del bien a que se refiera. Muchos autores consideran que el impedimento del ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al propietario, no implica ningún tipo de incapacidad de la persona para disponer sus bienes; precisamente la tiene, pero temporalmente se encuentra privado del "ius disponendi", veto al natural desenvolvimiento de aquellas facultades del dominio normal.

De acuerdo con el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), 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".

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el Parágrafo Tercero, "el Tribunal podrá, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el Artículo 590".

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil (1987), 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.

En el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil (1987) se establece que:

“podrá también el Juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que esta pudiera ocasionarle. Para los fines de esta disposición sólo se admitirán:

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

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

3º Prenda sobre bienes o valores.

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

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

Indica el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil (1987) que acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, oficiará al Registrador del lugar donde esté situado el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento considerándose nula toda actuación en este sentido, después de decretada y comunicada al Registrador la prohibición de enajenar y gravar.

Por consiguiente, puede evidenciarse como las medidas cautelares típicas o nominadas están claramente especificadas y reguladas en la ley, estableciéndose esencialmente el embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar; las cuales por ser medidas explícitas se encuentran reglamentadas dentro del ordenamiento jurídico venezolano.

D. Las Medidas Cautelares Innominadas.

1. Concepto.

Ortiz (1999, 191) afirma que las medidas cautelares innominadas se definen como el conjunto de acciones preventivas que poseen un carácter cautelar, cuyo contenido no se encuentra establecido en la ley, por lo cual se derivan y surgen del poder cautelar general del juez, quien, a solicitud de parte, puede decretar y ejecutarlas siempre que las considere necesarias para prevenir una lesión inminente, actual y concreta, o para evitar su continuación, todo ello con la finalidad no sólo de evitar el daño o una lesión irreparable que una de las partes pueda causar en los derechos de la otra durante la tramitación de un proceso.

Textualmente, expresa Ortiz (1999, 194) que:

“las medidas innominadas son el conjunto de disposiciones que, a solicitud de parte, puede acordar el juez y siempre que las considere adecuadas para evitar que se produzca una lesión en el derecho o en la situación fáctica de cualesquiera de los litigantes, o para impedir que continúe la lesión si la misma es de carácter continuo en el tiempo.” Este tipo de medidas están consagradas en la legislación patria en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987) y forman parte de lo que en doctrina se ha denominado el poder cautelar general.

De acuerdo con el autor, este tipo de medidas son preferentemente extrapatrimoniales, es decir, las medidas innominadas no están destinadas a

recaer sobre bienes que aseguren obligaciones de dar, sino preferentemente sobre obligaciones de hacer, las cuales pueden tener o no efectos patrimoniales o valorables en dinero.

La doctrina venezolana ha conceptualizado las medidas preventivas como disposiciones de precaución adoptadas por el juez, a instancia de parte, a fin de asegurar los bienes litigiosos y evitar la insolvencia del obligado o demandado antes de la sentencia. La aspiración de las partes en un proceso consiste en la realización material del Derecho, sobre todo cuando se busca una sentencia de condena.

Es preciso expresar tal como indica Fábrega (2002, 113) que las apremiantes necesidades de justicia de las sociedades modernas han motivado que los ordenamientos procesales de diversas familias jurídicas coincidan en conferir a los jueces, cada día con mayor amplitud, adecuados poderes para la conducción de los procesos, tales como la facultad para adoptar y recibir pruebas de oficio, reprimir fraudes procesales y lo que es más importante, instrumentos con los cuales asegurar efectivamente a las partes los derechos reconocidos en la ley sustancia, como serían la aplicación de las medidas innominadas.

Ahora bien, indica el autor que dentro del esquema antes señalado, se ha ido destacando también la función cautelar que le compete al Juzgador. Bajo el influjo de estas tendencias, un gran número de países han establecido en sus Códigos Procesales la facultad que tienen los tribunales para decretar las medidas cautelares innominadas.

Las legislaciones procesales tradicionales contenían un sistema de medidas cautelares taxativas. Sin embargo, la experiencia diaria demostró que no siempre el legislador puede prever las posibilidades infinitas que la realidad presenta, y por ello, en ocasiones, los mecanismos cautelares conocidos no resultan eficaces para obtener los propósitos de aseguramiento que se requerían. Esta circunstancia provoca que los ordenamientos procesales modernos incorporen en sus articulados las medidas cautelares genéricas.

En este orden de ideas, autores como Ortiz (1999, 192) expresan que “las medidas atípicas o innominadas en nuestro derecho están previstas en el Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil (1987) bajo la denominación “Del procedimiento cautelar y de otras incidencias, y expresadas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil en sus tres párrafos”.

Se ha notado que el legislador venezolano no ha sido congruente con la denominación de la institución, pues bien si el título se denomina procedimiento en el desarrollo de su articulado, utiliza indistintamente las nociones de providencias y medidas. Sin embargo se debe advertir que el legislador utiliza la expresión medidas para referirse a las mencionadas medidas típicas y que en cambio prefiere el término providencia cautelar para referirse a las medidas innominadas.

Otros autores, definen a las medidas innominadas tal como lo hace Palacio (1996, 40) como aquellas no previstas específicamente por ley por cuanto constituye facultad incita en el referido poder, consistente en argumentar la posibilidad de que los pronunciamientos de los jueces resulten eventualmente inoperantes o inocuos.

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

Puede concluirse, entonces que la institución de las medidas innominadas permiten afirmar que, en Venezuela se ha diseñado un sistema cautelar mixto, en el cual conviven medidas previamente tasadas por el ordenamiento procesal y un poder amplio de cautela que abre campo a la discrecionalidad del juez en cuanto a la adecuación de las medidas.

2. Trámite Procedimental.

Las medidas cautelares innominadas se acuerdan por el Juez o Tribunal competente por razón de la materia y del territorio, que será el que está conociendo del asunto o, si no se ha iniciado el proceso, a quien correspondería conocer del mismo. Las medidas cautelares innominadas pueden solicitarse antes de interponer la demanda, siempre que por su naturaleza no sea imposible acordarlas (como ocurre, por ejemplo, en el caso de la anotación preventiva de demanda), o que la ley no exija su solicitud junto con la demanda.

Por su carácter excepcional, las medidas innominadas exigen la concurrencia simultánea de urgencia y necesidad. Pueden adoptarse sin oír a quien va a ser la parte contraria en el posterior proceso (sin perjuicio del derecho de oponerse a las mismas una vez acordadas), aunque quedan sin efecto si en el plazo establecido en la ley, no se presenta la correspondiente demanda. Pero como se ha indicado lo más frecuente es que las medidas se soliciten junto con la presentación de la demanda en cuyo caso el Juez o Tribunal ordena la formación de un expediente separado que se tramita simultáneamente a la causa principal, en el que se pueden proponer y practicar pruebas para acreditar la concurrencia de los requisitos necesarios para obtener la tutela cautelar.

La regla general es que se llame a las partes antes de la adopción de las medidas cautelares innominadas a una vista ante el Tribunal en la que se hacen las alegaciones y se practica la prueba que se estime pertinente en torno a la procedencia o no de la adopción de medidas cautelares innominadas, cual fuere ésta o en su caso, la garantía se deba exigir al que interesa la medida cautelar para el caso de verse luego desestimada la demanda.

Ello no obstante, el solicitante de la medida innominada puede pedir que se adopten sin oír a la otra parte, cuando justifique que hay motivos de

urgencia o que la audiencia puede comprometer el buen fin de la medida. En este caso, una vez adoptada la medida innominada, la parte perjudicada puede formular oposición. También pueden pedirse medidas con posterioridad a la demanda o en fase de recurso, aunque se requiere que tal petición se fundamente en hechos y circunstancias que justifiquen el momento de la misma.

Como todas las medidas y de conformidad con el propio artículo 588 del CPC (1987) en su encabezamiento, las medidas innominadas genéricas pueden ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa, y ello responde a su naturaleza. Por ello mismo, en la doctrina se ha manifestado desacuerdo con respecto a la esencia de las medidas preventivas, cuando se afirma que pueden ser dictadas *inaudita altera pars*; en tanto esta situación responde a una característica y no a su naturaleza.

Ahora bien, según Ortiz (1999, 192) si las medidas preventivas pueden ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa, entonces es posible que sean dictadas aún cuando el demandado no haya sido citado. Lo que implica que hay una relación de continente a contenido, o de género a especie, pues la esencia de estas medidas es precisamente que pueden ser

dictadas en cualquier estado y grado de la causa y no, que sean dictadas inaudita parte. Por ello, se piensa que la esencia de las medidas cautelares innominadas no es que sean dictadas inaudita altera pars, por cuanto esto es sólo una de las múltiples posibilidades, pudiendo ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa.

Existe un criterio con respecto de las medidas cautelares innominadas según el cual es necesaria la constitución de las partes en el proceso, cuestión que se produce ante la contestación de la demanda; de este modo sólo sería posible dictar la cautela innominada una vez que el demandado hubiera contestado la demanda.

En este sentido, indica el autor antes mencionado, que el carácter inaudita alteram parte significa más o menos literalmente como sin escuchar a la parte contraria, lo cual implica que las medidas cautelares innominadas pueden dictarse en cualquier estado y grado de la causa, incluso antes de citación o contestación de la demanda.

La razón de ser de esta circunstancia viene dada por la necesidad de asegurar preventiva y sumariamente las garantías suficientes para la futura ejecución del fallo. Si se permitiera la necesaria notificación o contestación de la otra parte, se iría contra el sistema cautelar mismo.

Por tanto, en la aplicación de las medidas cautelares innominadas, sería absurdo pensar que al demandado se le permitiera causar el daño o la lesión alegada por el actor bajo la sola consideración de que no ha contestado la demanda, o que no ha habido citación, Con ello se estaría otorgando una herramienta al litigante de mala fe para retrasar la contestación y, mientras tanto, cometer el daño que precisamente las cautelas innominadas tienden a impedir.

Ahora bien, por otra parte, indica Liebman (1980, 106) que “la noción de parte es un *pris* y no un *posterius* del proceso, lo que implica que parte existe desde el mismo momento en que se actualiza una pretensión, y no desde el momento de la contestación de la demanda o de la citación”.

Esto es tan cierto que la determinación del concepto de parte no tiene relación alguna con el problema de la legitimación para accionar, el cual tiene que ver con la identificación de las justas partes o legítimos contradictores,

respecto de un determinado objeto; son, en cambio, partes en el proceso aquellos que de hecho son sujetos del mismo, y tal cualidad de los mismos, con todas las consecuencias que de ello derivan, es independiente de la circunstancia de que sean o no sean, en relación a la acción propuesta, también las partes legítimas.

En este orden de ideas, es preciso establecer que el concepto de parte tampoco es exclusivo del derecho procesal, como expresa Rengel-Romberg (1987, 25); quien afirma que de partes se habla en el contrato para significar los sujetos que deben prestar su consentimiento para que pueda nacer la relación negocial.

Con todo esto se estima que es suficientemente claro que la condición de parte no viene dada por la citación a juicio y menos por la contestación de la demanda, sino por la posición que se asuma en el escrito libelar como pretensor y frente a quien se pretende, ello es así porque la noción de parte no es producto de la relación jurídica sustancial debatida en juicio, sino un *prius* necesario a la presentación de la petición.

En otras palabras, la condición de parte no se adquiere con la citación sino con la diversa postura de peticiente y petitionado que al efecto se determine en el libelo de la demanda, de modo que parte es aquella persona identificada en un libelo de demanda ya como actor o como demandado.

Para que procedan las medidas cautelares innominadas, deben considerarse un conjunto de requisitos en su trámite procedimental, que incluye:

- Que exista un juicio pendiente. No solo basta la presentación del libelo de la demanda, debió ser admitida la misma por el tribunal con posterioridad. Así lo estableció la corte Suprema de Justicia en su fallo del 13/12/1979.
- La presunción grave del derecho que se reclama o el Fomus Boni Iuris.
- Cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo o el Fomus Periculum in Mora.
- Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil (1987).

Asimismo, Ortiz (1999, 519) concibe este tipo de providencias como un verdadero amparo dentro del proceso a favor de una de las partes que se ve perjudicada por actuaciones de la otra que ponen en grave peligro su derecho, de allí que estén dirigidas no a bienes sino a conductas, y sólo cuando la lesión es continua podría recaer sobre contenidos patrimoniales. Así el término puede utilizado en el artículo 588 del CPC (1987) no incluye requisitos para decretar la medida, de donde se desprende que, una vez

cumplido con los requisitos, se hace procedente la misma, en cuyo caso ya no se está en presencia de una facultad discrecional sino de un deber.

No obstante, existe un cierto grado de discrecionalidad en la apreciación de la prueba, el cual toca el fondo de la medida pero en modo alguno la forma. Por ello se ha afirmado que lo genérico de las medidas atiende a la oportunidad, a las materias en que pueden ser dictadas, a los tipos y las clases de medidas; pero el juez está subordinando a estos tres requisitos, y también está sometido a cierta restricción en la índole de la medida.

Indica Ortiz (1999, 520) que la jurisprudencia venezolana no había reparado en este tercer requisito hasta que por sentencia del 7 de diciembre de 1994 con ponencia de la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, en el juicio de Marítima Andina Masa contra la CAVN, estableció los siguientes criterios sobre este aspecto:

“De allí que, de acuerdo con la norma precedentemente comentada, si se da la previsión del artículo 585 eiusdem, que existe riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama, el juez puede acordar la medida preventiva que estime adecuada para el caso si, además de las dos circunstancias expresadas en el párrafo primero del artículo 588 hubiere fundado temor de que una de las partes pueda

causar lesiones graves o de difícil reparación en el derecho de la otra”.

Con base a este razonamiento la Sala concluye que los siguientes elementos son exigidos para que el Juez pueda ejercer su potestad cautelar innominada: las genéricas de todas las medidas cautelares contempladas en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987); y el específico del párrafo primero del artículo 588 constituido por el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra que se ha denominado *periculum in damni*.

Por otra parte, las medidas cautelares innominadas, no pueden decretarse con fianza, pueden seguir la circunstancia que aprecie, el juez mediante la constitución de garantía o caución suficiente, porque son medidas destinadas a evitar que sigan lesionando, no afectan directamente el patrimonio, persiguen evitar daños mayores, que estos no se continúen provocando y requieren además el peligro de que se siga lesionando el derecho de quien lo solicita.

Todas las medidas innominadas están unidas a su poder cautelar. En tal sentido, en el proceso jurídico venezolano, se entiende como la facultad del órgano jurisdiccional para dictar durante el contradictorio medidas que aseguren la eficacia de lo que pudiera ser sentenciado en definitiva y en

consecuencia, no son más que los medios de que dispone quien se afirma titular de un derecho, para asegurar su ejercicio, cuando carece de un título ejecutivo que le permita adelantar la ejecución de ese derecho. Es importante señalar que una vez agotado el contradictorio no hay posibilidad de solicitar o decretar por el juez medidas preventivas sino procedimientos ejecutivos.

E. Las Medidas Cautelares Complementarias.

1. Concepto.

Ortíz (1999, 191) afirma que las medidas cautelares complementarias implican un “conjunto de disposiciones que preventivamente puede tomar el juez”. A solicitud de parte u oficio, estas medidas están destinadas a complementar o asegurar la eficacia o el resultado de la medida típica o innominada previamente decretada.

El mismo autor agrega que las medidas complementarias solo están afectas a complementar las medidas típicas y no de las atípicas. Esto implica que dichas medidas complementan la efectividad de las medidas cautelares cuyos efectos se encuentran expresamente determinadas en la ley, lo cual

implica que son medidas decretadas con el fin de que auxiliar al juez para atemperar la rigidez que en determinadas oportunidades, donde pueden hacer ineficaces los efectos conservativos de las medidas típicas previamente decretadas.

También Ortiz (1999, 376) afirma que las disposiciones complementarias no constituyen medidas cautelares en si mismas sino un suerte de protección o garantía de la medida cautelar que se hubiere decretado. Las medidas complementarias, contrariamente a las medidas principales no funcionan autónomamente, sino que actúan como subsidiarias de la medida decretada a la que soportan. Asimismo, las medidas complementarias están dirigidas al juez, quien las decreta de oficio, y no a las partes, por lo que no puede ejercerse oposición contra ellas, salvo el recurso de apelación cuando el juez se haya excedido o desnaturalizado la institución produciendo un daño, ni tampoco pueden decretarse mediante caución.

Tales medidas accesorias o complementarias, están contempladas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), las cuales van dirigidas a asegurar la efectividad y resultado de una medida previamente decretadas las providencias cautelares principales, funcionan como una especie de extensión de la medida otorgada, y deben necesariamente obrar

sobre circunstancias que no fueron reguladas por ésta ni expresa ni tácitamente.

Por ello, Palacio (1996, 41) explica que las medidas cautelares accesorias son aquéllas que tienden a impedir que el derecho, cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Las medidas cautelares complementarias de acuerdo con Peyrano (1981, 132) se consideran medidas accesorias que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y al resultado práctico que aseguran preventivamente; más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de ella.

Por tanto, se evidencia que las medidas complementarias como su nombre lo indica complementan a una medida típica decretada como principal, evidenciándose que la doctrina mayoritaria entiende que, por ser de carácter provisorio, no constituyen un proceso sino un procedimiento, ya que carecen de un fin en sí mismas. Además, ellas no tienen la fuerza material de cosa juzgada, motivo por lo que éstas pueden ser modificadas.

2. Trámite Procedimental.

Cabe destacar que la discusión se ha centrado en considerar la no aplicación de medidas complementarias a las medidas atípicas o innominadas, indicándose de acuerdo con Urdaneta (2004, 56) que la razón se centra en que el juez puede adecuar el contenido de las sinuosidades del supuesto de hecho que se propende a tutelar y por aplicación del argumento económico o hipótesis del legislador no redundante, no se cree que ante tal capacidad de adecuación de las medidas innominadas deba preverse adicionalmente función la aplicación de las medidas complementarias que vienen a cumplir una similar.

Por otra parte, la propia ubicación de las medidas complementarias dentro del artículo 588 del CPC (1987) en el encabezamiento de la norma, al lado de las medidas típicas no permite llevar a un resultado distinto. Además como bien expresa Duque-Corredor (1990, 165) en el supuesto que con la medida atípica no se logre detener o evitar el daño a la parte solicitante, “el juez tiene la potestad de ampliar, modificar y sustituir tal medida por otra innominada distinta a la originalmente dictada pero con carácter principal y no complementario”

El artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987) están establecidas las medidas nominadas e innominadas, las ultimas en el único aparte del artículo, el cual expresamente dice: "Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

Por tanto, en las medidas cautelares nominadas, se piden medidas complementarias a fin de asegurar la eficacia de la medida cautelar, en las medidas cautelares innominadas no admiten esa medida complementaria, pero si nuevas medidas, en caso de que las decretadas resulten insuficientes.

Pero estas medidas mantienen la naturaleza de las medidas cautelares. Henríquez La Roche (1997, 39) afirma que el anticipar el efecto que puede o no ser repetido por un cato posterior, satisfacer la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia y el que sus efectos están preordenados y atenedos a lo que resuelva la providencia de mérito del proceso principal, conduce a considerar que las medidas complementarias poseen naturaleza cautelar, solo que en segundo grado puesto que su instrumentalidad se vincula de manera inmediata con la suerte de la medida cautelar principal de la que es subsidiaria y de manera mediata con el proceso en el que se discute el

fondo, por coadyuvar también de un modo u otro al aseguramiento de sus resultas.

Por supuesto, al no configurar las complementarias una medida distinta, sino solo una determinación adicional de una medida cautelar la oposición a esta comprende también la de tales disposiciones.

3. Precisar el procedimiento judicial de impugnación de las medidas innominadas.

Expresa Donaires (2002, 3) que si la impugnación prospera, dicho acto nunca habrá existido en virtud de la anulación o revocación. De la anterior descripción de la actividad procesal vinculada a la impugnación, se deducen los siguientes componentes de ésta: Acto procesal viciado, agravio, medio impugnatorio y finalidad; explicados seguidamente:

a) Acto procesal viciado, por error o defecto (algunas veces causado por dolo o fraude). Calamandrei (1959, 94) afirma que el error podrá ser a su vez in iudicando o in procedendo. Este es el acto procesal que una vez producido pretende incorporarse al proceso y que al ser notificado a las partes, es objeto de cuestionamiento dando lugar a la impugnación y toda la tramitación que ello implica.

b) Agravio, es el perjuicio que el acto viciado ocasiona a las partes o a los terceros legitimados motivando su inconformidad, siendo la razón que servirá de fundamento a la impugnación. También hay agravio a la sociedad cuando el acto afecta una norma jurídica de orden público. En ambos casos, sea que el acto afecte al interés de las partes o al orden público, existe un agravio que debe repararse.

c) Medio impugnatorio, es el remedio o el recurso previsto por la norma procesal para impugnar el acto procesal viciado en atención al agravio que ocasiona. Los recursos (reposición, apelación, queja y casación) han sido previstos para atacar o cuestionar los actos jurídicos procesales consistentes en resoluciones (decretos, autos y sentencias) respectivamente. En cambio, los remedios (que adquieren la forma de nulidad, cuestión probatoria, entre otros), están diseñados para impugnar los actos jurídico procesales que no tienen la forma de resolución (acto de notificación, audiencias, ofrecimiento de medio probatorio)

d) Finalidad, es el objetivo de la impugnación: La anulación o revocación, total o parcial del acto viciado. Por la anulación se deja sin efecto el acto viciado y se ordena la reposición al estado anterior a fin de que se rehaga o simplemente quede así. En la revocación se modifica o reforma el acto cuestionado con arreglo a derecho. Si la impugnación no prospera, el acto

cuestionado quedará firme y se incorporará válidamente al proceso para generar sus consecuencias.

Para Vescovi (1988, 267), la finalidad y fundamento de la impugnación, constituye un principio político que rige el sistema impugnativo, siendo aplicable tanto para las medidas cautelares nominadas como innominadas similar procedimiento.

Por tanto, se afirma a partir de lo expuesto, que las disposiciones legales en torno a la aplicación, decreto y ejecución de las medidas nominadas en sus diversas tipologías, es aplicable a las medidas innominadas al no pronunciarse el legislador con un procedimiento específico aplicable a las medidas atípicas.

CAPITULO II
PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
INNOMINADAS

A. Proceso declarativo de las Medidas Cautelares Innominadas.

Analizando el proceso declarativo de las medidas cautelares innominadas, se verifican los requisitos de procedencia, la instancia de parte interesada y la discrecionalidad del juez.

1. Requisitos de procedencia.

En cuanto a los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares innominadas, las mismas corresponden con los requisitos de procedencia de las medidas típicas antes mencionadas. En este sentido, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987) establece la judiciabilidad de las medidas cautelares, sólo el juez puede acordar esa medida, porque las mismas necesariamente se traducen en una restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales.

Recordando los requisitos de procedencia, las medidas cautelares innominadas se señala que exista un juicio pendiente, la presunción grave del derecho que se reclama, que exista riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo, que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil, y que el supuesto que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita cauciones, afianzar o garantizar las resultas del proceso.

Por tanto, y tomando como referencia lo dispuesto por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987), la procedencia de cualquier medida cautelar innominada está condicionada al cumplimiento concurrente de varios requisitos: a) Que se presuma la existencia del buen derecho cuya protección se persigue con la medida cautelar (*fumus boni iuris*), esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca como probable y verosímil; b) Que exista riesgo de quedar ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante por el retardo en la obtención de la sentencia definitiva; y, adicionalmente, se requiere para el decreto de las medidas innominadas, el *periculum in damni* o el temor fundado de que una de las partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

Al respecto Ortiz (1997, 194), señala que en el caso de las medidas innominadas, solo puede ser decretadas con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987), que no constituye una simple remisión, sino que se trata del deseo del legislador que para este tipo de medidas deben estar cumplidos los requisitos del artículo mencionado y que además debe existir el fundado temor. Ahora bien, el mismo autor considera, que existe el requisito para admitir la solicitud de medidas innominadas, que denomina *periculum in damni*, es decir, el peligro inminente de daño o de lesión, el cual se encuentra inmerso en el artículo 588 del mismo Código.

Por ello, es necesario observar el requisito para la procedencia de las medidas innominadas o genéricas, que se da cuando exista el peligro de que se le cause una lesión grave o de difícil reparación al derecho de la otra parte, es indudable que esta circunstancia constituye el objeto de la acción, puede decirse que las características de las medidas innominadas o genéricas comportan obligaciones de hacer o de no hacer, dado que todo lo precedente expone los efectos que producen sobre los bienes, la práctica de las medidas típicas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar.

Se tiene entonces, que la actividad del Juez al acordar una medida innominada está orientada a tratar de evitar que se cause una lesión grave al derecho de la otra parte, o que puede resultar de difícil reparación. Puede consistir en una autorización o en una prohibición; esta contingencia puede comportar siempre, o bien una obligación de hacer o de no hacer.

2. Instancia de parte interesada

Respecto a la instancia de parte interesada al solicitar una medida cautelar innominada, Ortíz (1999, 517) afirma que dicha solicitud debe ser autosuficiente, puesto que debe contener de modo claro la medida solicitada y de manera especial la señalización y el análisis de la lesión temida, así como la indicación de la prueba que demuestra tal lesión; sin dejar de lado el correspondiente análisis del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad antes desarrollados.

En concreto, las medidas cautelares atípicas o innominadas pueden solicitarse en aquellos casos en que se ventile el desconocimiento o la violación de un derecho, mientras dure el proceso, para lograr restablecer la situación infringida y hacer cesar la continuidad de la lesión producida o que pueda producirse por una de las partes al derecho de la otra.

Debe señalarse que el Tribunal puede encontrar suficiente la prueba producida, deficiente, o puede considerar improcedente la solicitud de la

medida cautelar por cualquier causa, su decisión debe ser inmediata, debiendo producirse el mismo día en que se haga tal solicitud, no pudiendo se postergada por ningún motivo, ya que deberá resolver siempre sobre la petición de medida formulada, en uno u otro sentido; sea en sentido afirmativo acogiendo la petición, o negativo rechazándolo.

Por consiguiente, esta celeridad de la decisión está relacionada con la función de garantía que cumple la medida cautelar en relación con el proceso principal y en la necesidad de que el solicitante de la misma pueda actuar en la forma que más convenga a los fines de la obtención de tal garantía, dependiendo de la decisión del tribunal respecto de su solicitud.

Sí se tiene que el Código de Procedimiento Civil (1987), establece que la medida debe decretarse el mismo día en que se haga la solicitud, si se ha cumplido con los requisitos exigidos para su procedencia, de modo tal, que no existe, la posibilidad jurídica de que el juez pueda dejar de cumplir con esta obligación.

Sin embargo, no existe en el actual derecho un mecanismo eficaz para obligar al juez al cumplimiento de sus deberes y salvo el juicio de queja, no existe ningún otro mecanismo eficiente que le garantice a las partes la adopción de una cautela; como si lo establece de manera expresa que incurre en denegación de justicia el Juez que se abstiene de decidir.

3. La discrecionalidad del juez en este tipo de medidas

Según el Diccionario de la Lengua Española (2001), la discrecionalidad alude a la calidad de ser discrecional, o sea, a aquello que se hace libre y prudencialmente. La prudencia consiste, a su vez, en distinguir lo que es bueno de lo malo, para seguirlo o para huir de ello; implica moderación, discernimiento, buen juicio. Explica Bobbio (2003, 77), que la discrecionalidad supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad, es decir, a un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.

En el lenguaje cotidiano el término discreción en el criterio de Bonorino (2004, 10), suele connotar determinadas cualidades personales como son la prudencia, la reflexión, sensatez o el buen juicio. Asimismo, también se utiliza este término para observar que algo está al arbitrio o a la voluntad de un sujeto determinado. La literatura iusfilosófica ha incorporado estos dos usos del vocablo discreción en el discurso jurídico, pero con algunos matices derivados de su utilización en el contexto del Derecho.

Asimismo, un primer sentido en el que cabe hablar de discreción judicial es cercano al primer uso cotidiano expuesto. Consiste en predicar determinadas

cualidades personales en el desempeño de la función judicial. La aplicación del derecho es una actividad que requiere discernimiento, sensatez y juicio para adoptar el curso de acción jurídica mente previsto. Un juez que desempeña su rol institucional con discreción puede ser considerado un juez responsable, un buen juez.

Expresa por su parte Rentería (2004, 56), que a veces se enfoca la discreción en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente sino que exigen discernimiento. Se utiliza este sentido débil cuando el contexto todavía no lo aclara, cuando la información básica con que cuenta es insuficiente.

Lo antes señalado alude a este segundo sentido de discreción judicial débil, para dar cuenta de aquellas situaciones en las cuales aún cuando el derecho ofrezca una respuesta al caso que debe ser dirimido, esta solución no es obvia; por lo cual identificarla requiere un proceso intelectual complejo. El Derecho se expresa mediante el lenguaje y comprender este lenguaje, puede generar dificultades epistémicas al intérprete.

Agrega el mismo autor, que otro sentido de discreción judicial está relacionado con el carácter de ciertas decisiones judiciales. Así, se suele

indicar que una resolución es discrecional cuando no está sujeta a revisión, es decir, cuando es dictada por la última instancia de la planta judicial en una determinada materia. En este criterio, ello supone que ninguna otra autoridad puede imponer su criterio al órgano que tiene la facultad de tomar la decisión definitiva.

En consecuencia, no presupone necesariamente la dificultad en la comprensión del Derecho o la existencia de un margen de autonomía judicial respecto al contenido de la resolución. Lo que se llamará discreción como definitiva sólo hace regencia a atribuciones competenciales relativas a quién corresponde declarar, en última instancia, qué es lo que prescribe el Derecho.

Recaséns (2003, 89), sostiene que el problema de la necesidad técnica de discreción judicial ha sido analizado de diferentes aproximaciones a los límites del Derecho en relación con la obligación judicial de fallar. En este contexto, la posición que sostiene la necesidad de discreción judicial ha surgido como consecuencia de la asunción de una tesis restrictiva acerca de los límites del Derecho.

En cuanto a los planteamientos de García (2002, 112), la función judicial tiene indefectiblemente un ámbito considerable de discrecionalidad para

cumplir con su responsabilidad de resolver casos sin el control de normas jurídicas generales, y ello obedece en buena parte a la naturaleza misma de las leyes, que necesariamente son siempre generales.

Al respecto, Iglesias (2006, 38), expresa que en el sistema legal, en principio no existe la facultad discrecional absoluta, que permita a las autoridades actuar o tomar decisiones sin tener que dar ninguna explicación de sus actos pues la jurisprudencia ha establecido que el uso de las facultades discrecionales debe ser razonado adecuadamente. Dicho uso puede ser revisado por los tribunales, en cuanto a que los razonamientos que lo apoyan deban invocar correctamente las circunstancias del caso, apreciar debidamente los hechos pertinentes y no violar las reglas de la lógica.

En todo caso, se establece que las decisiones deben considerar su asidero dentro del ordenamiento jurídico, y cuando las leyes no son expresas en la solución, el juez debe determinar los aspectos legales que la sustentan y asumir una decisión entre las distintas alternativas. Lo antes mencionado, implica que el juez debe gozar de una creatividad objetiva soportada por los límites establecidos en la Ley.

En cualquier caso, las decisiones judiciales que impliquen la ejecución de medidas cautelares innominadas deben ser enunciadas sobre la base del respeto de los elementos reglados de la potestad judicial, así como sus hechos determinantes. Efectivamente, todas las potestades que se confieren tienen elementos que son necesariamente reglados, tales como, la existencia misma de la potestad, su extensión, su fin y la competencia del órgano. De esta forma, el Juez no puede apartarse de estos elementos al ejercer sus potestades discrecionales.

Confirmando lo señalado, opina Segura (2006, 431), que de acuerdo con la teoría de indeterminación del derecho Kelseniano, el juez no asume decisiones que no estén enmarcadas en el derecho, pero puede estudiar las alternativas que la norma le adjudica para a través de su potestad pueda contemplar las posibilidades que la ley le ofrece para decidir según el Derecho.

Lo antes señalado, confirma los planteamientos de Rentería (2004, 57), quien sostiene que se aprecia con mayor relieve la dimensión creadora de la función judicial, cuando se contemplan casos complicados o difíciles, respecto de los cuales no se puede formular a primera vista y de modo inmediato el fallo. En todo caso, lo importante es que resaltar que pese a que el juez tenga diversas alternativas de actuación y que se encuentren en todo

caso indeterminadas, debe considerarse que el elemento reglado sigue presente y que cualquier acción no puede existir una desviación de poder, porque incurrir en el mismo implica la presencia de un vicio, por lo cual todo acto asumido bajo estas premisas debe ser anulado.

Lo antes expuesto es confirmado por Cossio (2004, 21), quien afirma que la potestad discrecional del juez, constituye una facultad, pero igualmente representa un deber conferido en las leyes, que le impone decidir sobre las circunstancias no establecidas claramente en la ley, con un relativo margen de libertad. Esto ocurre en tanto la ley le confiere al juez la potestad de decidir sobre aspectos que la norma de manera anticipada no puede prever que ocurran y ante la imposibilidad de establecer las circunstancias concretas, el legislador le confiere la posibilidad de asumir acciones cuando las condiciones de la realidad superan las previstas en la norma.

El Artículo 23 del Código de Procedimiento Civil (1987), el cual establece que: Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad. Lo señalado está en correspondencia con lo antes mencionado en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil (1987), en tanto en el mismo se evidencia

la intención del legislador por resaltar que el arbitrio del juez tiene que ser basado en la prudencia y en la imparcialidad.

Por su parte, Brewer-Carías (2007, 9), afirma que el principio de racionalidad supone en el juez el ejercicio de la discrecionalidad, actuando ajustado a la lógica y congruentemente, de lo contrario actuará irracionalmente, lo cual se dará en los casos donde exista falta de consecuencia y nexos lógicos. Frente a esa realidad y con el fin de no perjudicar a quién tiene la razón, con la duración del proceso, el cual se ve obligado a recurrir al órgano jurisdiccional para obtener la pretensión solicitada y debido a ello es que se deben implementar procesos rápidos y medidas que adelanten el resultado del mismo y es allí donde obtiene suma importancia el uso de las medidas innominadas para evitar la aplicación de la justicia.

La satisfacción de la pretensión reconocida en la sentencia y en otros casos produce la desconfianza hacia el órgano jurisdiccional, y por ello no acudir a él o a dejar insatisfechos sus derechos. En este sentido, se comprende que las medidas innominadas consisten en autorizaciones o prohibiciones de realización de determinados actos, o eliminación de actos lesivos, como se desprende de la parte final del Parágrafo Primero del artículo 588 de la norma adjetiva.

En este momento precisamente en el cual juez tiene la potestad de usar las facultades que le han sido otorgadas por el Estado, para que haga justicia en su nombre y para que no exista la posibilidad que quede ilusoria la ejecución del fallo, y no se le cause un gravamen irreparable o de difícil reparación al derecho de una de las partes en el proceso. Es por ello que los jueces, apoyados en las nuevas normas y con criterios de avanzadas, podrán apegarse a un estado de justicia haciendo un estudio y una valoración de la cautelar innominada que se impondrá a alguna de las partes, tratando de que ninguna de ellas se vea afectada por dicha medida. Dentro de este orden de ideas, Cañas (2000) expresa que:

Los cambios operados en el área judicial, tienen necesariamente un impacto directo; en primer lugar, en la posición del juez ante el proceso; y en segundo lugar, en la posición del juez ante la ley. Ante el proceso, por mandato Constitucional, el grado de disposición del juez queda reducido a la utilización del proceso, únicamente como un medio para buscar y realizar la justicia; ante la ley, el asunto va mucho más allá, es el eje fundamental de su actuación, toca de manera directa un aspecto de mucha trascendencia, relacionado con una nueva concepción del derecho y de la justicia; la labor de juzgamiento tiene que estar encaminada al fin práctico de resolver los asuntos de fondo, es decir, a la resolución de los conflictos de intereses en forma real y efectiva, con apoyo en la verdad, la buena fe, la transparencia y la celeridad, para que sus resultados se traduzcan en bienestar social. (p.30).

De acuerdo con Morales (2008, 514), esta posibilidad de adecuar el derecho a lo justo, se encuentra centrado en el margen del poder discrecional dado a los jueces por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), mediante el cual los operadores de justicia podrán aplicar su criterio sin que exista desatención de la ley pero encontrando una ponderación y equilibrio entre la ley y la justicia, sin arbitrariedad ni desigualdad.

Por lo tanto, derivado del principio de un proceso justo y acorde al debido proceso, resulta apremiante la celeridad procesal, al agotarse esta necesidad en un proceso que exige además restablecer situaciones subjetivas de manera ponderada. Como corolario de la seguridad jurídica y de la tutela jurídica razonable, se debe regular, en las reglamentaciones que tienen por objeto desarrollar dicho principio, los presupuestos que permitan dar una prestación parcial anticipada de los resultados del litigio o una satisfacción casi espontánea a la reclamación por la premura de la devastación del derecho que a simple vista parece incontestable.

Por lo tanto, el juez debe actuar con mucha discrecionalidad para establecer la cautela que considera adecuada al caso, la cual es ejercida mediante la autorización o ejecución de determinados actos, y es por ello que se faculta al juez para adoptar cualquier tipo de providencia a fin de que

cese la continuidad de la lesión de una de las parte respecto de la otra, porque se trata de medidas discrecionales, existe la necesidad que el juez actué apegado a los principios de racionalidad y proporcionalidad para establecer el límite entre la voluntad libre del órgano y la arbitrariedad.

La discrecionalidad del juez, representa el poder cautelar general que gravita en la institución denominada medidas innominadas, es decir, que este poder cautelar, es entendido como la facultad de garantizar preventivamente el cumplimiento de un debate controversial de interés en el seno de la administración de justicia.

Ahora bien la medidas innominadas puede ser decretadas por el juez en el proceso civil ordinario, especiales contenciosos y no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, pero también en los procesos laborales, agrarios, en los procedimientos de amparo, en los procedimientos contencioso administrativo, en la ejecución de sentencias definitivas, constitutivas y mero declarativas. El artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987) están establecidas las medidas nominadas e innominadas, las ultimas en el único aparte del articulo, el cual expresamente dice: "Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

Señala Ortiz (2001, 16) que “Ciertamente estamos en presencia de una facultad discrecional pues ello es lo que indica la conjugación verbal indicativa ‘podrá’ pero no debe dejar de percatarse el intérprete, que la misma norma ‘condiciona’ esa facultad pues ello es lo que indica el adverbio circunstancial ‘cuando...’,.

Explica el autor que para proceder a dictar la medida, pese a gozar de discrecionalidad, el Juez debe verificar que se cumpla la condición, de la existencia de fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación, así como los restantes requisitos. Señala que la remisión del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987) es inobjetable, pues no queda duda alguna que la voluntad de la ley es que se cumpla estrictamente con los requisitos previstos en el mencionado artículo.

Agrega que así lo expresa la voluntad de la ley, entendiéndose que no se contempló en norma alguna, la posibilidad de obviar esos requisitos mediante el régimen de caución o fianza, es por ello que Ortiz (2001, 16) estima que este tipo de discrecionalidad puede llamarse “dirigida” para englobar el hecho de que la cautela es discrecional, pero que cumpliéndose con los requisitos exigidos por el legislador procesal, el juez está en la obligación de dictar la medida innominada so pena de incurrir en denegación

de justicia con la consecuente obligación de indemnizar civilmente los daños que hubiere causado con su inactividad.

Para el autor mencionado, la motivación del decreto cautelar responde a razones formales y materiales. En el caso formal, debe tenerse presente que la diferencia entre la arbitrariedad y la discrecionalidad está justamente en la legitimidad que sólo podría justificarse, además, racionalmente de acuerdo a un ajustado juicio de carácter preliminar pero autosuficiente; la no motivación del decreto hace incurrir al juez en un vicio que anula su acto o, al menos, lo convierte en un acto arbitrario.

Hernández (2005, 138) señala que “Esta facultad del juez constitucional es muy amplia y le permite al juez constitucional dictar no sólo medidas cautelares típicas, sino también de naturaleza atípica, es decir, de carácter innovativo”. En este supuesto, es necesario aclarar que la intención del juez constitucional debe versar sobre dos pilares, la primera sería la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial, y la segunda la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

Por consiguiente, el Juez debe exponer las razones de hecho y de derecho por las cuales considera que procede o no la medida innominada que se le requirió ya que, si no lo hace, es imposible que su acto sea

susceptible de control por las vías ordinarias (oposición o tercería) y extraordinaria (casación), tanto, respecto de su legalidad propiamente dicha (si se entiende que emana de una potestad reglada), como de lo que se conoce como fundamento de legitimidad o legalidad material del acto discrecional (si se entiende que proviene de una facultad discrecional), lo que impediría el cabal ejercicio del derecho a la defensa de la parte o del tercero que pueda verse afectado por dicho decreto.

B. Mecanismos de Impugnación de las medidas cautelares innominadas.

1. Recursos contra este decreto cautelar

La impugnación es un concepto que encierra o comprende varios elementos o componentes cuya identificación permitirá entender su naturaleza. Antes de pasar a conocerlos es necesario recordar que según Donaires (2002, 4) la impugnación, dentro del proceso, es el acto de objetar, rebatir, contradecir o refutar un acto jurídico procesal de los sujetos del proceso. Es el acto de recurrir, especialmente contra las resoluciones del juzgador. Es por tanto, la oportunidad en que se hace uso del contradictorio.

El proceso es una sucesión de actos, de los sujetos procesales, que se van incorporando válidamente, sólo así forman parte de él y surten sus efectos.

De acuerdo con el autor antes citado, realizado un acto jurídico procesal, se notifica a las partes ofreciéndoles dos opciones: Consentir o impugnar. Si el acto es consentido, de manera tácita cuando no se impugna; o expresa, cuando se acepta fehacientemente, se incorpora al proceso y genera sus efectos. En cambio, si sucede lo contrario, es decir, si se impugna, ese acto no se incorporará al proceso ni surtirá sus efectos hasta que no quede ejecutoriada cuando es confirmada.

Morales (2008, 522) afirma que cabe considerar por otra parte que existen recursos contra el decreto cautelar. Los mecanismos procesales de impugnación o recursos jurisdiccionales que permite la ley contra el decreto cautelar, varían dependiendo del contenido del decreto; así se tiene que si se acuerda la medida, se concede a la parte el recurso de oposición. En referencia a la impugnación, Lares-Martínez (1993, 185) señala que dictada la sentencia, la parte vencida tiene ordinariamente el derecho de impugnarla. Dichos medios de impugnación se denominan recurso, los cuales a su vez se clasifican como ordinarios y extraordinarios. El recurso ordinario por excelencia es la apelación.

El artículo 288 del Código de Procedimiento Civil (1987), dispone que toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se produce la apelación, salvo disposición especial en contrario. El mismo código ordena en su artículo 289 que “de las sentencias interlocutorias se admite la apelación solamente cuando produzcan un daño irreparable”. Según el Artículo 364 del Código in comento, “el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente”. El Artículo 365 establece que procede apelación contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes, contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya; y en los casos expresamente establecidos en este Código.

De acuerdo con el Diccionario Espasa (2005, 29), el término apelación proviene del latín *appellare*, que significa pedir auxilio. Es el medio impugnativo ordinario a través del cuál una el apelante solicita que un tribunal de segundo grado examine una resolución dictada dentro del proceso por el juez que conoce de la primera instancia, expresando sus inconformidades al momento de interponerlo, con la finalidad de que el

superior jerárquico, una vez que las analice y sin que pueda suplir sus deficiencias, corrija sus defectos procediendo a modificarla o revocarla.

En este sentido, Vescovi (1988, 267) afirma que los medios impugnativos, sostiene, aparecen como el lógico correctivo para eliminar los vicios e irregularidades de los actos, representando un modo de buscar su perfeccionamiento; y, en definitiva, una mayor justicia.

El recurso extraordinario por excelencia es el recurso de casación. Así, Rengel-Romberg (1995, 450) lo define “como el recurso que puede interponer el apelante ante el Tribunal Superior, contra la decisión del Juez a quo que niega la apelación o la admite en un solo efecto, solicitando se ordene oír apelación o admitirla en ambos efectos, conforme a la ley”.

Opina Lares-Martínez (2001, 187) que el recurso de casación tiende a provocar, no un nuevo examen completo de la controversia en tercer grado, sino solamente un examen parcial (in jure) de la sentencia de segundo grado, en los límites en que los errores de interpretación de la ley que haya cometido el juez de segundo grado sean denunciados por el recurrente como motivo de casación, y con base en las infracciones de orden público y constitucionales, que la sala de casación encuentre aunque no se les haya denunciado.

Por tanto, como una diferencia sustancial entre la apelación y la casación, es que en la primera el tribunal de segunda instancia vuelve a examinar la apreciación de los hechos y la interpretación de la ley, mientras que al conocer del recurso de casación, la Sala de Casación se limita a examinar si ha sido o no correcta la interpretación de la ley dada por el juez, si la ley ha sido por éste mal aplicada o dejada de aplicar. Ambos recursos se enfoquen en el objetivo práctico y concreto de revocar en este caso, una medida cautelar.

2. Oportunidad para realizar la impugnación.

La oportunidad de la impugnación, se interpreta en función de los principios que constituyen su columna vertebral o base o cimiento sobre el cual se levanta aquella. Las sentencias pueden ser objeto de impugnación, recurso ordinario y recurso de casación. El demandado contra el que se ha dictado sentencia en rebeldía puede impugnar las medidas provisionales.

Al respecto, Véscovi (1988, 267), afirma que los principios que rigen el sistema impugnativo, sirven de base para resolver las situaciones particulares que se presentan, sobre todo cuando se observan vacíos en la

legislación. En la doctrina, de acuerdo con Carrión (2000), se evidencia que no hay uniformidad en la denominación de los principios de la impugnación.

Así, mientras que por un lado se habla en estricto de principios generales de la actividad impugnativa, por otro lado, Gozani (1993, 1297) prefiere hablar de principios y presupuestos de la impugnación y Monroy (1979, 54) de reglas o requisitos de la impugnación; es decir, se confunde a los principios con los presupuestos o requisitos sin advertir que éstos son consecuencia de aquellos. Incluso, se hace una diferenciación con lo que se denomina 'principios políticos de la impugnación.

Al respecto, Donaires (2002,2) afirma que en este sentido, la doctrina no es uniforme respecto de cuáles son los principios que rigen la impugnación. Corresponderá a la teoría de la impugnación, ahondar este tema y plantearlo con uniformidad y coherencia; por el momento, estos son los acogidos por los distintos autores, algunos de los cuales son citados:

Revisabilidad de los actos procesales: Dado que los actos jurídico procesales son actos humanos, están expuestos a la falibilidad del hombre, por ello mismo, son susceptibles de revisión por el propio juez o por el superior jerárquico. En la reposición, corresponde al propio juez revisar su decreto o el emitido por su auxiliar jurisdiccional, mientras que en la

apelación, es la instancia superior la que procede a la revisión del auto o de la sentencia. Por la revisión, se busca poner en relieve la falta de certeza del acto cuestionado. Excepcionalmente, la norma procesal prescribe que ciertos actos son inimpugnables; en consecuencia, no pueden ser objeto de revisión (es el caso de las resoluciones que ordenan la actuación de medios probatorios de oficio).

Interés del perjudicado o agraviado: Esto significa que el perjudicado con el acto viciado debe tener interés en cuestionarlo haciendo uso de los medios impugnatorios. No debe haberlo consentido ni expresa ni tácitamente. Hay consentimiento expreso cuando el afectado acepta fehacientemente dicho acto. Hay consentimiento tácito cuando deja transcurrir el plazo que tenía para impugnar o procede a ejecutarla o cumplirla; o, no lo cuestiona en la primera oportunidad que tuvo. Quien consiente, no puede impugnar válidamente.

La ausencia de consentimiento otorga la legitimación para la impugnación. No existen las impugnaciones de oficio, salvo los casos en que por estar afectada una norma de orden público, el juzgador debe aplicar, de oficio, el remedio de la nulidad; o, el caso en el que la norma procesal ha dispuesto la consulta al superior (por ejemplo, cuando la sentencia que

declara el divorcio conyugal, no impugnada por las partes, debe ser elevada al superior, en consulta, para su aprobación).

El revisor debe circunscribirse al vicio o error denunciado: Esto está relacionado con el agravio o la contravención a una norma de orden público que encierra el acto viciado. Únicamente estos elementos deben merecer la atención de la instancia revisora. Si sólo una parte del acto está viciado y el resto es válido, el acto de revisión debe limitarse a anular o revocar aquella parte, dejando subsistente lo demás. Sin embargo, si en el examen del acto viciado y denunciado, se encontrase que existen otros actos no denunciados que afectan a las normas de orden público, vinculantes e imperativas, en tal caso, el efecto de la impugnación es extensivo y obliga al juzgador revisor a declarar, de oficio, la nulidad de todos estos actos o de todo lo actuado inclusive.

Prohibición del uso de dos recursos contra el mismo acto: De acuerdo con la norma prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil, no está permitido el uso de dos recursos contra una misma resolución. El artículo 356 del Código de Procedimiento Civil (1987) del mismo cuerpo normativo señala que los remedios se formulan contra actos procesales no contenidos en resoluciones y los recursos contra resoluciones; es decir, no sería posible plantear un remedio y un recurso contra la misma resolución. El profesor

Carrión-Lugo (2000, 404) sostiene, por su lado, que el Código no hace mención a la posibilidad de utilizar dos remedios contra un mismo acto no contenido en resolución; así, podría formularse válidamente contra este acto, una nulidad y a la vez la oposición.

Prohibición de la “*reformatio in pejus*”: Consiste en que a la instancia revisora le está prohibido de empeorar la situación del recurrente, en los casos en que la contraparte no haya también impugnado.

Irrenunciabilidad de hacer uso del derecho de impugnar: Dado que la pluralidad de instancias es una garantía constitucional y el derecho a la impugnación la forma de hacerla efectiva, no se puede renunciar de antemano a este derecho, excepto cuando la pretensión discutida sea renunciable y se afecten normas de orden público.

Concurrencia de requisitos de admisibilidad y procedencia. Esto significa que el impugnante hace uso de los medios impugnatorios en la forma y el modo previstos por la ley. Debe reunir los requisitos relativos a la admisibilidad: exigencias en cuanto al lugar, tiempo y formalidad; así como los relativos a la procedencia: adecuación del recurso o remedio, descripción del agravio y fundamentación del vicio o error. Este principio tiene relación con el principio político de la ‘limitación a la recurribilidad’. El uso de los

medios impugnatorios es reglamentado para evitar su manipulación indiscriminada, como sostiene Gozaini (1993, 98).

Por lo expuesto, es necesario que se aborde, con frecuencia, el tema de los principios de la impugnación a fin de precisarlos y colocarlos en el justo sitio que les corresponde, lugar desde el cual deberán orientar la actividad impugnativa.

3. Sujetos legitimados.

Respecto a los sujetos legitimados representan las partes procesales, las medidas cautelares innominadas pueden ser ejercidas por toda persona, sea natural o jurídica, de derecho privado o de derecho público; también pueden ser ejercidas por personas nacionales o extranjeras. En todo caso, para intentar esta acción se requiere que se trate de una persona cuyos derechos constitucionales fundamentales hayan sido violados o se encuentren amenazados; es decir este instrumento supone la identificación de la persona o grupo de personas titulares de los derechos amenazados o vulnerados.

De igual modo, puede ser ejercida por grupos, y sólo se requiere que se reclame la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona determinada titular del derecho. En estos casos procede la acción a favor de derechos colectivos y del ambiente, o derechos económicos y

sociales cuando se encuentren en estrecha relación con los derechos constitucionales fundamentales.

No obstante, en el decreto de medidas cautelares la acción de tutela también puede ser ejercida y presentada por un agente oficioso que actúe en nombre de una persona determinada que no esté en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud y, desde luego, acreditarse procesalmente.

De igual forma, la ley permita que la solicitud de la medida sea promovida y ejercida por un representante judicial debidamente habilitado por el interesado. De otra parte, la ley advierte que quien tuviere interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se dirija la demanda. Se trata de la figura del tercero interviniente pero se exige que éste actúe con base en su interés legítimo, que, desde luego debe demostrar en la causa. Así son sujetos pasivos de la acción de tutela todas las autoridades públicas y todos los particulares en ciertas condiciones de amenaza de sus derechos.

3.1 Recursos de la parte afectada

De acuerdo con el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), 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"

Asimismo, el Parágrafo Tercero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987) establece que: 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, el cual señala que 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.

El procesalista Ortiz (1997, 196), apunta que demandado puede constituir fianza o garantía suficiente de las establecidas en el artículo 590, para levantar la medida en tres oportunidades: Antes de decretarse la medida (si hubiere sido solicitada en el libelo de la demanda); Después de decretada; y antes de la ejecución; y por último, esperar después de ejecutada la medida.

Respecto a la caución para decretar o suspender la medida, estatuye el artículo 589 que: “No se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieren ya decretados, si la parte contra quien se hayan pedido o decretado, diere caución o garantía suficiente de las previstas en el artículo siguiente. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación probatoria por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta”.

De ésta disposición se desprende, que no se puede decretar ni suspender un secuestro dando caución o garantía; en cambio sí se puede decretar o suspender el embargo preventivo y la prohibición de gravar y enajenar, dando caución o garantía suficientes de las establecidas en la primera parte del artículo 590 del Código de Procedimiento Civil (1987); por eso se le permite tanto al demandante como al demandado objetar dicha

providencia en la articulación que prevé la parte in fine del artículo 589, ejusdem.

Si la medida se solicitó en el libelo de demanda y fue ejecutada estando citado el demandado, el demandado deberá de objetar la eficacia o suficiencia de la caución conforme se establece en el primer aparte del artículo 589 Código de Procedimiento Civil (1987). De ahí que, el demandado no puede alegar la ineficacia o insuficiencia de la caución o garantía en la incidencia probatoria prevista en el primer aparte del artículo 602 Código de Procedimiento Civil (1987), ya que para ello se tiene la articulación que se establece en la parte in fine del artículo 589 Código de Procedimiento Civil (1987).

En consecuencia, señala Ortiz (1997, 195) que al establecer que: “Haya habido o no oposición se entiende abierta una articulación probatoria, salvo que la medida se hubiere acordado con base en la vía caucionatoria, en cuyo caso la incidencia sólo podría versar sobre la calidad y la cantidad de la caución ofrecida, ya que el segundo aparte del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil (1987), establece que “En los casos a que se refiere el artículo 590, no habrá oposición”, quiere decir que si el demandante solicita la medida obviando los requisitos que se establecen en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987), no habrá oposición por parte

del demandado, ni articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el artículo 589.

De este modo, se prohíbe al demandado hacer valer, tanto en la oposición prevista en el encabezamiento del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil (1987), como en la articulación probatoria que se abre de pleno derecho en el primer aparte del mismo artículo, hechos referentes a la vía caucionatoria dada por el demandante ya que precluyó la oportunidad para objetarla.

Sin embargo, se le concede al demandado la facultad de suspender la medida dando caución, como se establece en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil (1987). De ahí que, en la incidencia probatoria que se abre de pleno derecho se le conceda al “demandante” objetar la caución o garantía dada por el demandado para hacer suspender la medida. Pero si la medida fue decretada o ejecutada “inaudita parte”, es decir, sin ser citado el demandado, éste puede objetar la eficacia o suficiencia de la caución o garantía dada para decretarse la medida obviando los requisitos de ley, en la articulación probatoria que se abre de pleno derecho en el segundo aparte del artículo 602 CPC (1987).

Esto se debe a que, como no estaba enterado el demandado de la medida no tuvo ninguna posibilidad para poder oponerse en la incidencia que

se abre en el segundo aparte de artículo 589 del Código de Procedimiento Civil (1987); entonces, no puede declararse extemporánea su oposición; resultando obvio que se le conceda ejercer su derecho de oposición en la articulación que se abre de pleno derecho en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Respecto a la oportunidad que se tiene para objetar la insuficiencia de la caución o garantía, según se contempla en el segundo aparte del artículo 589 del CPC (1987), comenta Henríquez (1988), que existen diferentes opiniones que han sido planteadas por la jurisprudencia, sobre esa oportunidad, ello se debe a la imprecisión del artículo 589 del Código de Procedimiento Civil (1987), ya que en su segundo aparte no indica el lapso propio del solicitante o del demandado para objetar la caución, lo que conlleva a que no se le permite hacer pruebas por el hecho de no estar determinado el momento procesal para que formular la oposición, pues este lapso probatorio solo se abrirá en el caso que haya habido objeción.

Henríquez (1988, 91), dando varias soluciones que la jurisprudencia ha dado a la imprecisión legal, expresa que se queda con la tesis de que la objeción es válida antes de que el tribunal dicte su providencia de la eficacia y suficiencia de la caución. El Juez - anota - puede y debe decidir dentro de los tres días (art. 10 CPC) siguientes al ofrecimiento y constitución de las

garantía, siempre y cuando haya habido oportunidad para objeción de la medida.

Si dicha objeción si se formula, deberá abrir una articulación de cuatro días, debiendo contener la providencia ulterior - que deberá dictarse en el plazo de dos días continuos - decisión expresa sobre la objeción, so pena de nulidad. La articulación probatoria depende en todo caso de la objeción (a diferencia del procedimiento de oposición que se abre de pleno derecho), por lo que, no habiendo objeción, tampoco habrá lapso de pruebas.

Finalmente, señala que siendo que la ley no da término específico para objetar, la determinación que admite caución impide cualquier objeción a ella, y la única posibilidad para el actor cuando sea insuficiente la caución del demandado que suspende la medida, será la interposición del recurso de apelación, más no la solicitud de una nueva providencia.

Afirma que la sentencia interlocutoria que levanta o niega la medida preventiva, que debe ser dictada según el segundo aparte del artículo 589 en el breve plazo de dos días continuos - no obstante la posibilidad de prorrogar el lapso de sentencia por un plazo no mayor de treinta días (Art. 251 CPC, 1987) es una decisión apelable a tenor del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil (1987). La apelación debe ser oída en un solo efecto conforme al artículo 291 del Código de Procedimiento Civil (1987). No es

apelable en cambio, el auto que fija el monto de la caución a constituir. La sentencia interlocutoria de la alzada que confirme o revoque la de Primera Instancia tiene recurso de casación de inmediato por tratarse de una sentencia terminal del incidente cautelar (Henríquez, 1988, pp. 283 al 298).

a.2. Recursos de la parte solicitante.

Respecto de la parte solicitante, cabe mencionar, que el solicitante y el cautelado de la medida tienen la aptitud para actuar en el proceso, de acuerdo con el principio Legitimitatio ad procesum, expresado en el artículo 136 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Si la parte actora al presentar su demanda no tiene capacidad para obrar en el juicio se declara la cuestión previa prevista en el ordinal 2º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (1987); el proceso principal se suspende y la solicitud de la medida será declarada inadmisibles, hasta tanto la parte demandante subsane dicho defecto, si no lo hace en el término de cinco días desde el pronunciamiento del Juez, el proceso principal se extingue por falta de capacidad procesal; no habiendo apelación a la cuestión previa, ni mucho menos oposición a la negativa de la medida preventiva, porque sin proceso principal no hay objeto litigioso, ni riesgo, ni tardanza, ni morosidad que se puedan presumir.

C. Ejecución de las Medidas Cautelares Innominadas.

En este sentido, indica Ortiz (1999, 195) que “cumplidos los requisitos puede, el Juez, dictar las medidas innominadas que considere pertinentes, o bien, autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos”. Coloca como ejemplos la prohibición de celebrar una asamblea, o la prohibición de publicación de artículos de prensa de carácter injurioso o difamatorio, entre otras.

Por otra parte, sobre las medidas innominadas algunos autores han señalado que sólo debe acordarse cuando no exista posibilidad de garantizar los resultados del proceso mediante las medidas preventivas típicas y, por otro lado, tales medidas que incluyen la prohibición de la ejecución de determinados actos, no deben confundirse con las situaciones específicas previstas para los interdictos prohibitivos.

Cuando se enfocan las medidas innominadas, se está hablando de otras providencias que el juez puede dictar, medidas asegurativas o conservadoras que no son ni secuestros, ni embargos, ni prohibición de enajenar o gravar, por el contrario pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes.

Las medidas cautelares innominadas son aquellas medidas inherentes a la función de juzgar en el proceso y de ejecutar lo dispuesto en la sentencia, también para proteger a alguna de las partes contra una lesión a que puede estar expuesta por la prolongación del proceso. Se refiere a este tipo de medidas, al mencionar medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

CAPITULO III

EL “DEFENSOR AD LÍTEM”

A. Definición de la figura.

Se ha sostenido en la doctrina, que el defensor ad-litem tiene los mismos poderes de un apoderado judicial, con excepción de las facultades especiales previstas en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil (1987), el cual dispone lo siguiente:

“El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma; pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, se requiere facultad expresa.”

Por otra parte, la casación venezolana en sentencia de fecha 22 de Marzo de 1961, en relación con la función del defensor judicial, estableció el siguiente criterio: “El cargo de defensor ad-litem es un cargo que el legislador

ha previsto en una doble finalidad: colaborar en la recta administración de justicia al representar y defender los intereses del no presente e impedir que la acción en justicia pueda ser burlada en detrimento de los derechos de las partes.”

Por su parte, Duque-Corredor (1990, 139) sobre la selección del defensor ad-litem, opina: “En igualdad de circunstancias, para el nombramiento del defensor ad-litem, se dará preferencia a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere y se oirá cualquier indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla (artículo 225). Este defensor deberá ser un abogado en ejercicio, conforme lo dispuesto en el artículo 166 del C.P.C.”

Por su parte, Henríquez La Roche (2005, 162) en lo referente al defensor ad-litem, estima:

“Para que una persona sea preferida en el nombramiento de defensor, es menester que compruebe -por medio de justificativo, acta del estado civil o escritura de mandato- su condición de pariente, amigo o apoderado del reo. La opinión del cónyuge no es menester requerida, pero el juez habrá de tenerla en cuenta, con carácter meramente consultivo, si quisiere darla”

El procesalista Moros-Puente (2005, 258), al tratar lo concerniente al defensor ad-litem, y la preferencia para su designación, expone:

“Preferencias para el Nombramiento De conformidad con el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, el Juez cuando se disponga a realizar el nombramiento del Defensor Judicial, deberá dar preferencia, en igualdad de circunstancias, a los parientes y amigos del demandado o a su Apoderado, si lo tuviere, oyendo cualquier indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla. Aparte de esta indicación legal, la Corte Suprema de Justicia había precisado que “el defensor ad-litem deriva su facultad representativa de un acto soberano del Juez, que procede con el carácter de órgano del estado a quien la Ley autoriza expresamente para nombrarle al demandado, de manera directa y autónoma, un defensor, sin que la voluntad del representado sea tomada en cuenta en absoluto para efectuar tal nombramiento”

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al analizar la preferencia para la designación de defensor ad-litem, en sentencia de fecha 26 de Enero de 2004, fijó posición así:

“A juicio de esta Sala, la lectura del artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, apuntala lo que la Sala destaca como forma de ejercicio de la función de defensor *Ad litem*. En efecto, dicha norma dispone que el Tribunal al hacer el nombramiento del defensor dará preferencia en igualdad de circunstancias a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere, oyendo cualquier indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla. Cuando el legislador toma en cuenta que para la designación se prefiere a los apoderados, a los parientes y amigos del demandado, y se oiga a su cónyuge (si se tratare de persona natural, casada) lo que se está significando es que el defensor a nombrarse debe tener interés en la defensa, debido a sus nexos con el defendido, lo que demuestra que es la defensa plena la razón de la institución Tal norma (artículo 225 del Código de Procedimiento Civil), colide con la Ley de Abogados (artículo 4), que establece que la representación en juicio sólo corresponde

a abogados en ejercicio, y aunque el defensor *Ad litem* no es un mandatario; sin embargo, el espíritu de dicha ley especial -que debe ser respetado- es que la actividad procesal sea efectuada por abogados en ejercicio, por lo que los parientes y amigos mencionados en el artículo 225 citado, deben ser abogados para ser defensores, pero por el hecho de que no lo sean y no se les pueda nombrar, no surge razón para no consultarlos sobre cuál profesional del derecho será nombrado defensor, ya que lo que se busca es que quien asuma la defensa tenga interés en ella” .

De manera que, con fundamento en los artículos 225 del Código de Procedimiento Civil, y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), bajo el amparo de la doctrina imperante, y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, se estima la importancia de que exista un interés inequívoco e indiscutible en la defensa del demandado, y así mismo que esta persona designada como defensor *Ad-litem* sea abogado.

B. Facultades del defensor *Ad litem*.

De acuerdo con el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil (1987), “el Tribunal al hacer el nombramiento del defensor, dará preferencia en igualdad de circunstancias, a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere, oyendo cualquier indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla”.

En resguardo a las garantías del debido proceso y derecho a la defensa, del demandado, para el caso de designársele defensor judicial de oficio, habrá de dársele preferencia a su apoderado, si lo tuviere, quien obviamente tiene interés y vocación para su defensa, debido a su vinculación con su defendido. Sin embargo, aún se evidencian tribunales que omiten tal preferencia, confrontando la norma constitucional y procesal, la doctrina generalizada, y el criterio jurisprudencia.

Cuenca (2002, 365) en relación con el carácter del defensor *Ad litem* señala que éste participa de una doble cualidad, como funcionario público accidental y como apoderado del citado mediante carteles o por edictos, desempeñando varias funciones en el proceso, en tanto es un auxiliar de justicia, un defensor del no presente e impide el estado de indefensión de éste. La casación ha establecido que colabora en la administración de justicia e impide la detención procesal mediante desaparición ad hoc del demandado.

El procesalista, Rengel- Romberg (1995, pp. 255-256), expresa sobre el nombramiento del defensor ad-litem:

“El defensor es un verdadero representante del demandado en el juicio, equiparable a un apoderado judicial, con la diferencia de que su investidura no deriva de la voluntad del demandante, como en la representación voluntaria, sino directamente de la Ley. Su designación es aplicación del principio de bilateralidad del

proceso, que le imprime una estructura dialéctica y realización de la garantía constitucional de la defensa en juicio, que es un derecho inviolable. En la designación del defensor debe darse preferencia en igualdad de circunstancias, a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere (Artículo 225 C.P.C.); y sus honorarios y demás litis expensas se pagarán, consultando la opinión de dos abogados sobre la cuantía (Artículo 226 C.P.C.). Por su origen, el defensor queda investido de una función pública de carácter accidental y colabora con la administración de justicia; pero por su función, que es la defensa de los intereses del demandado, tiene los mismos poderes que corresponden a todo poderista que ejerce un mandato concebido en términos generales, porque no tiene facultades de disposición de los intereses y derechos que defiende”

Además, el defensor ad-litem tiene el deber de juramentarse ante el Juez que lo haya convocado, tal como lo establece el artículo 7 de la Ley de Juramento, que en su único aparte, dispone: “Los jueces y demás funcionarios judiciales accidentales, prestarán juramento ante el Juez o Tribunal que los haya convocado.”

Tal como prevé la norma transcrita supra, el defensor ad-litem como funcionario judicial accidental que es, debe prestar juramento ante el Juez. A este respecto, la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de Mayo de 1966, estableció textualmente lo siguiente:

“La juramentación del defensor ad-litem es materia de orden público y su omisión o irregularidad hace nulas e inválidas sus actuaciones. En el caso se puede constatar de las actuaciones del abogado designado como defensor ad-litem, que éste aceptó el

cargo y prestó juramento ante el Secretario del Tribunal, de acuerdo al artículo 7 de la Ley de Juramento, el defensor ad-litem como funcionario judicial que es, debió prestar juramento ante el Juez y no ante el Secretario.”

Asimismo, la Sala de Casación Civil en sentencia del 8 de Febrero de 1995, reiterada en decisión del 23 de Octubre de 1996, emitió el siguiente criterio:

“En efecto, el aparte único del artículo 7 de la Ley de Juramento, el cual se refiere a los auxiliares de justicia, como el defensor ad-litem, textualmente ordena: ‘Los jueces y demás funcionarios judiciales accidentales, prestarán juramento ante el Juez o Tribunal que los haya convocado’.

En sintonía con el texto legal antes transcrito, el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil (1987), dispone: ‘El Secretario actuará con el Juez y suscribirá con él todos los actos, resoluciones y sentencias. El Secretario suscribirá también con el Juez los actos de contestación, recusación, declaraciones, aceptaciones, experticias y demás a que deban concurrir las partes o terceros llamados por la ley’.

En consecuencia, no hay duda, que el nombramiento del defensor ad Litem como funcionario auxiliar del Poder Judicial, reviste un carácter solemne y de orden público otorgado por el legislador y la jurisprudencia, en cuanto a la aceptación de los cargos por dichos funcionarios.

C. Responsabilidades del defensor *Ad litem*.

Una vez designado y juramentado el defensor *Ad litem*, éste asume la responsabilidad de ejercer la mejor y plena defensa de la parte que no se encuentra presente en el proceso, y por ende en un estado de indefensión, debiendo concentrar su actuación en la adecuada y eficaz defensa de la misma, salvaguardando sus derechos y evitando, en cuanto le sea posible, probables transgresiones a sus derechos, toda vez que tiene las mismas cargas y obligaciones establecidas a los apoderados en el Código de Procedimiento Civil (1987).

En este sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 33 del 26 de enero de 2004, (caso: “Luis Manuel Díaz Fajardo”), señaló lo siguiente:

“(…) es un deber del defensor *Ad litem*, de ser posible, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante. El que la defensa es plena y no una ficción, se deduce del propio texto legal (artículo 226 del Código de Procedimiento Civil), que prevé el suministro de las litis expensas para el defensor, lo que significa que él no se va a limitar a contestar la demanda, sino que realizará otras actuaciones necesarias (probatorias, etc.) a favor del demandado. Lo expuesto denota que para que el defensor cumpla con su labor, es necesario, que de ser posible, entre en contacto personal con el defendido, a fin de preparar la defensa. Para tal logro no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que para cumplir con el

deber que juró cumplir fielmente, debe ir en su búsqueda, sobre todo si conoce la dirección donde localizarlo (...).”

Asimismo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 531 del 14 de abril de 2005, (caso: “Jesús Rafael Gil”), expresó que:

“... la designación de un defensor *Ad litem* se hace con el objeto de que el demandado que no pueda ser citado personalmente, sea emplazado y de este modo se forme la relación jurídica procesal que permita el desarrollo de un proceso válido, emplazamiento que incluso resulta beneficioso para el actor, ya que permite que la causa pueda avanzar y se logre el resultado perseguido como lo es la sentencia; el abogado que haya sido designado para tal fin juega el rol de representante del ausente o no presente, según sea el caso y tiene los mismos poderes de un apoderado judicial, con la diferencia que, su mandato proviene de la Ley y con la excepción de las facultades especiales previstas en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, mediante el nombramiento, aceptación de éste, y respectiva juramentación ante el Juez que lo haya convocado, tal como lo establece el artículo 7 de la Ley de Juramento, se apunta hacia el efectivo ejercicio de la garantía constitucional de la defensa del demandado...”

En ese mismo sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de fecha 10 de Junio de 2008, dictada en el expediente N° 2006-001062, (Caso: sociedad mercantil BANCO PROGRESO, S.A.C.A. contra empresa AMER C.A), ratifica el siguiente criterio:

“... Ahora bien, el hoy recurrente en casación delata el menoscabo al derecho a la defensa, por la negligencia de la defensora *Ad litem* en el ejercicio de sus funciones, pues no ejerció defensa alguna a favor de sus representados, al no alegar la prescripción de los pagares mercantiles opuestos por el actor al momento de introducir su demanda, ni promover prueba alguna en el juicio, y menos aún realizar las diligencias pertinentes para contactar a sus representadas a los fines de obtener los elementos necesarios y suficientes para intentar enervar la acción propuesta...”

En tal sentido, es menester señalar lo establecido por dicha Sala de Casación Civil con respecto a los deberes del defensor *Ad litem*, y para ello se hace referencia a la sentencia N° 817 de fecha 31 de octubre de 2006, caso Banco Caroní, C.A. Banco Universal contra Obreros Profesionales en Limpieza, C.A. (OPROLIM, C.A.), en la cual se expresó lo siguiente:

“...Al respecto, esta Sala considera que es necesario comprobar en aquellos casos en que no fue posible intimar al demandado que el defensor judicial haya ejercido una defensa eficiente, ello significa que se haya comportado tal como lo hubiera hecho el apoderado judicial del demandado. En otras palabras, que el defensor judicial se comporte y formule todas las defensas que ejercería el apoderado judicial. De no hacerlo, lesionaría el derecho del intimado lo que tiene que ser corregido y apreciado por los jueces de instancia porque es su deber vigilar la actividad de los defensores judiciales para que la misma se cumpla debidamente en el proceso”

De la precedente transcripción parcial de la sentencia se desprende, entre otros aspectos, que los jueces de instancia deben vigilar la actividad

desplegada por el defensor judicial, que la persona designada como defensor judicial debe actuar en conformidad con la ley y desarrollar su actividad debidamente, esto es, realizar una defensa efectiva de los derechos de la parte demandada pues tiene las mismas cargas y obligaciones que el Código de Procedimiento Civil asigna a los apoderados judiciales y no basta que el defensor jure que va a cumplir bien y fielmente su cargo sino que su actividad debe ser activa, es decir debe desplegar todas las actuaciones necesarias para defender a la parte demandada.

La Sala Constitucional presidida por el Magistrado-Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López estableció:

"...Aunado a lo anterior, considera esta Sala que el Juez como rector del proceso debe proteger los derechos del justiciable, más aún cuando éste no se encuentra actuando personalmente en el proceso y su defensa se ejerce a través de un defensor judicial, pues como tal debe velar por la adecuada y eficaz defensa que salvaguarde ese derecho fundamental de las partes, por lo que en el ejercicio pleno de ese control deberá evitar en cuanto le sea posible la transgresión de tal derecho por una inexistente o deficiente defensa a favor del demandado por parte de un defensor *Ad litem*.

Asimismo, ha sido criterio de la doctrina que el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil constriñe al Juez a evitar el perjuicio que se le pueda causar al demandado, cuando el defensor *Ad litem* no ejerce oportunamente una defensa eficiente, ya sea no dando contestación a la demanda, no promoviendo pruebas o no impugnando el fallo adverso a su representado, dado que en tales situaciones la potestad del juez y el deber de asegurar la defensa del demandado le permiten evitar la continuidad de la causa, con el daño causado intencional o

culposamente por el defensor del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal en desarrollo; por lo que corresponderá al órgano jurisdiccional -visto que la actividad del defensor judicial es de función pública- velar porque dicha actividad a lo largo de todo el iter procesal se cumpla debida y cabalmente, a fin de que el justiciable sea real y efectivamente defendido..."

En virtud de lo anterior, se evidencia que el defensor *ad litem*, conserva los mismos deberes de un apoderado en término de las medidas cautelares innominadas, permitiéndole la oposición a las medidas decretadas por el juez, siempre y cuando no tenga que suscribir convenios en nombre del defendido.

Por tanto, tiene los mismos poderes de un apoderado judicial, con la diferencia que su mandato proviene de la Ley y con la excepción de las facultades especiales para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio.

CAPITULO V

FACULTADES DEL DEFENSOR “*AD LÍTEM*” FRENTE A LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

A. La posibilidad de la Impugnación de la medida cautelar innominada hecha por el Defensor *Ad Litem*.

El efecto de la incomparecencia del demandado por sí o por medio de su apoderado en el término señalado para darse por citado, es el nombramiento del defensor *ad-litem*. Así, la persona que ocupa este cargo juega el rol de representante del ausente o no presente, según sea el caso, con la diferencia que su mandato proviene de la Ley. Por lo tanto, mediante el nombramiento, la aceptación y juramentación de éste, se hace efectiva la garantía constitucional de la defensa del demandado.

1.- Oportunidad Legal.

La función del defensor *Ad lítem*, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal; y en virtud de que los actos procesales tienen como garantía de equidad una oportunidad cierta de efectuarse.

El artículo 362 del Código de Procedimiento Civil (1987) establece que:

Si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en este Código, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca. En este caso, vencido el lapso de promoción de pruebas sin que el demandado hubiese promovido alguna, el Tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de aquel lapso, ateniéndose a la confesión del demandado. En todo caso, a los fines de la apelación se dejará transcurrir íntegramente el mencionado lapso de ocho días si la sentencia fuere pronunciada antes de su vencimiento.

La función del defensor *Ad lítem*, se encuentra en el beneficio del demandado. Su responsabilidad es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en la oportunidad legal.

De allí, que no es admisible que el defensor ad-litem no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor *Ad litem* ha sido previsto en la ley, para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa.

2.- Trámite Procedimental de la Impugnación.

Respecto al trámite procedimental de la impugnación, el cautelado o demandado puede ejercer la oposición de parte ante la medida decretada o ejecutada; y de resultar perdidoso en la incidencia probatoria puede ejercer el recurso de apelación. El demandante, por su parte, solo puede apelar si resulta perdidoso en la incidencia, y dicha sentencia interlocutoria es apelable en ambos efectos a tenor del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Cuando se niega la medida preventiva solicitada por el demandante, según lo establecido en el artículo 601 del Código de Procedimiento Civil (1987), obviamente no es posible la oposición de parte, además el artículo niega la posibilidad de apelar; sin embargo, la doctrina es conteste en admitir la apelación; recurso éste que debe ser oído a doble efecto por cuanto a tenor de lo establecido en el artículo 288 del código in comento, según el cual de toda sentencia definitiva se oirá apelación, y el artículo 290 del

mismo código, que ordena oír la apelación a un doble efecto; ya que la interlocutoria que niega la medida, prejuzga como definitiva y tiene sus mismos efectos.

Respecto a la sentencia de la incidencia de la oposición, estatuye el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil (1987) que: “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”.

En efecto, la sentencia de la incidencia de la articulación probatoria surge dentro de los dos días, a más tardar, de haber expirado los ocho días previstos para dicha articulación probatoria a que se refiere la segunda parte del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil (1987). Ahora bien, dada la confusión que se plantea entre la sentencia y el decreto de ejecución de la medida, es pertinente distinguirlos. En tal sentido, el decreto decide la ejecución de la medida preventiva (Artículo 601, 1987), mientras que la sentencia decide la articulación probatoria de la oposición al decreto o la ejecución (Artículo 603 ejusdem); ambas tienen distinta naturaleza.

En consecuencia, el decreto es un auto o providencia que decide la ejecución de la medida solicitada, y es inapelable para las partes; en cambio la sentencia de la incidencia de la oposición es apelable en un efecto para ambas partes. De modo que, después del decreto o la ejecución de la

medida preventiva, al tercer día siguiente comienza la oportunidad procesal que tiene el cautelado o demandado para formular su oposición, alegando las razones y fundamentos de derecho.

En todo caso, haya o no ejercido el demandado la oposición, se abrirá, de pleno derecho, una articulación probatoria de ocho días donde las partes podrán presentar las pruebas y evacuarlas, que mejor convengan a sus derechos. Finalizado el lapso probatorio de ocho días, el Tribunal sentenciará dicha incidencia probatoria dentro de dos días, a más tardar; de la cual se oirá apelación en un solo efecto.

Respecto a los alegatos y defensas de las partes en la articulación, como lo afirma el procesalista patrio, Balzán (1986, 514), la Ley no restringe el derecho de oposición que les concede a las partes intervinientes en un proceso pendiente donde sean solicitadas las medidas preventivas. De allí que, se le permite al cautelado o demandado, tanto en la oposición y articulación probatoria, alegar, para contradecir la medida decretada o ejecutada, en razón a su improcedencia, todo tipo de vicios, tanto de forma como de fondo, en caso de no haber llenado la medida los extremos o requisitos necesarios establecido por Ley. Mientras que el demandante solo podrá intervenir en la articulación probatoria, para contradecir los alegatos

del demandado, alegando toda clase de defensas para que se ejecute su medida.

Balzán (1986, 5), afirma que cuando la medida preventiva ha sido solicitada obviando los requisitos de Ley, la parte que solicita la medida da una caución o garantía suficiente de las previstas en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil (1987) para que se decrete la medida de ejecución del embargo preventivo para así responder al demandado de los daños y perjuicios que pueda ocasionarle de resultar el actor perdedor en el fallo; entonces, cuando el actor solicita la medida de embargo y está se ejecuta, obviando los requisitos de Ley: no se puede abrir el procedimiento o incidencia sobre dichas medidas preventivas, en razón a que contra ellas no hay oposición, ni se abre en ellas la respectiva articulación incidental.

Por eso en tales circunstancias, el último párrafo del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil (1987) le permite al cautelado hacer suspender la medida dando caución o garantía suficiente de las establecidas en el artículo 589 del mismo código. Ahora bien, en vista a que el párrafo tercero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987), es la norma rectora que permite suspender o levantar la medida o providencia cautelar decretada por el Tribunal, si el actor objetare la eficacia o suficiencia de la caución o garantía dada por el demandado para suspender la medida

decretada o ejecutada, solo se podrá objetar por medio de la articulación probatoria a que se refiere el único aparte del artículo 589 Eiusdem.

Cabe mencionar que de ningún modo la pueden objetar en la oposición de parte prevista en el artículo 602 del código in comento. Hay que aclarar esto, porque algunos abogados en la práctica forense han pretendido objetar la caución en la articulación probatoria, siendo que para ello se tiene prevista su objeción en la incidencia que se prevé en el único aparte del artículo 589 Eiusdem.

El cautelado o demandado puede oponerse al decreto o a la ejecución de la medida preventiva, alegando todas las razones que le permite oponer el Código de Procedimiento Civil (1987); por ejemplo: que no existe la presunción grave del derecho que reclama el actor (*fumus boni iuris*); insuficiencia de pruebas de peligro de mora; y sustantivas y procesales, o violación de normas.

El procesalista patrio, Balzán (1986, 514), expone como se desarrolla este procedimiento:

“Terminado el lapso de la articulación probatoria, dentro del cual las partes pueden aportar y evacuar todas las pruebas que consideren pertinentes a sus derechos, el Tribunal deberá proceder a dictar la sentencia, a más tardar dentro de dos días; pero el Tribunal, puede acordar el término de distancia, para la evacuación de pruebas en caso de que sea procedente. El fallo

del Tribunal, podrá ser confirmatorio o revocatorio de la medida: en el primer caso, cuando no hayan sido desvirtuados los fundamentos del auto que decretó la providencia preventiva y en el segundo caso, cuando aparezcan comprobados los vicios de nulidad que le hayan sido imputados a los correspondientes alegatos de improcedencia”.

Referente a la apelación tanto al Decreto como de la Sentencia de las medidas preventivas, debido a las interpretaciones contradictorias que se han hecho en la doctrina, se citan los comentarios anotados por Ortiz (1997):

“ De modo que el Código se refiere a un “Decreto” al momento de acordar la medida y sólo cuando se abre la articulación probatoria se habla de “sentencia” (...) cuando el juez acuerda la medida por “decreto” no se concede (al demandado) apelación ni casación, sino en todo caso oposición, sólo después de la apertura del lapso de oposición dicta el juez de la causa una sentencia contra la cual puede interponer el correspondiente recurso de apelación (603, eiusdem), o el recurso de casación cuando se produzca un gravamen irreparable. Hay que precisar - sin embargo - dos situaciones perfectamente diferenciables, a saber: 1. Cuando el juez decreta la medida solicitada por cualquiera de las partes; y 2. Cuando el Juez niega la medida. En el primer supuesto ya hemos establecido que no cabe contra el decreto que acuerda la medida el recurso de apelación y mucho menos, el recurso extraordinario de casación; incluso tanto la CORTE SUPREMA DE JUSTICA como los Tribunales de instancia han declarado inadmisibile el recurso de amparo constitucional en los supuestos en que no hubieran agotado los recursos respectivos, esto es, la oposición, apelación, o casación en los casos de las partes; y la oposición al embargo prevista en los artículos 546 del Código de Procedimiento Civil, y la tercería prevista en los artículos 370 y siguientes, eiusdem, contra las demás medidas en los casos de terceros . En el segundo supuesto, es decir, cuando el decreto niega la medida (al demandante), obviamente no es posible la oposición de parte, sino necesariamente el recurso de apelación, recurso éste que debe ser oído a doble efecto por cuanto a tenor

de lo establecido en el artículo 288 según el cual de toda sentencia definitiva se oirá apelación, y el artículo 290 que ordena oír la apelación a un doble efecto, obviamente se requiera que previamente estemos de acuerdo en considerar que la interlocutoria que niega la medida, prejuzga como definitiva y tiene sus mismos efectos . Por otro lado, el mero decreto de la medida no produce a tenor de la Ley dicho gravamen, de modo que sólo la sentencia que decide la oposición admite cualquier recurso impugnativo, incluso la decisión del superior se admite recurso de casación inmediata si la cuantía es aquella exigida para recurrir en casación” (pp. 370, 371).

En efecto, el procesalista patrio, Ortiz (1997, 372), aclara que contra el auto que “niega” la medida, prevista en el artículo 601 del CPC (1987), solo cabe el recurso de “apelación”, porque se produce un perjuicio irreparable hacia la parte que solicita la medida. Pero si se acuerda la medida solicitada mediante el decreto establecido en el mismo artículo, la parte no puede apelar de esa decisión, sin embargo, puede ejercer la oposición, según lo previsto en el artículo 602 Eiusdem, sólo en éste caso se abre la articulación probatoria de ocho días y se sentenciará dentro de los dos días siguientes al vencimiento de ese lapso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Afirma, Ortiz (1997, 197) con respecto al decreto que niega la ejecución de la medida que no cabe el recurso de oposición por la razón lógica de que no hay medida cautelar alguna decretada que perjudique al cautelado, de ahí que, no tiene sentido la oposición, pero sí la apelación del

demandante; porque se le produce un gravamen irreparable a la parte que solicita la medida. Este autor, fundamenta la apelación con efecto suspensivo en el artículo 288 y 290 del Código de Procedimiento Civil (1987), porque se trata de una sentencia que se prejuzga como definitiva.

Ahora bien, con respecto a la apelación de la sentencia que decide la incidencia de la articulación probatoria, el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil (1987) preceptúa que: “Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el Tribunal la articulación probatoria. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto”.

Con respecto a esta norma procesal, la sentencia que decide la incidencia de la articulación probatoria de la oposición de parte, presenta dos efectos:

Puede declarar con o sin lugar la oposición efectuada por la parte contra quien se dirigió la medida: si el Tribunal declara con lugar la oposición del cautelado se debe a que encontró suficientes sus elementos probatorios alegados para revocar la medida decretada o ejecutada, lo que obviamente le favorece, puesto que su consecuencia es la de declarar con lugar la oposición que formuló en el lapso probatorio de ocho días previsto en el artículo 602 del CPC (1987), lo que originará ipso iure, la suspensión o

revocatoria de la ejecución de la medida decretada, o ejecutada; en cambio, si el Tribunal declara sin lugar la oposición, el efecto es confirmar la medida a favor del actor, previamente decretada en el artículo 601 del mismo código. En este caso, se producen dos efectos que a su vez conduce a dos formas de apelar la sentencia.

Agrega Ortiz (1997, 197) que el efecto de la declaratoria sin lugar de la oposición es confirmar la medida, o sea, se confirma el decreto o la ejecución de la medida preventiva solicitada por la parte actora en el artículo 601 CPC (1987); contra esta decisión al cautelado o demandado se le permite el recurso de apelación en un solo efecto devolutivo (Art. 603 CPC, 1987), tal cual prevé la norma; ahora bien, puesto que la medida ya está ejecutada, esto implica que no existe una variación en el estado de hecho o de derecho de las partes; debido a que la apelación se oye a un solo efecto devolutivo, la medida se mantiene en el Tribunal de la causa, mientras el superior revisa copia del expediente que contiene la *questio facti* y la *questio iuris*, a los fines de resolver la apelación.

En referencia a la declaratoria con lugar de la oposición, el mismo autor agrega que el efecto de esta declaratoria es revocar la medida, o sea se revoca el decreto o la ejecución de la medida preventiva, favoreciendo *ipso iure* a la parte demandada; el proceso sigue su curso levantándose la

medida ejecutada. Aquí se le concede a la parte actora apelación en un solo efecto devolutivo, según lo dispuesto por el artículo 603 del CPC (1987).

Es en este momento, cuando la parte actora se quedará sin la ejecución de la medida, puesto que el proceso sigue su curso, desembocando en el levantamiento de la medida preventiva; lo que lo dejará sin la protección que solicitó para prevenir el riesgo manifiesto de que quede ilusorio la ejecución del fallo, mientras el superior resuelve la apelación a un solo efecto devolutivo.

Para resolver esta última cuestión que le causa perjuicios irreparables a la parte actora, desfavorecida en la sentencia de la incidencia probatoria, Ortiz (1997, 372) llega a la conclusión que la declaratoria con lugar de la incidencia de la oposición debe oírse a ambos efectos, para que el proceso se detenga en virtud a que se tiene que remitir el expediente original al Juez Superior; así no se suspenderá la ejecución de la medida.

B. La Procedencia de la Oposición realizada por el Defensor *Ad Litem*.

Respecto a la procedencia de la oposición realizada por el defensor *Ad Litem*, el Artículo 651 del Código de Procedimiento Civil (1987) indica que:

“El intimado deberá formular su oposición dentro de los diez días siguientes a su notificación personal practicada en la forma prevista en el artículo 649, a cualquier hora de las fijadas en la tablilla a que se refiere el artículo 192. En el caso del artículo

anterior, el defensor deberá formular su oposición dentro de los diez días siguientes a su intimación, en cualquiera de las horas anteriormente indicadas. Si el intimado o el defensor en su caso, no formulare oposición dentro de los plazos mencionados, no podrá ya formularse y se procederá como en sentencia pasará en autoridad de cosa juzgada.

Del mismo modo, el artículo 652 del mismo código in comento establece que:

Formulada la oposición en tiempo oportuno por el intimado o por el Defensor, en su caso, el decreto de intimación quedará sin efecto, no podrá procederse a la ejecución forzosa y se entenderán citadas las partes para la contestación de la demanda, la cual tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes a cualquier hora de las indicadas en la tablilla según el artículo 192 del CPC (1987), sin necesidad de la presencia del demandante, continuando el proceso por los trámites del procedimiento ordinario o del breve, según corresponda por la cuantía de la demanda.

A los efectos de la oposición, el defensor *Ad Litem* desempeña un rol de representante del ausente o no presente, y tiene los mismos poderes de un apoderado judicial, con la excepción de las facultades especiales previstas en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil (1987):

El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma; pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, se requiere facultad expresa.

Por tanto, el defensor *Ad litem* debe garantizar la defensa de la parte demandada en el juicio y para ello, puede proceder a impugnar u oponerse a las medidas cautelares innominadas decretadas o ejecutadas en el proceso.

CAPITULO VI

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y SU MECANISMO DE IMPUGNACIÓN

A.- La Doctrina frente a las medidas cautelares y su mecanismo de impugnación.

Sobre los requisitos de las medidas cautelares innomindas caben las siguientes precisiones unánimes de la doctrina procesal. El periculum in mora tiene como causa constante y notoria, la tardanza del juicio de cognición, implicando el tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada, considerando que el retardo procesal que aleja la culminación del juicio.

Otro criterio unánime en la aplicación de las medidas cautelares innominadas es el *fumus boni iuris*, el cual supone un juicio de valor que haga presumir que la medida cautelar va a asegurar el resultado práctico de la ejecución o la eficacia del fallo. La medida cautelar innominada encuentra sustento en el temor manifiesto de que hechos del demandado causen al actor lesiones graves o de difícil reparación y en esto consiste el mayor riesgo que, respecto de las medidas cautelares nominadas, plantea la medida cautelar innominada.

Respecto a los mecanismos de impugnación, la doctrina ha sido expresa al considerar de acuerdo con Rengel-Romberg (1995, 225) que se admiten los recursos ordinarios de apelación, así como recursos extraordinarios como el de casación, por la singular estructura y función que tienen.

La doctrina es unánime al considerar como mecanismos de impugnación de las medidas cautelares innominadas la apelación y casación, las cuales pueden ser impulsadas o solicitadas por el defensor *Ad litem*, como responsable de defender a la parte correspondiente. Cabe mencionar que en función de su condición de *Ad litem* tiene los mismos poderes de un apoderado judicial, con excepción de las facultades especiales previstas en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil (1987), que implican convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer

en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, para las cuales se requiere facultad expresa.

Ahora bien, los mecanismos o medios de impugnación, no se relacionan con las facultades especiales, por lo cual el defensor *Ad litem* está facultado por la ley para realizar la apelación o casación de una medida cautelar innominada.

En este orden de ideas, la apelación es considerada por la doctrina como un recurso ordinario, representando el medio de impugnación que otorga la ley a las partes y a los terceros interesados para que obtenga por su intermedio. Dicha resolución es encomendada a los juzgados jerárquicamente superiores de aquel del cual emana el acto recurrible; es decir, en aras de garantizar el derecho fundamental de la doble instancia.

Rengel-Romberg (1995, 226) sostiene que el recurso de hecho es un medio para reparar el agravio, que pretende el interesado con motivo de haber ejercido los recursos de apelación o casación contra la negativa del sentenciador de no oír la apelación u oírla en un solo efecto o de no admitir el recurso de casación anunciado. Este recurso está destinado exclusivamente al examen de la legalidad o ilegalidad de la providencia del

Tribunal que niega el recurso de apelación o que ha oído éste en un solo efecto y no en ambos, como ordena la ley, según sea el caso.

El recurso de hecho es definido por nuestra doctrina como “como un medio de impugnación de carácter subsidiario cuyo propósito es hacer admisible la alzada o la casación denegada. Es el medio que la Ley coloca a disposición de las partes para garantizar el derecho a la revisión de la sentencia, bien por la apelación en uno o en ambos efectos. Su objeto es revisar la resolución denegatoria. Asimismo, ha sostenido que el presente recurso se puede ejercer siempre que la sentencia cuya apelación negó la primera instancia esté comprendida dentro de los siguientes supuestos:

1. Que sea aquella que la Ley permite apelarlas en ambos efectos, y sólo se oyó en un solo efecto.
2. Que sea una sentencia que por su naturaleza procesal tiene apelación, y sin embargo se niega oír el recurso.
3. Que contra ella, oportunamente, la parte perdedora ejerció apelación...”

Existen así cuatro circunstancias establecidas por el legislador, más no exclusivas para la procedencia del recurso de hecho: la primera; que

exista sentencia definitiva o interlocutoria; la segunda; que la sentencia emane de un juzgado en primer grado de conocimiento; tercero, que el recurso de apelación se interponga en tiempo útil y por último, la ineludible obligación de la parte proponente del recurso de hecho, en acompañar el recurso, con las copias certificadas de las actas necesarias del respectivo expediente que creyere conveniente y poder llevar a la convicción del sentenciador de alzada el motivo por el cual se ejerce el recurso de hecho, en virtud de la negativa de oír la apelación o siendo admitida ésta se oiga en un sólo efecto, cuando procedía oír la en ambos efectos, requisitos estos que fueron cumplidos por el recurrente de hecho.

En el uso de este medio de impugnación, pueden apelar las partes, los terceros llamados a juicio y todos los demás interesados a quienes perjudique la resolución judicial; por lo tanto, no puede apelar el que obtuvo lo que pidió, a menos que no haya logrado la restitución de los frutos, la indemnización en daños y perjuicios o el pago de costas.

En cuanto a la forma de interponer el recurso, es unánime la doctrina patria al considerarse que debe hacerse valer por escrito, debiéndose expresar los agravios que considere le cause la resolución recurrida, usar moderación, ya que en caso contrario, se aplicará una multa, que en los de primera instancia podrá ser fijada hasta de ciento veinte días de salario

mínimo al momento de la comisión de la falta; esta cantidad puede duplicarse en caso de reincidencia, sin perjuicio de proceder penalmente contra el infractor si se llega a tipificar algún ilícito.

De igual manera, el defensor *Ad litem*, debe hacerse valer ante el juez que pronunció la resolución, expresando los agravios que le cause la resolución recurrida, en el entendido de que si el apelante omite expresar sus agravios al interponer el recurso, sin necesidad de que se acuse su rebeldía o declaración judicial.

En principio, la sentencia y todos los autos que causen un gravamen irreparable dentro del proceso, son impugnables por el recurso de apelación a excepción de aquellos irrecurribles o a los que el código adjetivo les concede otro recurso. En virtud de lo analizado, las resoluciones que no admiten ningún medio de impugnación, sólo se mencionan las determinaciones que no admiten la apelación debido a que la ley les concede un medio impugnativo diverso, tales como la sentencia, autos y decretos dictados en segunda instancia, ya que contra la sentencia sólo puede interponerse el recurso de aclaración y en contra de los autos y decretos.

Tanto que si la medida innominada es negada, la parte tiene el recurso de apelar de ese auto; apelación que debe oírse a doble efecto ya

que constituye una decisión que tiene carácter definitivo en cuanto al punto de derecho que resuelve; y en el supuesto de que el juez haya ordenado ampliar la prueba, en principio no existe recurso alguno, salvo que exista violación de la racionalidad, equidad o de algún principio constitucional; como el debido proceso, o el derecho a la defensa, entre otros.

Respecto a la Casación, como recurso extraordinario, Rengel-Romberg (1995, 299) afirma que existe unificación en la doctrina al considerarla una de las instituciones procesales que para comprenderla en su actual significado, es necesario remitirse a sus orígenes. Afirma que la casación en su naturaleza y función es un tema controvertido en la doctrina, por ser la misma un instituto complejo, que ha experimentado una evolución. Calamandrei (1984, 85) sostiene que la casación en su estructura y en su función propia, es la síntesis y agregación de sus varios elementos constitutivos, representando un instrumento procesal de la corte reguladora.

Rengel-Romberg (1995, 299) agrega que este recurso es por tanto, una de las formas de impugnación que el defensor *Ad litem* dispone para impugnar una medida cautelar innominada, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, estando fundado en errores *in iudicando*, *in iure*, formalmente construido como una querrela *nillitais*, es decir, como una impugnación que típicamente estaría destinada a hacer valer los vicios

atinente al proceso; y que son parte fundamental de las responsabilidades del defensor *Ad litem*.

Agrega el mismo autor que la casación en la doctrina actual ha asumido en el Estado moderno una función positiva de unificar y disciplinar la interpretación judicial del derecho, constituyéndose de esta forma en el ápice de la jerarquía judicial. La misma se sirve para conseguir la finalidad de la interpretación uniforme de las leyes.

Por consiguiente, se evidencia que en el sistema de derecho procesal, estos recursos representan un acto de impugnación, ligados a la relación procesal como parte del desarrollo accidental y facultativo, de carácter complementario, en el cual la revisión o corrección se dirige hacia el pronunciamiento del juez, por un órgano jerárquicamente superior, a fin de remediar la posibilidad de que el error de juicio cometido por el juez, pueda dar lugar a una sentencia injusta. Toda acción de impugnación da lugar a una nueva decisión, la cual ratifica o se opone a la antes señalada por un tribunal de menor jerarquía; representando una facultad que tiene el defensor *Ad litem* como responsable de colaborar en la recta administración de justicia al representar y defender los intereses del no presente e impedir que la acción en justicia pueda ser burlada en detrimento de los derechos de las partes.

B.- La Jurisprudencia frente a medidas cautelares y su mecanismo de impugnación dentro del proceso.

La jurisprudencia patria ha determinado que la procedencia de las medidas cautelares innominadas, está determinada por los requisitos establecidos en los artículos 585 y 588, Parágrafo Primero del Código de Procedimiento Civil, que son los siguientes: 1) El riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, es decir, el *periculum in mora* que se manifiesta por la infructuosidad o la tardanza en la emisión de la providencia principal, según enseña Calamandrei (1984, 82). 2) La existencia de un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama y del riesgo definido en el requisito anterior. 3) La existencia de un temor fundado acerca de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En relación con este último requisito milita la exigencia de que el riesgo sea manifiesto, esto es, patente o inminente.

El solicitante de una medida cautelar innominada debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio, sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto. La Sala de Casación Civil se ha pronunciado sobre este aspecto indicando:

“Ahora bien, la función del defensor *Ad litem*, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor *Ad litem* no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor *Ad litem* ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa.

En este sentido, la Sala considera que es un deber del defensor *Ad litem*, de ser posible, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante. El que la defensa es plena y no una ficción, se deduce del propio texto legal (artículo 226 del Código de Procedimiento Civil), que prevé el suministro de las litis expensas para el defensor, lo que significa que él no se va a limitar a contestar la demanda, sino que realizará otras actuaciones necesarias (probatorias, etc.) a favor del demandado.

Lo expuesto denota que para que el defensor cumpla con su labor, es necesario, que de ser posible, entre en contacto personal con el defendido, a fin de preparar la defensa. Para tal logro no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que para cumplir con el deber que juró cumplir fielmente, debe ir en su búsqueda, sobre todo si conoce la dirección donde localizarlo”.

Por tanto, se evidencia que la jurisprudencia es clara sobre la finalidad de la institución del defensor *Ad litem* es la de garantizar en forma eficaz el derecho a la defensa, no es una simple formalidad con el objeto de generar la bilateralidad del juicio y permitir que éste continúe y se pueda dictar sentencia. Para ello, el defensor debe ponerse en contacto, de ser posible,

con su defendido sobre todo si se trata de una persona jurídica, sin que baste a tal efecto el solo envío de un telegrama- para que éste le facilite la información y pruebas necesarias para alcanzar tal cometido, así como la indicación de los datos para controlar y contradecir las pruebas del adversario.

Además el defensor *Ad litem* debe dar contestación a la demanda y no es admisible que no lo haga y como consecuencia de ello quede confeso, pues en tal supuesto, a criterio del Máximo Tribunal, el proceso es ilegal e inconstitucional por violación de los derechos fundamentales de la defensa y del debido proceso, porque lejos de defender los derechos e intereses que le han sido encomendados, desmejora y perjudica los mismos.

Sobre el particular la Sala Constitucional en sentencia N° 33 de 26 de enero de 2004, estableció:

“El derecho de defensa en el proceso, contemplado como derecho fundamental en el artículo 49 constitucional, se desarrolla legalmente mediante varias instituciones, siendo dos de ellas la de la defensoría y la de la necesidad de la doble instancia (la cual admite excepciones). La institución de la defensoría se divide en pública, destinada a otorgar asistencia técnica integral a los imputados en el proceso penal que no contraten defensores particulares; y en privada, la cual opera en el proceso de naturaleza civil, bajo diversas figuras como la del defensor de

quien goza de la declaratoria de justicia gratuita, o como la del defensor *Ad litem*.

Esta última clase de defensoría (*Ad litem*) persigue un doble propósito: 1) Que el demandado que no puede ser citado personalmente, sea emplazado, formándose así la relación jurídica procesal que permite el proceso válido. Desde esta vertiente, la defensa obra incluso en beneficio del actor, ya que permite que el proceso pueda avanzar y se dicte la sentencia de fondo.

2) Que el demandado que no ha sido emplazado o citado, se defienda, así no lo haga personalmente.

Debido a ese doble fin, el defensor no obra como un mandatario del demandado, sino como un especial auxiliar de justicia, que por no pertenecer a la defensa pública, debe percibir del demandado sus honorarios, así como las litis expensas, tal como lo señala el artículo 226 del vigente Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, como tal función auxiliar no la presta el abogado defensor gratuitamente (a menos que la ley así lo ordene, como lo hace el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil), si éste no localizare al demandado para que le facilite las litis expensas o sus honorarios, tales gastos los sufragará el demandante -quien se beneficia a su vez de la institución- quien podrá recuperarlos de los bienes del defendido, si éstos existen. Ahora bien, la función del defensor *Ad litem*, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor *Ad litem* no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor *Ad litem* ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa.

Pero debe la Sala, en aras a delinear las relaciones del derecho de defensa y la función del defensor *Ad litem*, proceder a analizar, como debe encarar tal función el defensor, a fin de cumplir con ella cabalmente.

En este sentido, la Sala considera que es un deber del defensor *Ad litem*, de ser posible, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las

observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante.

El que la defensa es plena y no una ficción, se deduce del propio texto legal (artículo 226 del Código de Procedimiento Civil), que prevé el suministro de las litis expensas para el defensor, lo que significa que él no se va a limitar a contestar la demanda, sino que realizará otras actuaciones necesarias (probatorias, etc.) a favor del demandado.

Lo expuesto denota que para que el defensor cumpla con su labor, es necesario, que de ser posible, entre en contacto personal con el defendido, a fin de preparar la defensa.

Para tal logro no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que para cumplir con el deber que juró cumplir fielmente, debe ir en su búsqueda, sobre todo si conoce la dirección donde localizarlo...”

La finalidad de la institución del defensor *Ad litem* es la de garantizar en forma eficaz el derecho a la defensa, no es una simple formalidad con el objeto de generar la bilateralidad del juicio y permitir que éste continúe y se pueda dictar sentencia. Para ello el defensor debe ponerse en contacto, de ser posible, con su defendido sobre todo si se trata de una persona jurídica, sin que baste a tal efecto el solo envío de un telegrama- para que éste le facilite la información y pruebas necesarias para alcanzar tal cometido, así como la indicación de los datos para controlar y contradecir las pruebas del adversario.

Además el defensor *Ad litem* debe dar contestación a la demanda y no es admisible que no lo haga y como consecuencia de ello quede confeso, pues en tal supuesto, a criterio de la Sala Constitucional y que la Sala de Casación Social acoge, el proceso es ilegal e inconstitucional por violación de los derechos fundamentales de la defensa y del debido proceso, porque lejos de defender los derechos e intereses que le han sido encomendados, desmejora y perjudica los mismos.

De igual forma, existe consenso en la jurisprudencia sobre la figura del defensor *Ad litem*, reglamentada en los artículos 15, 206, 208, 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil (1987), así como del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), pues se considera que la sola designación del defensor *Ad litem*, implica la necesidad que éste contacte a su defendido a los fines de garantizar el derecho a la defensa es suficiente para estimar válido el juicio.

En este sentido, la jurisprudencia considera que el defensor *Ad litem* es un verdadero representante del demandado en el juicio, equiparable a su apoderado judicial, con la diferencia de que su investidura no deriva de la voluntad del demandante, como en la representación voluntaria, sino directamente de la ley. Su designación es aplicación del principio de bilateralidad del proceso, que le imprime una estructura dialéctica y

realización de la garantía constitucional de la defensa en juicio, que es un derecho inviolable. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes al considerar que el defensor *Ad lítem* está facultado para oponerse a las medidas cautelares innominadas, y así dar fiel cumplimiento a la responsabilidad de ejercer la defensa de su representado.

CONCLUSIONES

Seguidamente, se presentan las conclusiones del estudio, enfocadas en sintetizar los hallazgos obtenidos al analizar los medios de impugnación efectuados por la figura del defensor *Ad litem* para oponerse a las medidas cautelares innominadas.

a) Se describió el sistema cautelar venezolano, cuáles son sus efectos, clasificación, alcance y tramitación procedimental, indicándose que las medidas cautelares representan medios que realiza la jurisdicción a pedido de parte, a través de actos concretos, con el fin de proteger el objeto de la pretensión patrimonial o para terminar la seguridad de la persona. Estas medidas encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución.

Entre sus características se incluye la instrumentalidad, indicándose que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismo, sino que nacen al servicio de un proceso principal; la provisionalidad, en cuanto que tales medidas son decretadas antes o durante un proceso principal y sólo persisten hasta la conclusión del mismo; la flexibilidad porque tienen la posibilidad de variar las mismas en su aplicación; accesorias de un juicio principal lo cual implica que las mismas no son resultado de un proceso autónomo; celeridad porque deben tramitarse y dictarse en un plazo muy breve; y la Jurisdiccionalidad en tanto las razones formales sustentan la existencia de una finalidad preponderante centrada en proteger la futura ejecución de un fallo. Dichas medidas cautelares pueden ser consideradas desde tres perspectivas para enfocar sus efectos, los efectos de aseguramiento, conservación y anticipativos; siendo clasificadas como típicas o nominadas, innominadas o atípicas y complementarias por la legislación venezolana.

Para iniciar su trámite procedimental deben considerarse los requisitos que incluyen la existencia de un juicio pendiente. No solo basta la presentación del libelo de la demanda ya que debe ser admitida por el tribunal con posterioridad, y se deben llenar los requisitos legales, tales como, la presunción grave del derecho que se reclama o el Fomus Boni Iuris

y el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo o el Periculum in Mora.

b) Se precisó el procedimiento judicial de impugnación de las medidas innominadas, entendiéndose que el mismo se inicia por la existencia de un acto procesal viciado, por error o defecto, considerándose el perjuicio que el acto viciado ocasiona a las partes o a los terceros legitimados motivando su inconformidad, aplicándose los medios impugnatorios que pueden ser la apelación y la cautela, como recursos previstos por la norma procesal para impugnar el acto procesal viciado en atención al agravio que ocasiona enfocándose en la anulación o revocación, total o parcial del acto viciado.

c) Se estableció la función del defensor *Ad Ítem* dentro del proceso, indicándose que éste participa de una doble cualidad, como funcionario público accidental y como apoderado del citado mediante carteles o por edictos, desempeñando varias funciones en el proceso, en tanto es un auxiliar de justicia, por lo cual se considera un verdadero representante del demandado en el juicio, equiparable a un apoderado judicial, con la diferencia de que su investidura no deriva de la voluntad del demandante, como en la representación voluntaria, sino directamente de la Ley.

d) Se determinaron las facultades del defensor *Ad Ítem* para realizar oposición a las medidas cautelares innominadas, indicándose de conservar

los mismos deberes de un apoderado en término de las medidas cautelares innominadas, permitiéndole la oposición a las medidas asumidas por el juez, siempre y cuando no tenga que suscribir determinados actos en nombre del defendido. Por tanto, tiene los mismos poderes de un apoderado judicial, con la diferencia que su mandato proviene de la Ley y con la excepción de las facultades especiales para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio.

e) Se criticó la doctrina y jurisprudencia acerca del sistema cautelar y las facultades del defensor *Ad litem*, cuando no hay una norma expresa que regule esta materia, encontrándose que tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes al considerar que el defensor *Ad litem* asumen las mismas responsabilidades del apoderado judicial, implicando el deber y la facultad para ejercer el derecho a la defensa ante la aplicación de una medida innominada, resaltando la necesidad de que éste realice un juramento que especifique su compromiso con el cumplimiento ético de las acciones encomendadas.

Por tanto, el defensor *Ad litem* comprende un representante del demandado en el juicio, cuya investidura no deriva de la voluntad del demandante, sino directamente de la ley, a fin de dar garantía constitucional

de la defensa en juicio, que es un derecho inviolable. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes al considerar que el defensor *Ad litem* está facultado para oponerse a las medida cautelares innominadas, y así dar fiel cumplimiento a la responsabilidad de ejercer la defensa de su representado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alsina, H. (1962). **Tratado teórico práctico de *Derecho procesal civil y comercial*** (2da ed.). Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores.

Balzán, J. (1986). **Lecciones de derecho procesal civil**. Caracas: Su libro C.A.

Barona, S. (2003). **Las Medidas Cautelares**. España: Materiales de estudio de la AMAG.

Bobbio, N. (2003). **Poder y Derecho, en origen y fundamentos del Poder Político**. México: Grijalbo.

Bonorino, P. (2004). **Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson.

Brewer, A. (2007). **El Juez Constitucional en Venezuela como Legislador Positivo de Oficio en Materia Tributaria**. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Calamandrei, P. (1984). **Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares**. Buenos aires: Librería El Foro.

Cañas, I. (2000). **El Juez Ante el Nuevo Estado Social de Derecho y de Justicia**. San Cristóbal: Lito Formas.

Carnelutti, F. (1997). **Derecho Procesal Civil y Penal**. México: Harla.

- Carrión Lugo, J. (2000). **Tratado de derecho procesal civil: Teoría general del proceso**. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Código de Procedimiento Civil (1987). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 3.970 (extraordinario), Marzo 11 de 1987.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 5.453, marzo 24 de 2000.
- Cossio, C. (2004). **Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho**. Buenos Aires: De Palma.
- Couture, E. (2002). **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: De palma.
- Díaz, J. (2004). **Algunos apuntes sobre La Medida Cautelar Vocal Superior en lo Civil**. Lima: Profesor Universitario.
- Diccionario de la Lengua Española (2001). Madrid: Ediciones Calpe. S.A.
- Diccionario Espasa (2005). Madrid: Ediciones Calpe. S.A.
- Diccionario Jurídico Venezolano (2000). Caracas: Instituto Venezolano del Diccionario Jurídico
- Donaires, P. (2002). **Los Principios de la Impugnación**. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Duque Corredor, R. (1990). **Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario**. Caracas: Editorial Jurídica Alva,
- Fábrega J. (2002). **Derecho Procesal del Trabajo**. Madrid: Litho Impresora.
- Falconi, E. (1986) *Derecho Procesal civil o Procedimientos especiales*. Buenos Aires: Universidad.

- García, E. (2002). **Introducción al Estudio del Derecho**. México: Editorial Porrúa, S.A.
- Gozaini, O. (1993). **Recursos judiciales**. Buenos Aires: Ediar.
- Gutiérrez de Cabiedes, P. y De Caviedes, H. (2000). **Las Partes en el proceso Civil: La Ley**: Revista Jurídica española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. ISSN 0211-2744. No. 7.200. p.p. 1332-1336.
- Henríquez la roche, R. (1988). **Medidas Cautelares**. Maracaibo: Centro de estudios jurídicos del Zulia.
- Henríquez la roche, R. (1997). **Código de Procedimiento Civil**. Caracas: Centro de estudios jurídicos del Zulia.
- Henríquez La Roche, R. (2005). **Instituciones de Derecho Procesal**, Caracas: Ediciones Liber.
- Hernández, R. (2005). **Introducción al Derecho Procesal Constitucional**, México: Porrúa.
- Iglesias, M. (2006). **El Problema de la Discreción Judicial**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lama, H. (2007). **La Tutela Cautelar en Debate Jurisprudencial**. Lima: Motivensa editora jurídica.
- Lares Martínez, E. (1993). **Significado del Recurso de Casación**. Su establecimiento en Venezuela. [Libro en línea]. Disponible: http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/boletin/1993/BolACPS_1993_75_127_185-195.pdf. [consulta: 2010, Febrero 15].
- Liebman, E. (1980). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa.
- Márquez, L. (1985). **Estudios De Procedimiento Civil Jurídica Venezolana** .Caracas: Jurídica Venezolana.

- Monroy, M. (1979). **Principios de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis S.A.
- Monroy, J. (1987). **Temas de Proceso Civil**. Lima: Librería Studium Ediciones.
- Morales, E. (2008). **Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil Venezolano**. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 4, 2008. ISSN 1856-7878. pp.503-525.
- Morello, A. Sosa, G. y Berizonce, R. (1985). **Códigos Procesales**. Buenos Aires: Platense.
- Moros Puente, C. (2005). **Citaciones y notificaciones en el Procedimiento Civil Ordinario Venezolano** (2da. Ed.), San Cristóbal: Jurídica Santana.
- Ortells, M. y Calderón, M. (1996). **La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español**. España: Comares.
- Ortiz, R. (1997). **El poder cautelar general y las medidas innominadas**. Caracas: Fronesis, C.A.
- Ortiz, R. (1999). **Las Medidas Cautelares Innominadas: Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional**. Caracas: Paredes Editores.
- Ortíz, R. (2001). **El Poder Cautelar y las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano**. Caracas: Fronesis, C.A.
- Palacio (1996). **Derecho Procesal Civil**. México: Abeledo-Perrot.
- Perrachione, M. (2006). **Medidas Cautelares**. Madrid: Mediterranea.
- Peyrano, J. (1981). **Medida cautelar innovativa**. Buenos Aires: De palma.

- Podetti, R. (1963) .Teoría y técnica del proceso civil. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores.
- Recaséns L. (2003). **Introducción al Estudio del Derecho**. México: Porrúa, S.A.
- Rengel-Romberg, A. (1987). **Tratado de derecho procesal civil venezolano**. Caracas: Arte.
- Rengel-Romberg, A. (1995). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano: Teoría General del Proceso**, Caracas: Editorial Arte.
- Rentería, A. (2004). **Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad**. México: Fontamara.
- Rojas, M. (1965). **Las Medidas Precautorias**. Santiago de Chile: Librotec.
- Segura, M. (2006). **Sentido y Límites de la Discrecionalidad Judicial**. México: Centro de Estudios Ramon Are.
- Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Años: 199° de la Independencia y 150° de la Federación. 20 de abril.
- Sentencia N° 33. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de justicia (caso: "Luis Manuel Díaz Fajardo"). 26 de enero de 2004.
- Sentencia N° 531. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de justicia. (caso: "Jesús Rafael Gil"). 14 de abril de 2005.
- Sentencia. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 26 de Enero de 2004.
- Sentencia. Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia. 11 de mayo de 1966.

Sentencia. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de justicia. Caso Banco Caroní, C.A. Banco Universal contra Obreros Profesionales en Limpieza, C.A. (OPROLIM, C.A.). N° 817 de fecha 31 de octubre de 2006.

Sentencia. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de justicia. Caso: sociedad mercantil Banco Progreso C.A. contra empresa Amer C.A.. Fecha 10/06/2008, dictada en el expediente N° 2006-001062.

Sentencia. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. 20 de diciembre de 2001.

Sentencia. Sala de Casación Civil. 23 de octubre de 1996.

Urdaneta, C. (2004). **Introducción al análisis sistemático de las Medidas Cautelares Atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano.** [Libro en línea]. Consultado el 15 de febrero de 2010 en: www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/.../UCAB_2004_59_236-49.pdf -

Vescovi, E. (1988). **Los recursos judiciales y demás medios impugnativos e Iberoamérica.** Buenos Aires: Depalma.