

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

Carlos Alberto Urdaneta Sandoval<sup>1</sup>

## Sumario

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

---

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

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

## INTRODUCCIÓN

A partir de la asunción del monopolio de la jurisdicción, el Estado asume el trascendental papel de asegurar a todos los justiciables hacer efectivos sus derechos a través del instrumento del proceso judicial. Como poder o manifestación del poder estatal, la jurisdicción es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, la cual corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, de acuerdo a las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, y en los tratados internacionales.<sup>2</sup> Como función, la

---

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

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

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

---

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

- 3 MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino. Ed. Giappichelli. 8va ed. 1992. Tomo I. p. 11-12. La definición de MANDRIOLI tiene como claro antecedente la clásica definición ofrecida por Giuseppe CHIOVENDA (*Curso de derecho procesal civil*. Tr: Enrique Figueroa Alfonzo. México. Ed. Pedagógica Iberoamericana. 1995. p. 195) para quien la jurisdicción puede ser definida como la “(...) función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, o al hacerla prácticamente efectiva”
- 4 ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; y DINAMARCO, Candido R. *Teoria geral do processo*. Sao Paulo - Brasil. Ed. Malheiros. 12va ed. 1996. p. 129.
- 5 FAIREN GUILLEN, Víctor. *Ob. Cit.* p. 102. Con base a la doctrina española representada, entre otros, por FONT SERRA, ORTIZ-ORTIZ, Rafael (*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 72 y 74) nos habla acertadamente que la tutela preventiva, constituyéndose en el género, es aquella función que, en ciertos casos, pueden asumir los órganos jurisdiccionales, a fin de proteger el derecho a la justicia de los ciudadanos ante el peligro genérico que pueda ocasionarse un daño jurídico, como por ejemplo en los caos de las providencias que puede dictar el juez que conoce del procedimiento de divorcio o separación de cuerpos, o nulidad del matrimonio

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

Simón JIMÉNEZ SALAS (*Medidas cautelares*. Caracas. Ed. Kelran. 5ta ed. 1999. p. 35-37) y Román DUQUE CORREDOR (*Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Caracas. Ediciones Fundación Projusticia. 1999. Tomo II. 1999. p. 142), han acogido la corriente funcionalista que considera la medida cautelar como instrumento en función de un proceso. Coherente con tal tesis, el último de los autores mencionados ha expresado que las medidas cautelares "(...) son las decisiones de carácter preventivo que dictan los jueces para asegurar al demandante el resultado definitivo del proceso o para evitar daños irreparables a las partes, en razón del peligro que entraña la necesaria demora de los trámites judiciales."

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## **CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO**

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

---

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

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

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

### 1. Antiguo Derecho griego

Jerome Frank asevera que los griegos mostraron tanta capacidad en el Derecho como en las artes, la política y la filosofía. Tal afirmación la fundamenta tanto en la actitud griega frente al tema de la justicia como en su aportación histórica a los temas legales. En el primer aspecto, los griegos no dudaban en desviarse de las normas generales para dar soluciones prácticas y justas a los hechos de cada caso particular, lo cual impidió que transmitieran un sistema de normas venerables a la posteridad.<sup>8</sup> En el segundo aspecto, la discusión aristotélica sobre la interpretación equitativa de las leyes influyó en los juristas romanos y en Santo Tomás, y con éste en todo el mundo occidental<sup>9</sup>. Destacable resulta también su aportación a la noción de ciudad democrática y a la de un derecho común a las diferentes ciudades.<sup>10</sup> Y es que en Grecia, el Derecho era concebido, en casi todas las antiguas ciudades, como una obra de la razón, sin cesar perfectible, lo cual se corresponde con una concepción racionalista del derecho, contraria a la del derecho revelado, vale decir, “verdadero” para siempre.<sup>11</sup>

En lo que toca a los aspectos procedimentales, informa Briseño Sierra<sup>12</sup> que en Grecia, el Juez ático no era llamado a aplicar una Ley

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

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

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

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

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



precedente como norma *in iudicando* o a garantizar la observancia de la misma en el caso *sub iudice*, ya que la técnica de la formulación escrita de las leyes no tenía especial recepción en la sensibilidad de ese pueblo. La Ley tenía sólo una función procesal, vale decir, era norma *in procedendo*, la cual estabilizaba la conducta procesal, determinaba la competencia judicial y en ella se fundaba la libertad del juzgamiento. En defecto de una norma *in iudicando*, el Juez se basaba en el sentimiento general para dictar la justicia del caso concreto al resolver una contienda, por lo que, como corolario, las partes podían arreglarse fuera del proceso u obviar la presentación en juicio de la Ley que habrían podido invocar en su favor para apoyarse en el sentido de justicia del juzgador, y también existía la posibilidad de que cuando la Ley contrariaba el sentido de justicia aquella se sacrificaba a favor de éste. De hecho, la Ley quedaba supeditada a su presentación por las partes al Juez, quien no tenía el deber de conocerla ni invocarla si aquellas se abstenían, debiendo conceder la razón al contendiente que, con base a la preponderancia de la oratoria o retórica judicial, mejor le condujera a las premisas de hecho y de derecho, ya que, como regla, la aplicación del derecho a los hechos era obra de los contendientes y no del Juez.

De lo anterior se pueden deducir ciertas características del derecho judicial en la Antigua Grecia, a saber: i) El Juzgador impartía un sentido de justicia basado en el sentimiento general del pueblo, en el cual no tenía preponderancia la legalidad *per se*, mas sí la justicia del caso concreto, tratando de obtener decisiones prácticas; ii) Dicho Juez obtenía el conocimiento de los hechos por la exposición de las partes, mediante un uso predominante de la oratoria o retórica judicial; iii) La aplicación y conocimiento de la ley sustantiva no era un deber del Juez, pues aparte de que se producía a instancia de parte, en caso de que se alejara su contenido del sentido de justicia del Juzgador, podía no ser considerada en la decisión; iv) La aplicación y conocimiento de la Ley procedimental sí era deber del Juez, pues, como se ha dicho, establecía la competencia para conocer de los diversos asuntos, regulaba la conducta procesal y fundamentaba la libertad de juicio del ente decisor.

En todo caso, si bien dentro de nuestra investigación no hemos logrado localizar datos que permitan afirmar la existencia de vestigios de alguna institución cautelar encuadrada dentro de los parámetros de un sistema lógico de Derecho que haya regulado los procedimientos en la

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

## 2. *Proceso romano*

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

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

---

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

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

el *iudicium* hasta la sentencia. El Magistrado estaba dotado de *imperium* mientras que la función juzgadora del *iudex* no se encontraba basada ni asistida por tal poder.<sup>15</sup>

El *imperium* consistía en el poder o facultad suprema de mando que correspondía a los magistrados superiores, quienes personificaban la supremacía del Estado, por virtud del cual podían exigir de los ciudadanos obediencia a sus órdenes y adoptar las medidas oportunas para hacerlas cumplir.<sup>16</sup> Con fundamento en el *imperium* del magistrado jurisdicente y como complemento del sistema de acciones consagradas por el proceso romano clásico, existían otros medios: *interdicta*, *missiones in possessionem*, *stipulationes praetoriae* y *restitutiones in integrum*, los cuales daban ocasión a un procedimiento fuera del *iudicium* y ante el Magistrado, particularidad que lleva a Iglesias<sup>17</sup> a calificar estos medios complementarios como "Protección jurídica extraprocesal"<sup>18</sup>. Pasemos a analizar de manera sucinta tales medios.

Los interdictos se concretaban en una orden emanada de un magistrado *cum imperium*, generalmente del pretor, mandando, a solicitud de una parte y sin entrar en el conocimiento del fondo del conflicto<sup>19</sup>, una exhibición, una restitución o una prohibición - interdictos exhibitorios, restitutorios y prohibitorios-.<sup>20</sup> La *missio in possessionem*, que D'Ors<sup>21</sup>

15 IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. Instituciones de derecho privado. Barcelona. Ed. Ariel. 7ma ed. 1982. p. 201, 214 y 215; BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho procesal*. México. Ed. Harla. 2da ed. 1995. p. 56-60.

16 GUTIERREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de derecho romano*. Madrid Ed Reus. 3ra. ed. 1982. p. 286.

17 IGLESIAS, Juan. *Ob. Cit.* p. 226-230.

18 Conforme con esta opinión se encuentra ARIETA, Giovanni. (*I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C.* Padova. Ed. CEDAM. 2da ed. 1985. p. 1-2), para quien "*La tutela preventiva dei diritti ispirata al principio 'melius est ante tempus occurrere, quam post causam vulneratam recursum quarere'*, fu originariamente attuata, secondo gli schemi tipici del diritto romano classico e per buona parte del diritto intermedio, essenzialmente al di fuori del processo, vale a dire attraverso mezzi di garanzia convenzionali (...) Le stesse tipiche misure cautelari pretorie del diritto romano hanno sicuramente origini stragiudiziali (...)"

19 GUTIERREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Ob. Cit.* p. 306.

20 IGLESIAS, Juan. *Ob. Cit.* p. 227; D'ORS, Alvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona. Ed. Universidad de Navarra. 3ra. ed. 1977. p. 126-127.

21 D'ORS, Alvaro. *Ob. Cit.* p. 125.

denomina “embargo”, es definida por Gutiérrez-Alviz, como “Envío en posesión o autorización otorgada por el magistrado en virtud de su imperium de tomar la detentación material de la totalidad de los bienes o de parte de ellos de una persona. Generalmente se concede a título de protección inmediata y se encuentra protegida por interdictos o por *acciones in factum...*”.<sup>22</sup> Respecto de las *stipulationes praetoriae* debemos decir que eran contratos verbales impuestos por el pretor en razón de los cuales se hacía nacer en beneficio del estipulante y contra el promitente un crédito que no existía por el mismo derecho, para asegurar una acción futura por un perjuicio eventual, vinculado o no con un juicio actual.<sup>23</sup> Sin embargo, Iglesias<sup>24</sup> le asigna una triple finalidad de tutela procesal a las *stipulationes praetoriae*: a) Asegurar el resultado del juicio (*cautio ratam rem haber, cautio iudicatum solvi*<sup>25</sup>, *cautio pro praedes litis et vindiciarum, cautio ex operis novi nunciacione*); b) Asistir con una acción a relaciones que carecen de ella (*cautio damni infecti, cautio usus-fructuaria, cautio rem pupilli salvam fore*); c) Asegurar la comparecencia

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta breve remisión al derecho romano toma su justificación de la posición asumida por algunos autores según la cual el origen de la tutela cautelar de nuestros días debemos ubicarla mediante el análisis de los medios extraprocesales mencionados y que fueron creados en razón del *ius praetorium*. Tal posición se ve reforzada cuando autores de la talla de Ferrara, han llegado a sostener que en Roma, siendo la actividad jurisdiccional del *praetor urbanus* preferentemente conservativa de derechos era, en consecuencia, preferentemente cautelar.<sup>32</sup> Así, el brasileño Sanches<sup>33</sup> y los venezolanos Henríquez La Roche<sup>34</sup> y Sánchez Noguera<sup>35</sup> destacan al secuestro definido por Paulo en el *Digesto* (16 3.6) como una de las medidas nominadas más antiguas. Ortiz, por el contrario, no considera que el secuestro sea un antecedente de las medidas preventivas, por cuanto nace como un contrato y por ende con una naturaleza consensual y no por decisión de la magistratura.<sup>36</sup> Otros, como el uruguayo Greif, opinan que las raíces del proceso cautelar aparecen ya en el derecho romano, con algunos interdictos, como los posesorios, mismos que en el derecho intermedio ingresan en la categoría de los procesos de *summaria cognitio*.<sup>37</sup> Incluso, dentro de esta misma tendencia, el brasileño Lacerda<sup>38</sup> llega a remontar el origen del propio poder cautelar general del juez a los interdictos del derecho romano clásico, opinión no compartida por el

---

32 *Apud.* DE MIRANDA BEZERRA, Julio Carlos. "Consideraciones sobre o poder cautelar geral do juiz". En: *Revista do curso de direito da Universidade de Uberlandia*. Dir: Jacy de Assis y Dinah Fernandes de Carvalho. Uberlandia. Volume 14. No 1. Janeiro - dezembro 1985. p. 331.

33 *Apud.* DE ALMEIDA SANTOS; Francisco Cláudio. "Poder general de cautela". En: *Temas procesales*. Dir: A. Orion Alvarez. Medellín. Centro de Estudios de derecho procesal. 1992 N° 15. p. 85.

34 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 91-92.

35 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Del procedimiento cautelar y de otras incidencias (Arts. 585 al 607)*. Comentarios y anotaciones al Código de Procedimiento Civil. Caracas. Ed Paredes. 1995. p. 16.

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

37 GREIF, Jaime. "La prohibición de innovar en el derecho uruguayo y comparado". En: ARAZI, Roland (Coord.) *Derecho procesal en vísperas del siglo XXI*. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Buenos Aires. EDIAR. 1997. p. 260.

38 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de processo civil*. Volume VIII, tomo I. Río de Janeiro. Ed. Forense. 6ta ed. 1994. p. 77-79.

tratadista venezolano Rengel-Romberg<sup>39</sup> para quien las estipulaciones pretorias constituyen el origen de las medidas cautelares que conocemos.

La posición de Rengel-Romberg<sup>40</sup> se sustenta, por una parte, en que los interdictos en el derecho romano no tenían la función propia de las medidas cautelares, ni la instrumentalidad y subsidiariedad propias de éstas, sino que eran *acciones* concedidas por el pretor para la tutela de los derechos en general, y con el transcurso del tiempo, para la tutela de la posesión en particular, siendo que aún en el caso de la denuncia de obra nueva o de daño temido, éste se concretaba en una acción preventiva que perseguía conjurar una lesión de derecho que parecía inminente<sup>41</sup>. Por otra parte, prosigue Rengel-Romberg, las estipulaciones pretorias sí cumplían una función cautelar de garantía pues aseguraban en forma práctica la satisfacción directa del interés digno de tutela o prevenían un perjuicio posible, y por ello, la *cautio*, la *missio in possessionem*, la *sequestratio* o deposito *apud sequestrem*, deben ser consideradas como el origen de las medidas cautelares del derecho moderno, incluyendo las innominadas, posición ésta compartida por Ortiz<sup>42</sup>, las cuales son manifestación de la tendencia actual de ampliar el poder del juez en este campo, etapa final del desarrollo de la institución hacia el poder cautelar general.

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

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

40 *Ibidem*. p. 90-91.

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

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

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

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

---

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

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

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



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

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

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

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

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

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

### 3. Derecho comparado <sup>50</sup>

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

---

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

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

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

Derecho chino antes de su revolución— que con una actitud espiritual radicalmente distinta a la nuestra, no han separado la Moral del Derecho y por ende no reconocen a la realización judicial del Derecho la función que desempeña entre nosotros<sup>51</sup>, los ordenamientos jurídicos vigentes en la mayor parte del orbe siguen fundamentalmente a dos modelos originados en Europa: el Derecho continental o codificado o sistema romano-germánico y el Derecho angloamericano o *Common law*.<sup>52</sup> Básicamente, ambos sistemas se diferencian en que en el primero, al haber recibido el legado del Derecho romano y apropiarse de sus categorías jurídicas, ha de servirse de un método lógico y deductivo, siendo fundamental la idea de legislación o de codificación, esto es, el Derecho se conforma básicamente como un conjunto de normas generales y abstractas (Constitución, leyes y reglamentos), presentadas en forma sintética y sistemática, que los jueces deben aplicar para resolver los casos concretos de que conozcan; mientras que en el segundo, la técnica es inductiva y empírica, y por ende, el Derecho es casuístico, por basarse en el “precedente judicial”, en el sistema de *Case law*, y mostrarse refractario a la formulación de principios abstractos en texto escrito, de manera tal que el Derecho aparece como una creación de los jueces,

---

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

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

51 CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Tr. Manuel Zorrilla Ruiz. Barcelona-España. Ed. Bosch. 1960. Tomo I. p. 75-76.

52 Como indica Lon FULLER (*Anatomía del Derecho*. Tr.: Luis Castro. Caracas. Monte Avila Editores. 1969. p. 151-152): “Puede decirse, en forma esquemática, que entre los países occidentales que se acogen a la Common Law se cuentan las naciones de habla inglesa, mientras que los países en donde impera la tradición civilista prevalecen las lenguas modernas derivadas del latín (...)” .

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

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

Cuando hacemos referencia a la expresión Common Law<sup>54</sup> queremos significar con ello el sistema jurídico anglo-norteamericano o

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

y aquel que no la obedece incurre en el *contempt* y en la sanción correspondiente<sup>59</sup>.

La *injunction* (en Canadá, *injonction*) constituye un remedio propio del Derecho privado y es definida como "(...) una orden del tribunal en la que requiere a alguna parte que realice una o varias acciones (injunction positiva o mandatory) o que se abstenga de realizarlas (injunction negativa o prohibitory)"<sup>60</sup>, bien para evitar un mal o para evitar las causas que lo producen, siendo normalmente de carácter cautelar (*interim/ interlocutory/ preventive injunction*) y recurribles (*appeal against an interim injunction*).<sup>61</sup> En tal sentido, "(...) el concepto traduce una orden terminante con mandato o conminación categórica"<sup>62</sup>, que, al no comportar una mera resolución simple, ya que la providencia busca hacer efectiva y materializar la forma en que la sentencia sea ejecutada, carece de semejanza absoluta con instituciones procesales del sistema jurídico argentino<sup>63</sup> ni, agregamos nosotros, con el venezolano. Pueden también clasificarse por el tiempo en que la orden permanezca en vigor, y así tenemos, por una parte, las *permanent injunctions*<sup>64</sup>, las cuales son perpetuas, al equipararse a una sentencia definitiva, por lo que sólo se conceden después de un juicio, excepción hecha que el demandado acepte otra cosa<sup>65</sup>, y por la otra, las *interlocutory injunctions*<sup>66</sup>, medida

---

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

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

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

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

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

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

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

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

provisional tomada antes de que el órgano jurisdiccional tenga la oportunidad de escuchar y valorar completamente las pruebas presentadas por las partes, permaneciendo en vigor, comúnmente, hasta que se termine el procedimiento o se ordene otra cosa, pudiendo concederse incluso cuando los derechos del demandante no hayan sido infringidos, pero se tema que puedan serlos (*injunction quia timet*), o sin audiencia de la otra parte (*injunction ex parte*), y cuyo incumplimiento es castigado como desacato al tribunal, mediante multa o prisión<sup>67</sup>. Generalmente, es un remedio preventivo y protector, dirigido a actos futuros, y que no tiene el propósito de reparar o compensar las consecuencias de un acto antijurídico que ha causado un daño en el pasado, como se desprende de *Snider vs. Sullivan*<sup>68</sup>, especialmente la *interlocutory injunction* la cual se pliega a las más variadas exigencias, entre ellas las de naturaleza *lato sensu* provisoria y conservativa.<sup>69</sup>

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

---

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

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

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

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

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

enfocar el asunto desde la óptica del Tribunal, vale decir, desde el *Contempt power*, expresión que alude a la potestad judicial de castigarlo<sup>71</sup>, la cual se presenta como una de las garantías de la independencia de los jueces y tiene "(...) el propósito de permitirle a los tribunales impedir o castigar las conductas cuyo objetivo fuere obstaculizar o perjudicar la buena administración de la justicia, o de denigrarla, bien sea en un caso particular o en general", tal como se informa en el *Report of the Committee on Contempt of Court* (1947).<sup>72</sup> El *Contempt of Court* está dirigido a asegurar la ejecución en forma específica de las obligaciones de hacer no cumplidas y puede exceder el campo de lo cautelar, pues el juez puede determinar discrecionalmente las sanciones pertinentes las cuales, inflingidas acumulativamente, pueden consistir en el encarcelamiento del autor, en una multa cuyo monto viene determinado por la Corte, o en el secuestro de los bienes.<sup>73</sup> El ámbito de discrecionalidad del *Contempt power* en orden al cual el juez inglés puede dictar medidas para prevenir o corregir un posible daño al normal y eficaz desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, el que ha llevado al autor venezolano Ortiz a analizar esta institución como un posible antecedente mediato del poder cautelar general del juez y, particularmente, del parágrafo primero del art. 588 del código adjetivo venezolano<sup>74</sup>.

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

---

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

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

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

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

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



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

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

Con la expresiones Derecho continental, sistema romano-germánico o Civil Law queremos aludir a aquellos países cuyo Derecho se deriva, en último término, del Derecho romano<sup>76</sup>, o más modernamente, el "(...) sistema jurídico propio de los pueblos de Europa continental y de otros que lo han adoptado por propia elección espontánea (como por ejemplo en Turquía y en el Japón) o porque han sufrido la influencia de Francia, de España o de Portugal durante la época colonial (como los países de América Latina y los del África francófona)." <sup>77</sup> Los Derechos capitalistas

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

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

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

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

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

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

Las características generales del proceso en el Civil law son explanadas por Véscovi<sup>79</sup> en el sentido siguiente: se establece un sistema oral y público, con régimen de audiencias sin jurado, en el que el Juez posee amplios poderes, de mayor entidad que los de la Common law,<sup>80</sup> siendo nombrado por el Consejo de la Judicatura (o Magistratura), existiendo también una Escuela Judicial y una carrera. Se establece una segunda instancia (apelación) y, por influjo francés, la casación. Por otra parte, la generalidad de los países, a partir del modelo austriaco, que siguió a su vez las ideas de Kelsen, ha creado un Tribunal Constitucional,

---

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

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

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

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

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

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

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

Pasemos a analizar sucintamente algunos de los sistemas más importantes a los efectos de nuestro sistema jurídico y de nuestra investigación<sup>83</sup>.

---

81 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. Primeira série. Sao Paulo. Ed. Saraiva. 2da. ed. 1988. p. 144.

82 RAMOS MENDEZ, Francisco. *Arbitraje y proceso internacional*. Barcelona - España. Ed. Bosch. 1987. p. 194-195.

83 Un gran número de países han establecido en sus códigos procesales la potestad de que los tribunales decreten medidas cautelares innominadas, *exempli gratia*, arts. 760 del CPC japonés; 27 de las Bases del Procedimiento civil para la URSS y República Federadas y 83 a 93 del CPC de la República Federativa Soviética de Rusia; 15, sección 3, del Código de Procedimiento Judicial sueco; códigos procesales suizos de los Cantones de Friburgo (art. 369), Ginebra (art. 12), Berna (art. 326) (FÁBREGA, Jorge y ARJONA, Adán Arnulfo. "Medidas cautelares innominadas". En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. Ed. Librería del profesional. 1989. Volumen II N° 8. p. 113-114), del Cantón de Ticino de 1971, cuyo artículo 376 establece que "el juez ordena, incluso antes de la interposición de la acción, en la instancia de parte, proveídos cautelares idóneos, cuando hay

### 3.2.1. Alemania

Fue la Ordenanza Procesal Civil alemana (*Zivilprozeordnung*, en adelante ZPO) de 1877 reformada en 1934, con sus “disposiciones provisionales” (*Einstweilige verfügungen*) de los parágrafos 935 a 945,

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

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

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

la que juntamente a las creadas en el ordenamiento ejecutivo austriaco del 27 de mayo de 1896<sup>84</sup>, dio lugar al nacimiento en el derecho moderno

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

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

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

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

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

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

---

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

coincidir con una obligación accesoria –contractual o legal– de ese derecho material<sup>86</sup>.

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

### 3.2.2 Francia

En Francia, existe la denominada *jurisdiction des référés* por virtud de la cual es posible que sean pronunciadas “(...) decisiones provisionales, sin fuerza de cosa juzgada, dictadas en condiciones de extrema rapidez al termino de una instancia regida por el principio de contradicción, y provisionalmente ejecutorias de pleno derecho”<sup>88</sup>, o como lo expresa Arieta<sup>89</sup>, medio excepcional instituido para los casos de urgencia o para resolver dificultades en la ejecución, el cual permite obtener de manera

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

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

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

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

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

El *référé* –literalmente, referido- constituye un poder general de cautela amplio y totalmente desvinculado del juicio de mérito<sup>91</sup>, y es definido por el art. 484 del actual Código de Procedimiento Civil de Francia como “*une decision provisoire rendue à la demande d’ une partie, l’ autre presente ou appelée dans les cas où la loi confère à une juge qui n’ est a pas saisi du principal le pouvoir d’ ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”.<sup>92</sup> El nuevo Código de Procedimiento Civil francés, contenido en el decreto n. 75-1223 del 5 de diciembre de 1975 y que entró en vigor a partir del 1 de enero de 1976, prevé tres tipos de medidas provisionales: las medidas urgentes (*référé en cas \_urgence*) del art. 808, necesarias en situaciones de urgencia para la salvaguarda de derechos; las medidas *conservatoires ou de remise en état* del art. 809.1, las que en una situación de urgencia, previenen de danos inminentes o evitan perturbaciones manifiestamente ilícitas; y las

---

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

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

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



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

El mismo Código establece dos procedimientos para la adopción de este tipo de medidas, las "*ordonnances de référé*" (arts. 808, 809, 811, 848, 849, 872 y 873), que presuponen la instauración del contradictorio, o por vía de las "*ordonnances sur requête*" (arts. 812, 851 y 875), dictadas *inaudita altera pars*.<sup>94</sup> Según Clemenceau<sup>95</sup>, las *ordonnances sur requête* normalmente se presentan como "*ejercicio de poderes de policía a la par jurídicos y jurisdiccionales, vinculados con el imperium del magistrado, que ya le estaba reconocido por el derecho romano.*" Aclara Alcalá-Zamora que "*Requête*" se relaciona con la adopción de medidas asegurativas a requerimiento de parte interesada, por lo que los dos términos de la institución se encuentran estrechamente vinculados, ya que la *ordonnance*, que carece de cosa juzgada pudiendo ser revocada por el magistrado emisor, recae, tanto en asuntos contenciosos como en negocios de jurisdicción voluntaria, a continuación de la *requête*, sin que sea indispensable la motivación de aquella, insertándose, para el caso de

---

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

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

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

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

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

surgir dificultades, la reserva “*d'en référer*” al Presidente del tribunal, convirtiéndose de tal manera el *référé* en una especie de recurso respecto de ellas.<sup>96</sup>

### 3.2.3. España

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

96 *Ibidem*. p. 161-162.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3.2.4 Italia

El art. 700 del Codice di Procedura Civile de 1942<sup>99</sup>, prevé que:

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

- 100 CARPI, Federico y otros. *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*. Padova. Cedam. 2da. 1988. p. 1025. De la misma época al precepto italiano encontramos el Código de Procedimiento Civil de la Ciudad del Vaticano de 1946 el cual establece el poder cautelar genérico en su artículo 894, a cuyo tenor “el juez podrá adoptar providencias provisionales aptas para evitar que el peligro se verifique, o para hacer cesar la injustificada inferioridad (SIC) de una de las partes” (QUINTERO, Mariolga. *El poder cautelar general en Venezuela*. Caracas. Ed. La torre. S/f. p 12-13).
- 101 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1973. Tomo III. p. 251-252.

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

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

---

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

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

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

### 3.2.5 Portugal

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

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

Actualmente y luego de una revisión profunda mediante Decreto ley 329-A/95 de 12 de diciembre de 1995, así como por las modificaciones por Decreto ley 180/96 de 25 de septiembre de 1996 y Decreto-ley Nº 375-A del 20 de septiembre de 1999, el *Código de Processo Civil* portugués, en su artículo 381º, prevé el ámbito de las *providencias cautelares nao especificadas* en los siguientes términos:

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

---

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

### 3.2.6. Argentina

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

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

### 3.2.7. Brasil

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

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

---

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

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



Actualmente, el *Código de Processo Civil* brasileño vigente (Ley 5869, de 11 de enero de 1973), inserta el poder cautelar atípico en sus arts. 798 y 799<sup>108</sup>:

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

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

En reforma posterior, se introduce la denominada tutela anticipativa por virtud del art. 273 del Código Procesal Civil de Brasil (Ley n° 8.952, de 13/12/94), el cual estipula:

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

---

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

"Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución" (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, s/f: p. 62).

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

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

### 3.2.8. Perú

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

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

---

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

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

### 3.2.9. Uruguay

El moderno Código General del Proceso de Uruguay (Ley 15.982 de octubre de 1988), prevé en el encabezamiento de su art. 316, el cual tiene por fuente básica el art. 279 del Anteproyecto de Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica<sup>111</sup>, que: “El tribunal podrá disponer las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alguna doctrina<sup>113</sup> ha interpretado que el art. 316 del Código General del Proceso prevé una enunciación de medidas cautelares que no es taxativa por lo que en el mismo se recoge la denominada “potestad cautelar general”. Otros han afirmado<sup>114</sup> que a pesar de que el moderno código adjetivo uruguayo tiende a buscar una mayor eficiencia de la justicia —estableciendo, entre otros, el principio de que la finalidad del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales, art. 14 del Código General del Proceso-, si bien ha aumentado los poderes cautelares del

---

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

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

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

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

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

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

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

Específicamente el párrafo primero del mencionado art. 588 del CPC venezolano de 1987, el cual no estaba previsto inicialmente en el Proyecto Sánchez Bueno de 1975, consagra el Poder Cautelar General del Juez, vale decir, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, en sede procesal, adopte las medidas cautelares atípicas que mejor se adecuen para salvaguardar la eficacia del proceso así como los eventuales derechos de la parte solicitante mientras es proferida la respectiva declaración judicial con fuerza de cosa juzgada, y por ende, las medidas cautelares atípicas<sup>115</sup>. Dicha norma establece *ad litteram*:

- 
- 115 Lo preventivo se contrapone a satisfactivo ó sancionatorio ó resarcitorio y puede ser para lo sustantivo, dado que puede ser solución definitiva para que un daño eventual no acontezca, como para lo procesal, cuando se evita el riesgo en espera de la decisión definitiva dentro de un proceso; mientras que lo cautelar está al servicio de algo ulterior (proceso, actividad, acto o diligencia) para asegurar su eficacia, vale decir, un elemento procesal en asistencia o garantía de otro elemento procesal, y que por tanto se opone a lo principal que se satisface a si mismo (GELSI BIDART, Adolfo. “Tutela procesal ‘diferenciada’”. En: *Revista do processo*. Dir: José Manoel Arruda Alvim. No 44. Año 11. Outubro - dezembro 1986. p. 102-103). Debemos, entonces, hablar de “medida o providencia cautelar” en cuanto esta implica prevención en y para el proceso, y dejar a un lado el adjetivo más genérico “preventivo” para lo que se garantiza fuera del proceso, en ámbito sustantivo, si queremos lograr una precisión conceptual en el tema que tratamos. Por otra parte, si analizamos los vocablos “innominada” (no nombrada), “indeterminada” (no definida o fijada), “no especificada” (explicada sin individualidad) y “genérica” (común a muchas especies), encontramos que no tocan el *quid* del asunto, pues si bien es cierto que las medidas o providencias cautelares que estudiamos, en principio, no se nombran en específico ni se definen en la ley, y por ello, no resultan individualizadas conformado un género dentro del cual se

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

nos presenta en la realidad con una función netamente cautelar, se generará la ausencia de tipicidad de los medios utilizados, mas no de los presupuestos de la medida que sí se encuentran previstos en el párrafo primero del art. 588 CPC, al no adecuarse la práctica del poder cautelar a un tipo legal, calificándose la medida como atípica pues no responde a la característica específica de la tipicidad exigida por la ley para cada uno de los supuestos que de manera expresa determina.

Es nuestra opinión, en definitiva, que el término adecuado para referirse a la institución en estudio es el de “medida o providencia cautelar atípica” por los argumentos anteriormente explanados, y a pesar de que la atipicidad en el caso específico es relativa por referirse al contenido de las medidas u operaciones materiales o jurídicas y no a los presupuestos de las mismas, por lo que disintimos de ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 368) quien adopta como preferente la denominación “medidas cautelares innominadas” y no la de “atípicas” pues, a pesar de que reconoce que la primera expresión no refiere los elementos esenciales del fenómeno, considera que la denominación de “atípicas” se aleja aún más al entender que la palabra alude a circunstancias no propias, no cualificadas en determinada categoría, alegato que no consideramos de peso en virtud de los razonamientos expuestos. Además, como sostiene MONROY PALACIOS (*Ob. Cit.* p. 210-211), el término “innominado” no sólo abarca a las cautelares no previstas por el ordenamiento, sino igualmente a aquellas providencias a las que se hace referencia de manera indirecta o no expresa, las cuales, al ser reguladas por el ordenamiento jurídico, resultan típicas y no requieren entonces del poder general de cautela.

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

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

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

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

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



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

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

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

## 1. ANTECEDENTE LEGISLATIVO INMEDIATO

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

El elemento diferenciador, derivado de una interpretación estrictamente literal, estriba en que no sólo nuestro precepto tiene por fuente inmediata los arts. 798 y 799 del *Código de Processo Civil* de Brasil, sino también la redacción original del art. 399 del *Código de Processo Civil* portugués de 1961, por lo que, entonces, tiene por fuente mediata el poder general de cautela a favor del juez civil contenido en el Título IX ("*Dei provvedimenti cautelari*", arts. 324-335) del Libro II del *Progetto di Codice di Procedura Civile* presentado en 1926 por Francesco Carnelutti<sup>117</sup>.

---

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

En definitiva, la referencia en realidad es indirecta respecto al sistema procesal italiano, más no con relación al *Codice di Procedura Civile* de 1.942 sino, como hemos señalado, con el *Progetto del Codice di Procedura Civile* presentado por

Haciendo un análisis comparativo de nuestra norma respecto de aquellas que le son más cercanas, se observa que el párrafo primero del art. 588 supera: i) la redacción del art. 700 del código procesal italiano, legislación base para la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1987, pues no exige la “irreparabilidad” del perjuicio, cuya interpretación literal haría inejecutable el poder cautelar general<sup>118</sup>; ii) también la redacción de los arts. 798 y 799 Código de rito brasileño y 242 costarricense, primero, porque al igual que los artículos 405 y 399 de los códigos procesales portugueses de 1939 y 1967, habla de “lesiones graves o de difícil reparación” y no de “lesión grave y de difícil reparación” como lo hace la normativa brasileña; segundo, porque sólo prevé que “el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos”, sin mencionar de modo expreso algún tipo de medida, lo que evita una restricción taxativa de las providencias; tercero, la intención de

---

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

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

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

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

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

## 2. Importancia y justificación

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

A su vez, el establecimiento, bien por vía legislativa o bien jurisprudencial, de un poder cautelar general para los órganos jurisdiccionales, se justifica dentro de la función cautelar, como bien enseña Podetti<sup>121</sup>, porque cumple con:

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

Dentro de un sistema cautelar mixto como el venezolano se justifica la existencia del poder general cautelar del juez pues, como señala el jurista brasileño Vicente GRECO FILHO ("Notas sobre medidas cautelares e provimento definitivo". En: *Justitia*. Sao Paulo. 46 (125). Abril - junio 1984. p. 87), no podría el legislador prever todas las hipótesis en que los bienes jurídicos envueltos en un proceso estén en peligro de daño y mucho menos prever todas las medidas posibles para evitar que ese daño ocurra.

De modo tal, pues, que como ha explicado la Sala de Casación Civil de nuestro máximo Tribunal en auto del 25 de mayo de 1988 (*Apud*. PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1988. N° 5. p. 199), "... la justificación doctrinal de esta nueva Institución encuentra amplísimas explicaciones en procesalistas eminentes, como Víctor Fairén Guillen, para quien se trata de colmar las lagunas que forzosamente se abren en toda regulación de los procesos y medidas cautelares, dada la imposibilidad de prever toda la casuística que la vida ofrece".

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

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

cual, como enseña Candido Rangel Dinamarco<sup>123</sup>, no va más allá de la descripción de los actos procesales, de las exigencias formales que los condicionan, de las articulaciones entre ellos y de las consecuencias por los desvíos que se hubieren realizado, vale decir, en palabras de Augusto Morello<sup>124</sup>, sólo le basta el análisis de la esencia y funcionamiento mecánico de las reglas de procedimiento.

Somos del criterio de fundamentar la importancia y justificación de un poder atípico de cautela dentro de un sistema cautelar mixto como el venezolano, sobre la ingente necesidad de colmar la laguna de una más adecuada tutela tanto de aquellos supuestos de hecho que, si bien pueden ser acautelados mediante la función cautelar específica, pudieran ser objeto de un servicio de justicia más eficaz por vía de la función cautelar genérica; como de los denominados “casos marginales”, los cuales son definidos por el ilustre procesalista italiano Virgilio Andrioli<sup>125</sup> como aquellos casos cuyas características, por no entrar en el “*id quod plerumque accidit*” (lo que generalmente sucede), no son necesariamente comprendidos en el esquema de la *fattispecie* abstracta prevista en la norma, y en consecuencia –agregamos–, al no poder el legislador prever

---

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

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

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

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

---

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

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

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

### 3. Finalidad

Se sostiene<sup>128</sup> que las medidas cautelares atípicas no tienen por finalidad garantizar o asegurar sobre los bienes del deudor el proceso de ejecución del fallo, sino lograr, a manera de fin mediato, asegurar la efectividad del proceso, mientras éste dure, por vía de la satisfacción anticipada y útil de los derechos mismos que han sido desconocidos o violados, y a objeto de -he aquí la finalidad inmediata- lograr preservar o reestablecer la situación jurídica discutida, o simplemente evitar o eliminar durante el *iter* procesal los perjuicios que puedan ser causados por conductas lesivas de cualquiera de las partes, a través de un mandato judicial de hacer o de no hacer, para que la sentencia que se dicte resulte adecuada a aquella situación, evitándose así su inoficiosidad.

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

---

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

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



la subsidiariedad de las innominadas, sostuvo "(...) que carece de todo sentido la afirmación de que las medidas innominadas no pueden tener por objeto el aseguramiento de bienes cuando (...) el decreto y la ejecución de la medida se condiciona a la ineficacia que en el proceso puedan tener las medidas de embargo, secuestro o prohibición de enajenar y gravar (...)." <sup>130</sup> Por otra parte, no compartimos la afirmación de Ortiz conforme a la cual las medidas cautelares atípicas sólo versan sobre las conductas de las partes<sup>131</sup>, pues si bien el parágrafo segundo del artículo 588 del Código adjetivo expresa "(...) En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos (...)", y conforme a una interpretación literal del precepto podría entenderse que se limitan a regular directamente conductas de las partes, la misma norma también expresa "(...) y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión", por lo que se traspasa con tal redacción el ámbito limitado de las conductas de las partes y se debe entender que el juez posee en este campo un poder discrecional al momento de adoptar un tipo de medida cautelar específico.

#### 4. Definición

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

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

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

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

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

---

carácter del peligro que lo amenaza y las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica, forma el juez según su criterio discrecional, por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias dañosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de dicho interés, y en consecuencia, de los efectos obligatorios o ejecutivos, de la decisión sobre el mérito, si ésta ha declarado cierta la existencia del interés protegido por el derecho objetivo, afirmado existente por el solicitante<sup>7</sup>.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

actualiza o realiza el juez, entonces, a través de la adopción de esta clase de medidas o providencias cautelares<sup>133</sup>.

- 133 ¿Cómo ha sido definido en la doctrina el poder cautelar general del Juez? Por ejemplo, CALAMANDREI (*Ob. Cit.* p. 65) lo definía como aquel poder "... confiado al juez fuera de los institutos singulares (...), y en virtud del cual el juez puede siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso". Asimismo, el egregio jurista REDENTI (*Ob. Cit.* p. 284) nos dice que es "... la posibilidad de obtener providencias de carácter preventivo - cautelar, dejando en cada caso al juez, no sólo el valorar las razones de su oportunidad y urgencia, sino también el formar su contenido, como anticipo de lo que podrá después ser el posible o probable contenido de una futura providencia de fondo". También Luigi MONTESANO (*Apud.* PROTO PISANI, Andrea. *Ob. Cit.* p. 376) ha tenido oportunidad de definir el llamado poder general de cautela como el conferido a la autoridad judicial, para adoptar, caso por caso, las medidas que considere más oportunas a fin de asegurar el mejor resultado del proceso (de conocimiento y ejecutivo) y sobretodo para evitar que el tiempo de producción de la tutela jurisdiccional no frustre en concreto su efectividad y utilidad. Por su parte, FAIRÉN (*Ob. Cit.* p. 927) nos dice que la potestad cautelar general concedida a los jueces consiste en "... la introducción en un Código de una norma general que les dé posibilidades de adoptar medidas cautelares innominadas apriorísticamente, por específicamente adecuadas a una situación, a una persona u objeto y a un resultado concretos "
- El magistrado brasileño Sydney SANCHES ("Poder cautelar geral do juiz". En: *Revista curso de direito Universidade Federal Uberlandia*. Dir: Jay de Assis y Dinah Fernandes de Carvalho. Volume 18. Nos 1,2. 1989. p. 82) entiende que es aquella jurisdicción que ejerce el juez, cautelando el probable derecho de una parte, con medidas no previstas específicamente sino admitidas genérica o abstractamente por el Código. Para QUINTERO (*El poder cautelar general en Venezuela*. Caracas. Ed. La torre. s/ f p. 10) el poder de tutela genérico es aquel "... que faculta al juez para dictar, cada vez que se produzca un peligro de daño jurídico derivado del retardo en el pronunciamiento de la providencia definitiva, las medidas cautelares que estime más aptas para obviarlo".
- ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 280) dice que es una función otorgada a los órganos jurisdiccionales en el proceso mediante el cual, las partes pueden pedir y el juez acordar, con relación al material fáctico *subjudice*, las medidas innominadas para evitar una situación de daño o de peligro, o para evitar la continuidad del mismo, pudiendo las partes suplir el silencio de la Ley en cuanto al contenido de la providencia y el juez evaluar la pertinencia o adecuación de las mismas. El mismo autor estima (*Ibidem.* p. 353) que el poder jurisdiccional mencionado es "cautelar" por cuanto está destinado fundamentalmente a que no quede ilusoria la ejecución del fallo y a evitar un daño inminente de una de las partes contra la otra; y es "general" en tanto las reglas del CPC se aplican a todos los procesos en los cuales

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

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

---

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

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

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

cautelares.<sup>135</sup> Lamentamos no compartir la opinión de este brillante jurista. Ya hemos constatado que la norma venezolana se basa de manera mediata en el art. 324 del *Progetto Carnelutti* de 1926, el cual es considerado por autorizadísima doctrina italiana como un ejemplo de introducción de una cláusula cautelar general<sup>136</sup>, y que, por otra parte, supera en contenido a los arts. 798 y 799 brasileños y al art. 700 italiano, básicamente porque en su redacción no se establecen límites, fuera de los ordinariamente exigidos, a la admisibilidad de la tutela cautelar atípica. Aunado a esto, el

---

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

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

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

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

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

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

art. 26 de la Constitución venezolana de 1999 garantiza a toda persona, en sede judicial, la tutela efectiva de sus derechos e intereses mediante una justicia, entre otros atributos, idónea y expedita, sin dilaciones indebidas, de modo tal que se le permita al justiciable el obtener con prontitud la decisión correspondiente. A mayor abundamiento, al sustentarse el instituto en estudio en la aplicación del método del proceso civil de resultados, bien sea, como expresa Spota<sup>137</sup>, por una mera extensión del sentido gramatical, sea por una necesidad de lógica jurídica, sea por razones de equidad o porque lo exige el elemento social inherente a toda norma jurídica, en última instancia, se justifica y debe legitimarse el recurso a una interpretación extensiva del precepto, tal y como lo entendió nuestro Supremo Tribunal de Justicia, actuando como Corte en pleno, en sentencia de 15 de enero de 1995<sup>138</sup>:

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

Por todo lo anterior, consideramos que, por lo que corresponde a nuestro país, puede mantenerse la tesis de un poder cautelar general para el juez civil derivado del párrafo primero del art. 588 del código de Procedimiento Civil<sup>139</sup>, por cuanto debe entenderse que el verdadero

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

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

139 Según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2.000 (Caso Dominga Bracho y otros en amparo) en la cual actuó como ponente el Magistrado José Manuel Delgado Ocando, “... la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas, supone el ejercicio del poder cautelar general que asiste a todos los jueces de la República, y que se dirige al eficaz aseguramiento y prevención de los presuntos derechos deducidos en juicio por las partes, tanto si se solicitan en la fase de cognición como en la de ejecución...”

sustento de la potestad cautelar del Juez es, hoy en día, la preeminencia en el derecho procesal moderno del principio de lo preventivo sobre lo reparador<sup>140</sup>, de modo tal que, como lo expresara el Maestro Humberto J. La Roche en voto salvado a una sentencia de la Sala Político Administrativa del 3 de julio de 1996 (caso Asociación de Productores de Cerdos Zuata), estamos asistiendo a una “etapa universal de desarrollo de los poderes cautelares del Juez en el proceso, como indispensable garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.”<sup>141</sup>

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

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

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

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



## 5. Características

Duque Corredor<sup>142</sup> estima que la característica<sup>143</sup> de las medidas cautelares, tanto típicas como atípicas, es que “las decretara el Juez, solo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo “ (art. 585 del Código de Procedimiento Civil), de lo cual se deduce que su finalidad es la de asegurar la eficacia de la sentencia que llegue a dictarse en un proceso pendiente. Por su parte, la Casación Civil, en sentencia del 8 de abril de 1999<sup>144</sup>, actuando como Tribunal Constitucional, tuvo oportunidad de establecer una vez mas que las medidas preventivas se caracterizan por:

---

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

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

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

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

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

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

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

E.- Protegen cualquier tipo de pretensión.

F.- Pueden ser anticipatorias del fallo definitivo.

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

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

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

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

5.1. *Anticipación de la garantía.* Como explica Angel Landoni Sosa<sup>145</sup>, la medida cautelar procura anticipar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva, con la finalidad de prevenir el daño que podría derivarse del retardo en el pronunciamiento sobre el fondo. En otras palabras, las medidas cautelares constituyen uno de los actos que comportan la “idea” cautelar en tanto configuran la anticipación substitutiva y provisoria de un momento procesal hipotético, o de las condiciones que lo hagan posible, a los efectos de evitar su imposibilidad o mayor dificultad en un momento futuro, frustrando legítimas expectativas, en razón del peligro en la demora de su producción.<sup>146</sup>

---

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

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

5.2. *Jurisdiccionalidad*. Expresa la doctrina<sup>147</sup> cuando el Estado se reserva el poder de resolver los conflictos entre los particulares, ejecuta una función propiamente jurisdiccional. Debe inferirse, entonces, que toda actividad que está destinada a garantizar esa función, como las medidas preventivas o cautelares, debe enmarcarse dentro de esa misma potestad, vale decir, que las medidas cautelares son necesariamente jurisdiccionales. Entendemos que la jurisdiccionalidad aparece como consecuencia, y así lo establece el propio ordenamiento jurídico venezolano (art. 588, *caput*), el que las medidas cautelares deben ser dictadas por el órgano judicial “en cualquier estado y grado de la causa”, pero bajo el entendido que lo esencial para las mismas es la propia cualidad jurisdiccional, siendo el hecho de que puedan ser dictadas dentro del desarrollo del proceso de cognición, una ratificación y a la vez concretización de tal condición, característica a la que sin embargo Ortiz<sup>148</sup> otorga preponderancia principal. En razón de la jurisdiccionalidad, advierte Rondón<sup>149</sup>, las medidas cautelares no son susceptibles de aplicación, bajo los términos enunciados en el Código adjetivo civil, en el campo del procedimiento administrativo, a excepción de que una disposición expresa de Ley faculte a la Administración para aplicarlas, verbigracia, cuando se dilucidan intereses contrapuestos de los particulares o en caso de procedimientos vinculados a los intereses fundamentales del Estado y la colectividad (interés público, orden público).

5.3. *Instrumentalidad o accesoriedad*. Es definida por la doctrina como la “(...) relación de servicio que vincula a toda cautela con un proceso principal, de tal modo que no es fin en sí misma sino medio para garantizar la efectividad de los resultados de ese proceso (...)”<sup>150</sup>, encontrándose prevista en nuestro Código de Procedimiento Civil, cuando señala que las medidas preventivas establecidas en el título respectivo “las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (...)”. Luego, argumenta con lógica Ortiz<sup>151</sup>, si no existe una decisión judicial de la cual se tema que quede ilusorio su contenido, no podrá decretarse una medida preventiva; de lo cual se

---

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

148 *Ibidem.* p. 493-494.

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

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

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

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

Duque Corredor<sup>153</sup>, quien sigue a Calderón<sup>154</sup>, resume en cuatro las implicaciones del carácter instrumental de las medidas o providencias cautelares: i) Su subsistencia se encuentra vinculada a un proceso pendiente o por iniciarse; ii) Se extinguen al finalizar el proceso principal, bien porque no se consideran necesarias o ya porque, tratándose de condenas, pueden ser sustituidas por otras medidas ejecutivas dentro del procedimiento de ejecución de sentencias (arts. 526 y 527 del Código de Procedimiento Civil); iii) Su duración es temporal por estar supeditadas al proceso principal<sup>155</sup>; iv) Deben adecuarse al posible contenido de la sentencia.

---

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

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

154 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 35-36.

155 La sentencia N° 528 de la Sala Político-Administrativa del 1 de agosto de 1996 nos dice al respecto: "...la naturaleza jurídica de toda medida cautelar la hace depender necesariamente de la suerte de la causa principal; de manera que, si en un caso concreto como el de autos, la acción es declarada inadmisibile, aquélla deja de surtir efectos legales y es a ello a lo que se refirió el Juzgado de Sustanciación al estimar que, en relación al pedimento de revocatoria de la referida medida cautelar, resultaba '...inoficioso pronunciarse al efecto, en vista de la decisión adoptada...' "Pero, como quiera que existe una decisión judicial por la cual fue decretada la medida cautelar en cuestión, esta Sala considera necesario su revocatoria expresa y así se decide" (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. Agosto 1996. p. 269-270).

5.4. *Provisionalidad y urgencia.* Las medidas cautelares son provisionales, por una parte, como asienta Landoni Sosa, pues se decretan mediante un conocimiento sumario que además es unilateral<sup>156</sup>, y por la otra parte, según entiende Calderón, en cuanto resultan en esencia situaciones temporales cuya duración está limitada, por su vinculación con el proceso principal, a la resolución definitiva del litigio, o a su no-iniciación, por lo que bajo ningún supuesto pueden considerarse como situaciones perdurables, no obstante predicarse su variabilidad<sup>157</sup>. De hecho, explica Fairén, si en un momento procesal determinado del proceso principal, desaparece el *fumus boni iuris* "(...) la medida cautelar adoptada según aquél, puede y aun debe desaparecer; sin perjuicio de que, si torna a surgir en el proceso principal, aquél 'fumus boni iuris' torna a aparecer la medida cautelar (u otra más adecuada)." <sup>158</sup> Por su parte, la urgencia se entiende una característica fundamental del sistema de medidas cautelares que, según Henríquez La Roche<sup>159</sup>, se justifica frente al temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo por el peligro de retardo de la administración de justicia y que presenta dos manifestaciones: una atiende a la simplicidad de las formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo; y otra, a la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución.

5.5. *Dispositividad y flexibilidad o variabilidad.* En materia de medidas cautelares, expone Ortiz, rige el principio dispositivo, y la discrecionalidad del Juez en esta materia se agota en la determinación de la adecuación, pertinencia y el análisis de los presupuestos, pudiendo actuar sólo de oficio cuando una norma expresa lo establezca o cuando esté interesado el orden público, pues en la materia están involucrados son los derechos de las partes y se afectan intereses individuales<sup>160</sup>. Por lo que toca a la flexibilidad o variabilidad de la función cautelar, enseña Fairén, que procede la aplicación del principio *Rebus sic stantibus*; si resulta alterado "el estado de las cosas", pues por la natural dinámica

---

156 LANDONI SOSA, Angel. *Ob. Cit.* p. 325.

157 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 34.

158 FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona. Ed. Bosch. 1990. p. 47.

159 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 294.

160 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 512-515.

evolutiva del proceso declarativo o ejecutivo, "(...) el cautelar, a su vez debe evolucionar: de ahí que se haya dicho que 'las medidas cautelares no surten efectos de cosa juzgada', cuando sí la surten, pero limitada a 'aquel estado de cosas que no ha dejado de existir', pasándose a otro y a otra medida o a una mayor o menor intensidad –las adecuadas– de la anterior" <sup>161</sup>.

Respecto de la novedad que justifica la variabilidad o flexibilidad de la medida cautelar, Calderón indica: i) en cuanto a su momento, se excluyen tanto las cuestiones deducidas, como las que pudieron deducirse en el transcurso del proceso; pero sí será posible otorgar el carácter de nuevo a aquellas circunstancias cuya invocación hubiera sido realmente imposible; ii) en cuanto a su objeto, los hechos afirmados y cualquier otro dato apto para influir en el sentido de la resolución que pretende lograrse, cuya utilización no fue posible en el proceso cautelar por imposibilidad de acceso a los medios de acreditamiento; iii) en cuanto a la calidad de la novedad, la doctrina se inclina únicamente por admitir la iniciación de un nuevo proceso cuando la modificación producida tiene carácter esencial, vale decir, si influye de manera relevante en la decisión que pueda adoptar el órgano jurisdiccional.<sup>162</sup>

5.6. *Adecuación*. Se asevera, principalmente en un sector de la doctrina española, el cual es seguido en Venezuela por Ortiz<sup>163</sup>, que, como toda medida cautelar está íntimamente preordenada a la ejecución, debe existir una homogeneidad entre el contenido de la medida cautelar decretada y la relación sustancial debatida en el proceso principal, para que aquella pueda ejecutarse sobre el contenido de éste; pero tal relación no puede comportar una identidad pues estaríamos en presencia de una ejecución anticipada de la sentencia que podría hacer inejecutable la decisión definitiva en caso de que sea adversa a quien salió favorecido con la medida cautelar de que se trate.

Calderón resume las principales consecuencias de tal postura, enunciadas en sentido negativo por la doctrina española: Primero, la exclusión de protección cautelar a todas aquellas sentencias cuyos

---

161 FAIREN GUILLEN, Víctor. *Ob. Cit.* p. 47.

162 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 266-269.

163 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 476.

pronunciamientos no sean de condena, como las pretensiones meramente declarativas o constitutivas, pues su preordenación a la ejecución impedirá garantizar su efectividad; segundo, si la medida cautelar debe revestir cualitativamente las mismas características que la medida ejecutiva, sólo podrán concederse aquellas que sin coincidir vayan destinadas a hacer posible la ejecución y, consecuentemente, dada la deficiente regulación legal en esta materia, el contenido de la cautela se verá notablemente reducido.<sup>164</sup> No obstante, Calderón<sup>165</sup> no se adhiere a la tesis de la homogeneidad pero no-identidad de las medidas cautelares respecto de la ejecución forzosa, con base al argumento de que el error inicial de tal óptica viene referido a que la propia preordenación de las medidas cautelares respecto a la ejecución se verifica sin una base normativa cierta y en consideración al mero aseguramiento del estado de hecho o *statu quo* inicial, impidiendo aquellos cambios que pudieran frustrar el resultado práctico del proceso principal. *A contrario sensu*, esta autora considera que al hablar el legislador español de “asegurar la efectividad” de la sentencia, dicha efectividad puede garantizarse a través de una medida no simplemente parecida sino incluso idéntica en todo o en parte a la ejecutiva, para modificar e incluso innovar el mundo exterior con el fin de que la resolución despliegue toda su eficacia, con lo cual se estará dentro del cumplimiento estricto de la función encomendada, siempre y cuando se respeten a todo evento la concurrencia de los presupuestos y características exigidos por la Ley.<sup>166</sup>

---

164 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 60.

165 *Ibidem.* p. 61 y 71.

166 La propia autora (*Ibidem.* p. 71-73) menciona las ventajas de una interpretación como la que propugna con base a lo dispuesto por la legislación española: Por un lado, la no equiparación efectividad-ejecución elimina los problemas que se plantean en torno al aseguramiento de las pretensiones diversas a las de condena que se hacen valer en el proceso principal. Por otra parte, se permite también ampliar el campo de la tutela cautelar posibilitando en caso necesario la adopción de medidas de esa naturaleza en el proceso de ejecución. Además, no sólo la medida cautelar va a intentar evitar ese *periculum* clásico de infructuosidad, sino también el peligro de tardanza de la resolución principal, de manera tal que no sólo el aseguramiento va a ser factible, sino que la rotundidad de la norma para elegir aquella medida que sea necesaria para la efectividad de la sentencia, obligará en ciertos casos a permitir solicitudes no simplemente conservatorias, sino incluso satisfactivas.

En conclusión, si finalidad inherente a toda función cautelar es asegurar la efectividad del contenido sentencial, conduce a consecuencias ilógicas o inicuas limitar los efectos cautelares a una, valga la extrapolación, *capitis diminutio* frente a la probable decisión sobre el fondo, ya que por su propia naturaleza la amenaza de eventos dañosos en muchas ocasiones resulta más inminente y peligrosa durante el propio proceso, situación está que debe controlar la función cautelar, tanto es así que actualmente resulta permisible utilizar la técnica de la anticipación a fin de evitar la consumación del daño.

5.7. *Autonomía e independencia procedimental.* Se ha explicado<sup>167</sup> que las medidas cautelares atípicas tienen una autonomía relativa, pues resultan autónomas en relación con el proceso principal en lo que respecta a los trámites procedimentales, mas son dependientes e instrumentales del proceso principal en cuanto a su procedencia, por garantizar las resultas del mismo, pero no en lo que toca a su existencia. Tal afirmación encuentra fundamento, según explica el mismo autor, en varias razones: i) Las medidas cautelares pueden decretarse en cualquier estado y grado del proceso hasta tanto se produzca sentencia definitivamente firme, lo cual implica que no depende de ningún trámite previo –dentro del proceso– para hacer procedente dichas medidas; ii) Constituyen un procedimiento con sus propios trámites, se inicia con una solicitud motivada y al cual deben acompañarse elementos probatorios suficientes (art. 585 del Código de Procedimiento Civil), existe una valoración preliminar del juez en cuanto a las pruebas y el decreto de la medida debe hacerse el mismo día en que se haga la solicitud (art. 601 *eiusdem*), luego del decreto y la ejecución se abre automáticamente una articulación probatoria (art. 602 *eiusdem*) y luego, una decisión del juez contra la cual se concede apelación (art. 603 *eiusdem*); iii) Si sentenciada la causa, no se hubiere decidido todavía la articulación pendiente sobre las medidas decretadas, el Tribunal ante quien se haya promovido continuará conociendo de ella, aunque se haya admitido apelación en ambos efectos o recurso de casación contra la sentencia definitiva (art. 606 *eiusdem*), ello se explica pues la sentencia de fondo aún no ha adquirido el carácter de definitiva; iv) Es procedente el recurso de casación frente a las mismas,

---

167 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 458 y 471.



ya que la sentencia definitiva del juicio principal no podría reparar algún gravamen que se le cause a alguna de las partes, con lo cual se garantiza la igualdad de las partes en el proceso; v) La tramitación de la medida cautelar no prejuzga sobre el contenido definitivo o de fondo; en el sentido de que no cabe en modo alguno recusación contra el juez que acordó la medida, y menos aún impide la continuación del juicio principal (art. 604 *eiusdem*).<sup>168</sup>

## 6. Clases de medidas

En lo que toca a las conductas que puede autorizar o prohibir el Juez<sup>169</sup>, según el criterio de Ortiz se perfilan dos situaciones: en la primera, cuando exista riesgo de daño inminente el juez puede autorizar o prohibir

---

168 *Ibidem*. p. 458-459.

169 ¿De que manera se determina el tipo de medida a decretar en el derecho comparado? Encontramos el denominado "balance de conveniencia", *test* generalmente aplicado por los tribunales ingleses cuando consideran la posibilidad de otorgar una *interlocutory injunction*, y el cual es básicamente el contenido en *American Cyanamid Co. vs Ethicon Ltd.*, sobre el cual nos comenta DEL GUAYO (*Ob. Cit.* p. 87): "En general, si una eventual indemnización por daños compensaría adecuadamente al demandante, entonces no se otorgará la *injunction*. Del mismo modo, si los daños que el demandado sufriría a consecuencia del otorgamiento de la *injunction* pudieran ser adecuadamente compensados por una indemnización posterior, entonces hay argumentos poderosos para el otorgamiento de aquélla. Hay, además, otros elementos a considerar, tales como el mantenimiento del status quo y, excepcionalmente, la firmeza que, a primera vista, tienen los argumentos esgrimidos a su favor por las partes (éste es el llamado *strong prima facie case test*; entre nosotros ha hecho fortuna el aforismo latino *fumus boni iuris*) (...)." Ya dentro del Derecho continental, podemos mencionar los comentarios realizados por Carlos FERNANDEZ NOVOA (*Derecho de marcas*. Madrid. Ed. Montecorvo. 1990. p. 197-198), quien a pesar de hacer referencia a la materia específica del derecho marcario, apunta algunos factores generales en cuya consideración puede inspirarse el arbitrio equitativo del Juez para fundamentar la decisión judicial acerca de la procedencia de adoptar las medidas cautelares solicitadas por el titular de la marca registrada. En primer lugar, la circunstancia de que la usurpación de la marca del demandante por el demandado no ofrezca dudas razonables, *exempli gratia*, cuando el presunto infractor usa una marca idéntica o cuasi-idéntica a la del pretensor para designar productos o servicios idénticos o similares. En segundo lugar, el dato de que una continuada usurpación de la marca por parte del demandado puede traer consigo el eventual inicio de usurpaciones posteriores por parte de terceros. En tercer lugar, el hecho de que el demandado es insolvente o no dispone

la realización de determinados actos (sólo obligaciones de hacer o no hacer); y, en un segundo aspecto, cuando la lesión sea continua “puede adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”, es decir, obligaciones de hacer, o no hacer, y eventualmente obligaciones de dar, la cual sólo podría recaer sobre muebles. Ortiz también se pregunta: en los casos de un peligro inminente de daño, ¿podrá el juez ordenar la realización de obligaciones de dar? (Vgr. la entrega de equipos o bienes al solicitante de la medida); esto es, ¿podrá dictar las providencias que considera necesarias para evitar no ya la continuidad de la lesión sino la realización de la lesión?<sup>170</sup>

Nosotros sostenemos que, en primer lugar, el principio general del párrafo primero del art. 588 es el de que el “Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas”; en segundo lugar, que las concretizaciones subsiguientes a tal principio son meras enunciaciones realizadas a título indicativo con la finalidad de ilustrar al órgano jurisdiccional (aplicación expansiva que se genera por virtud de la aplicación del principio del acceso a la justicia, contenido en el art. 26 de la Constitución de 1.999, y que tiene sus antecedentes en la interpretación efectuada en su caso por la doctrina y jurisprudencia brasileña); y, en tercer lugar, que para evitar el daño, el Tribunal podrá “autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos”<sup>171</sup>, expresión dentro de la que quedan incluidas, tanto las conductas de hacer y de no

---

de medios económicos suficientes para satisfacer al demandante la futura indemnización.

También menciona el autor español algunos factores que pueden repercutir de manera negativa en la solicitud de adopción de medidas cautelares, fundamentalmente la situación competitiva entre demandante y demandado en el mercado de que se trate, o bien la dimensión de la empresa del demandado y el impacto de su actividad sobre la cifra de ventas del demandante, pues cuanto menos significativa sea esta, menor será la posibilidad de un eventual daño irreparable que justifique la adopción de medidas cautelares.

170 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 288.

171 Por ejemplo, la extinta Corte Suprema de Justicia admitió que a través de una medida cautelar innominada sea decretada la inaplicación de un acto normativo a la situación jurídica concreta de una de las partes. Muestra de tal tendencia lo constituyen las sentencias de la Corte en Pleno de fechas 12 de febrero de 1998 (caso Enrique Yéspica Allup), 16 de junio de 1998 (caso Leongines Arellano Barrientos y otros), 13 de junio de 1.999 (caso de la Asociación Nacional de Propietarios de Embarcaciones bajo Régimen de Puerto Libre de Nueva Esparta), ratificada

hacer, como las de dar, porque dentro del vocablo "acto", en el contexto del referido precepto, se debe entender todo suceso o acontecimiento realizado (o en este caso realizable) por la voluntad del hombre, de inherente carácter lícito por facultar su ejecución el órgano jurisdiccional, sin que le sea dable al interprete hacer distinciones, cuando no las ha hecho el legislador.

Además, aunque refiriéndose a la ejecución de sentencias, Alcalá-Zamora hace un comentario que consideramos extrapolable al instituto cautelar genérico: cuando se asocian y contraponen las resoluciones consistentes en hacer y no hacer, se debe diferenciar en el primer sector entre las de hacer propiamente tales, las cuales se traducen en una actividad constructiva, y las de deshacer, que se ejecutan mediante una

---

posteriormente en decisión proferida el 22 de diciembre de 1.999 (caso Compañía Occidental de Hidrocarburos, Inc. en nulidad y amparo); así como las sentencias de la Sala Política Administrativa en fallos de fecha 15 de noviembre de 1995 (caso Lucía Hernández) y del 13 de marzo de 1997 (caso Johnson & Johnson). En el fallo de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de junio de 1.999 (caso de la Asociación Nacional de Propietarios de Embarcaciones bajo Régimen de Puerto Libre de Nueva Esparta) se señaló al respecto: "... un acto de efectos generales no es susceptible como tal de la suspensión contemplada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ya que la medida rige sólo respecto a los actos de efectos particulares. Esta limitación es justificada, por cuanto la suspensión de un acto general tiene una transcendencia sobre toda la colectividad a la cual se destina y, en consecuencia, su eficacia no puede depender de la voluntad de un solo sujeto o de una pluralidad de sujetos cuyo interés puede ser contrario a l de los restantes destinatarios de la normativa. Expresado lo anterior, surge sin embargo la necesidad, respecto a los actos de efectos generales, de disponer de mecanismos que permitan la asunción de medidas que puedan impedir el llamado *periculum in mora*, es decir, el eventual daño que produciría el retardo natural de la decisión del organismo jurisdiccional. Es así como, al consagrar el legislador en la reforma del Código de Procedimiento Civil la posibilidad de las medidas cautelares innominadas, esto es, medidas que no obedecen a la clásica tipología normativa, sino que, han de ser dictadas en atención a las exigencias del caso específico, tal facultad fue trasladada de inmediato al campo del control de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos. Es por ello que puede afirmarse que está admitida la aplicación de las medidas cautelares innominadas en los procedimientos de los recursos contra actos de efectos generales, facultando así al organismo jurisdiccional para dictar una gama de disposiciones que van, desde la inaplicación a los recurrentes del acto normativo, hasta formular órdenes que prohíban o autoricen determinadas actuaciones u ordenen la ejecución de otras" (Ramírez & Garay, N° 156: 672-673).

actividad destructiva (demoler, suprimir, borrar, arrancar, extirpar, etcétera), ya que, a título ejemplificativo, una sentencia puede condenar a A) bien levantar un muro (hacer); B) bien no levantarlo (no hacer), o C) bien demoler el que se hubiese levantado indebidamente (deshacer), estando comprendido el derretimiento de una estatua en un establecimiento siderúrgico sub C mas no sub A<sup>172</sup>.

En lo concerniente a los tipos de medidas admisibles, compartimos la opinión de Duque Corredor<sup>173</sup> y Henríquez La Roche<sup>174</sup>, entre otros autores, quienes consideran que el precepto en estudio comprende tanto las medidas anticipatorias de aseguramiento y de conservación de los bienes para garantizar la ejecución de las sentencias, como las medidas anticipatorias<sup>175</sup> e innovativas de autorización o prohibición a las partes de realizar determinados actos o de incurrir en omisiones a los efectos de asegurar la efectividad de las sentencias tardías.<sup>176</sup>

---

172 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios procesales*. Madrid. Ed. Tecnos. 1975. p. 717-718.

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

174 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 334-343; HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *El arbitraje comercial en Venezuela*. Caracas. Centro de Arbitraje de Camara de Comercio de Caracas. 2000. p. 231-233.

175 En anterior oportunidad (URDANETA SANDOVAL, Carlos. "Revisión de la tesis sobre la procedencia de la protección posesoria interdictal de la marca en el derecho venezolano". En *Anuario Jurídico del Colegio de Abogados del Estado Mérida*. Mérida. Colegio de Abogados del Estado Mérida. 1996. N° 4. p. 168-173), hemos sostenido la presencia de la técnica de la anticipación tanto en el amparo constitucional como en los interdictos posesorios y, bajo ciertas circunstancias, en las medidas cautelares atípicas.

176 Conforme explica Ricardo REIMUNDIN (*Apud.* Jorge Walter PEYRANO, *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1981. p. 13) mediante el proceso cautelar conservativo "(...) se trata de conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal. En el proceso cautelar innovativo la técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica"

Somos de la opinión de que las medidas de prohibición de conducta pueden ser clasificadas de dos maneras: las de abstención, que se verifica cuando el hecho que produce el periculum in mora aun no se ha materializado, y las de cesación, la cual procede en el supuesto de que tal hecho ya se haya verificado y amenace con repetirse en el tiempo.

Dentro de esa misma amplitud en el contenido del poder discrecional, Sánchez Noguera<sup>177</sup> expone que al juez se le faculta para dictar cualquier medida de carácter patrimonial o no patrimonial, que estime adecuada a las circunstancias personales y objetivos de cada caso, y esto es así por la fórmula amplia empleada en el párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil que posibilita el órgano judicial a autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, sin mencionar de modo expreso algún tipo de medida<sup>178</sup>.

---

Por ejemplo, en materia de derecho marcario se habla de la *actio* de cesación (FERNANDEZ NOVOA. *Ob. Cit.* p. 192, 193 y 195), encaminada a prohibir el uso futuro de la marca infractora y cuya importancia estriba en que al ser el uso de la marca un acto continuo insertado en una actividad empresarial, es presumible la repetición de los actos de usurpación a futuro. Para su ejercicio se exige la concurrencia de una circunstancia objetiva, esto es, la violación del derecho de marca así como el riesgo de que la violación vaya a repetirse.

En cuanto a la violación del derecho del titular de la marca registrada, se dice que produce daños en muchos casos irreparables al no poder compensarse adecuadamente mediante una indemnización pecuniaria, como por ejemplo, si los productos del usurpador son de baja calidad, el goodwill de tal titular es objeto de daños permanentes los cuales no pueden ser fácilmente cuantificados. En cuanto al riesgo de repetición de la violación, su prueba no debe ser demasiado compleja si el demandado es un empresario, pues al desarrollar esta una actividad industrial o comercial con una continuidad potencialmente indefinida, se debe presumir la existencia del riesgo de repetición.

177 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Ob. Cit.* p. 87.

178 Conforme a ese poder discrecional, el juez puede adoptar medidas atípicas originarias (basadas en el párrafo primero del art. 588) o complementarias (sustentadas en la parte in fine del primer aparte del mismo precepto), según explica Mariolga QUINTERO ("Las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil". En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Servicio Gráfico Editorial. Enero - marzo 1986. Año 3 No 1. p. 178); conforme al tipo de bien tutelado, medidas que aseguren un derecho inalienable o que aseguren un derecho patrimonial (HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 74); medidas conservativas, como innovativas y hasta anticipativas (QUINTERO TIRADO, Mariolga. "Medidas innominadas". En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Ed Vadell Hermanos. Enero - junio 1990. No 7-1. p. 148); por sus efectos, medidas autorizatorias o prohibitivas de ejecución de determinados actos, u omisiones, o de eliminación de actos lesivos, bien sea conservativas, cuando para mantener inalterada la situación de hecho, el Juez autoriza la continuación de ciertos actos hasta el final del proceso, o bien asegurativas, en tanto consisten en la prohibición a alguna de las partes de que ejecuten determinados actos (DUQUE CORREDOR, Romás José.

Ahora bien, Zoppi<sup>179</sup>, seguido por Duque Corredor<sup>180</sup>, afirma que las providencias cautelares son medidas que no tienden a garantizar la ejecución del fallo sino a evitar o eliminar los daños producidos por conductas lesivas de cualquiera de las partes, principalmente mediante prohibiciones o autorizaciones, por lo que las engloba en el concepto “medida cautelar innovativa” para distinguirlas de las “medidas asegurativas o conservativas”<sup>181</sup>, vale decir, el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar, las cuales sí afectan la libre disponibilidad de bienes pues aseguran la ejecución del futuro fallo.<sup>182</sup> Critica Ortiz<sup>183</sup> la posición asumida por Zoppi en cuanto la medida innovativa, a la que éste autor también llama prohibición de innovar, pues no la considera equivalente a la medida innominada o genérica. El juez venezolano si bien puede ordenar no innovar, es decir, no modificar el status actual de los hechos o del derecho, hasta que sea dilucidado el derecho sustantivo previamente accionado; no puede retrotraer situaciones al estado anterior, ni paralizar obras –como sucede en la legislación argentina con la innovativa– pues se subvertiría el procedimiento interdictal. En todo caso, afirma que,

---

*Ob. Cit.* p. 156); medidas en las acciones de condena y también en las acciones mero declarativas o de mera certeza (*Ibidem.* p. 140), pues las medidas cautelares no se encuentran al servicio únicamente de las sentencias de ejecución, sino también de las sentencias constitutivas, o mero declarativas (DUQUE, 1999: 147).

179 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 34-35.

180 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 153.

181 Si ZOPPI (*Ob. Cit.* p. 34-35) ha sostenido en el sentido indicado que son innovativas mas no conservativas, Simón JIMÉNEZ SALAS (*Las medidas cautelares en la legislación venezolana*. Caracas. Ed. Paredes. 1986. p. 220) piensa que las medidas atípicas bajo análisis son asegurativas y conservativas entendiendo por tales “...aquellas que se decretan con la finalidad de mantener los bienes, las cosas o el status quo de ellas, en su estado original, como garantía de su entrega a quien resulte vencedor en una litis...”.

182 La interpretación de ZOPPI tal vez provenga de aquel criterio según el cual el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa consiste en que la situación (de hecho o de derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un “daño irreparable” al pretensor (PEYRANO, 1981: 27), concepto de cierta similitud aunque no idéntico al exigido como *periculum in mora* específico por el parágrafo primero del art. 588 del CPC.

183 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 368; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. “Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 39-40.

tomando como prohibición de innovar a la medida innovativa, esta sólo sería una especie del género medida cautelar genérica o innominada.

Nosotros, si bien aceptamos *prima facie* la observación de Ortiz en lo que respecta a la relación género-especie, pensamos que la redacción de la norma en estudio no impide que, si el resultado del proceso principal resulta comprometido desde el comienzo, pueda disponerse determinada modificación en el estado fáctico o jurídico, sea retrotrayéndolo a un estado anterior o estableciendo uno nuevo<sup>184</sup> ya que el juez puede autorizar la ejecución de dicha actuación para hacer cesar la continuidad de la lesión, sin subvertir el procedimiento interdictal que, además de constituir una acción preventiva provisoria y no una medida cautelar, tiene un ámbito de aplicación restringido e incluso un límite temporal de caducidad para su ejercicio.

Desde otro ángulo ¿Serán procedentes las medidas atípicas en procesos cuya sentencia definitiva sea diversa a la de condena? En general, estamos de acuerdo con las consideraciones hechas por Ortiz en este punto, para quien procede la tutela cautelar atípica en los supuestos de pretensiones declarativa y constitutivas, pues, como bien expresa Calderón<sup>185</sup>, en las pretensiones meramente declarativas, en cuanto se dirigen a declarar existente o inexistente una cierta relación jurídica, bien pueden ser puestas en peligro con el desenvolvimiento de conductas diversas que produzcan confusión sobre la legitimidad o ilegitimidad del derecho pretendido, mientras que en las pretensiones constitutivas, en tanto se pretende un cambio jurídico, constitución, modificación o extinción de una relación, se ven con más intensidad la necesidad de tutela cautelar pues, en caso contrario, podría frustrarse la realización de aquel cambio pretendido y así declarado en la sentencia. No obstante, en lo que toca a los casos de jurisdicción voluntaria, a los cuales Ortiz niega la cautela innominada por inexistencia de contradicción, debemos recordar, con Venturini<sup>186</sup>, que los procesos voluntarios pueden ser “aquietescentes”, cuando son conformados sin la integración obstativa de alguna contraparte o tercero, o en todo caso sin el consentimiento de

---

184 PALACIO, Lino Enrique. *Ob. Cit.* Tomo VIII. p. 179.

185 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 125-126.

186 VENTURINI, Ali José. *Aspectos adjetivos y sustantivos del derecho agrario.* Anotaciones y compilaciones. Valencia. Universidad de Carabobo. 1995. p. 33.

estos; y “contradicientes” o contradictorios, cuando se verifica la integración de una contraparte o tercero el cual obsta en forma real o virtual la acción voluntaria incoada, por lo que en estos últimos supuestos, al ser inminente la posibilidad de una lesión a una determinada situación jurídica, debe precaverse tal amenaza, entre otros recursos, mediante las medidas atípicas.

## **7. Semejanzas y diferencias con otros institutos**

La doctrina ha establecido los elementos diferenciadores de las providencias cautelares atípicas del párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil en relación con otros institutos.

7.1. *Garantías jurídico-materiales.* Explica Calderón que las garantías jurídico-materiales, como la fianza, prenda, hipoteca, son, al igual que las medidas cautelares, instituciones accesorias dirigidas a asegurar la efectividad de aquellas otras, lógicamente principales, de las que dependen. Sin embargo, la diferencia básica estriba en que las medidas cautelares son instrumentales respecto a un proceso al que aseguran la efectividad de su resultado. Las garantías jurídico-materiales, *a contrario sensu*, están puestas al servicio de otro derecho garantizando, cuando el deudor no cumple la obligación principal, la satisfacción del mismo, de tal manera que la existencia de un proceso sólo se contempla como mera hipótesis.<sup>187</sup>

7.2. *Proceso de conocimiento.* La técnica del proceso de conocimiento o cognición se caracteriza por: i) la realización plena del contradictorio en forma anticipada, por lo cual la providencia del juez emana solo después que ha sido garantizada a ambas partes la posibilidad efectiva de hacer valer todas sus defensas; ii) por la realización del principio del contradictorio según modalidad predeterminada por la ley; iii) por el dominio del principio de la cognición plena y exhaustiva sobre todos los elementos de hecho (alegados por las partes) y de derecho relevantes para la decisión; iv) porque a la declaración contenida en la sentencia proferida en juicio se le atribuye autoridad de cosa juzgada en todos los futuros juicios entre las mismas partes.<sup>188</sup> Se vinculan las medidas cautelares al proceso de cognición, debido a la misma característica de

187 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 85-86.

188 PROTO PISANI, Andrea. *Ob. Cit.* p. 314-315.



jurisdiccionalidad de las medidas cautelares, pero si bien el proceso principal de cognición persigue, según expone Ortiz<sup>189</sup>, la declaratoria formal del derecho a quien hay probado mejor, la cual quedara protegida con la llamada cosa juzgada; las medidas cautelares se dirigen concretamente a la protección del cumplimiento del dispositivo sentencial. Adicionalmente, debemos afirmar que en el proceso cautelar, además de no producir la resolución cautelar autoridad de cosa juzgada, no hay una realización plena del contradictorio en forma anticipada, ni una cognición plena y exhaustiva de los elementos de hecho y de derecho.

7.3. *Acción preventiva definitiva.* También se han diferenciado de la acción preventiva definitiva, dirigida a la obtención de un tipo de tutela jurisdiccional en sede preventiva que tenga la eficacia de la cosa juzgada, en la permanencia de los efectos, pues los de la medida innominada son provisionales y dependen en su existencia de un acto judicial posterior, a cuyo servicio se dictan.<sup>190</sup>

7.4. *Amparo constitucional.* Con relación al amparo constitucional, se les ha asimilado en lo que se refiere a su carácter urgente, la satisfacción inmediata, o al menos recurrente, del derecho lesionado y la prevención de mayores perjuicios, pero se les ha diferenciado también por virtud de la instrumentalidad, ya que los primeros están preordenados al resultado del juicio de conocimiento en el cual se dictan, en tanto que el amparo constitucional es un proceso preventivo autónomo, que deja a salvo las acciones y recursos legales dirigidos a hacer valer la responsabilidad civil o penal en la que se hubiere incurrido<sup>191</sup>. Asimismo, compartimos el criterio de Sagues<sup>192</sup>, según el cual si un asunto puede tutelarse por medio de una acción procesal distinta al amparo, combinada bien con una medida cautelar de no innovar o bien con una medida innovativa, el

189 ORTIZ-ORTIZ, Rafael (*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 16, 17 y 96.

190 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 37; HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 321.

191 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 74-75.

192 SAGUES, Nestor Pedro. *Derecho procesal constitucional*. Acción de amparo. Buenos Aires. Ed. Astrea. 4ta ed. 1995. p. 200-201.

amparo será inadmisibile, salvo que la medida cautelar en vigor sea insuficiente para tutelar el derecho de los afectados, hipótesis en la que el amparo si resultara viable. Finalmente, es inherente al amparo la tutela de derechos y garantías de naturaleza constitucional, mientras que no es esta una característica esencial de las medidas cautelares.

7.5. *Interdictos posesorios*. Igualmente se les ha asimilado a los interdictos posesorios y prohibitorios<sup>193</sup> llegándose a sostener que la providencia cautelar atípica permite realizar lo que ya no se podría hacerse por haber caducado la acción en vía interdictal, por ejemplo, cuando una obra nueva daña a otra y el afectado no puede acudir al interdicto prohibitivo, entonces demanda los daños y perjuicios ya ocasionados y para evitar los daños inminentes solicita al juez, como medida cautelar, que prohíba continuar la obra.<sup>194</sup>

La diferencia entre ambas categorías se ubico en un principio en la clasificación de las providencias cautelares que hizo Calamandrei<sup>195</sup>, pues mientras, en principio, las medidas cautelares atípicas, providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, no regulan el mérito de la relación sustancial controvertida, los interdictos consisten "... precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario...". Pero tal criterio de diferenciación ha venido difuminándose con la utilización, hoy en día, de la técnica anticipatoria en vía cautelar.

---

193 El maestro José Román DUQUE SÁNCHEZ nos ilustra en esta materia expresando (la acción interdictal en general es una acción posesoria, no petitoria, en la cual no se discute la propiedad sino la posesión. Por otra parte, la querrela mediante la cual se la ejerce, es una medida cautelar que tiene por fin mantener la paz social, mediante la tutela del Estado, con lo cual en este proceso entran dos intereses( el público y el privado (...))(DUQUE SÁNCHEZ, Jose Román. *Procedimientos especiales contenciosos*. UCAB. Caracas. Ed. Sucre. 1983. p. 201). Así, las acciones interdictales propiamente dichas, más que proteger el derecho a la posesión, lo que busca es una tutela preventiva del Estado para el hecho físico o material de la tenencia de una cosa por una persona, cuya justificación estriba en que la posesión es una apariencia de propiedad (DUQUE CORREDOR, Román José. *Cursos sobre juicios de la posesión y de la propiedad*. Caracas. Ed. El Guay. 2001. p. 14)

194 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 39, 40-41, 44-45.

195 CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.* p. 59.

Ortiz, por su parte, explica que los interdictos y las medidas innominadas si bien gozan de una misma característica: la urgencia y sumariedad, difieren en su estructura ontológica, los primeros protegen derechos materiales o sustanciales con carácter definitivo y no preventivo.<sup>196</sup>

7.6. *Prueba anticipada*. La prueba preconstituida es un medio legal que se forma fuera del proceso, sin orden o dirección del juez ni necesidad de control por no existir contención alguna, otorgándosele una presunción legal de valor probatorio *iuris tantum* y *erga omnes* a su contenido que le permite dirigirse hacia cualquier juicio, procediendo contra la misma la otra concreción del derecho de defensa en materia probatoria (distinta del control): la contradicción de la prueba, bien sea por oposición o por impugnación.<sup>197</sup> En cuanto a la prueba preconstituida se dice<sup>198</sup> que asegura para el interesado una posibilidad de probar y en ella pueden intervenir los órganos administrativos; en cambio, las medidas cautelares tienden a asegurar el derecho sustantivo que sea declarado en un proceso principal y sólo pueden ser dictadas por un juez competente (jurisdiccionalidad), constituyendo verdaderas sentencias recurribles en casación.<sup>199</sup>

---

196 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 290.

197 CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *La prueba anticipada o el retardo perjudicial*. Caracas. Ed. Vadell. 1990. p. 20-21.

198 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 19-20.

199 La Sala Político Administrativa del máximo tribunal, en sentencia Nº 750 de fecha 21 de noviembre de 1996, ha dilucidado la interrogante acerca de si puede ser objeto de una medida cautelar atípica la evacuación de un medio probatorio cuando se tema su desaparición, en el sentido que sigue:

"...cabría preguntarse si puede ser objeto de una medida cautelar innominada la evacuación de un medio probatorio cuando se tema su desaparición –antes de que el proceso esté en lapso probatorio- y que la parte considera esencial a su pretensión, por lo que de no obtenerse en forma inmediata se le producirían un daño no reparable por la definitiva.

"En este sentido, entiende la Sala que la respuesta ha de ser negativa, por cuanto, tal como lo alegó la representación del Banco Central de Venezuela, los artículos 813 al 818 del Código de Procedimiento Civil consagran el retardo perjudicial, figura jurídica destinada a la evacuación inmediata de alguna prueba cuando exista el temor de parte del solicitante de que 'desaparezcan algunos medios de prueba' (art. 815 CPC), por lo que si en el caso de autos el solicitante tuviere algún temor de que desaparecieran o confundieran los Títulos de Estabilización Monetaria capitalizables que dice haber entregado en el Banco Central de Venezuela para su

7.7. *Medidas típicas*. Se ha sostenido<sup>200</sup> que las medidas nominadas e innominadas se asemejan en que ambas son especies del género medidas preventivas, por lo que deben cumplir con los requisitos del artículo 585 y con el principio de suficiencia cautelar (art. 586), permitiéndose hacer oposición a la medida y levantarla mediante caución. Sin embargo se distinguen en que las cautelares nominadas son medidas conservatorias, esto es, actuaciones fácticas que aseguran bienes para la ejecución forzosa de la eventual sentencia definitiva, admitiendo medidas complementarias; en tanto que las atípicas tienen el carácter de medidas anticipatorias del proveimiento definitivo y están constituidas por pronunciamientos, ordenes, decisiones, vale decir, providencias que pueden ser autorizatorias, prohibitivas o impeditivas, las cuales exigen como requisito adicional la existencia de un fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de la otra y no admiten medidas complementarias. Por lo que corresponde a la legitimación pasiva de la medida, el Fisco Nacional no puede ser, por regla general, objeto de ejecución forzosa, por lo que no proceden las medidas típicas en su contra, pero se crea la duda respecto de las medidas genéricas, que al no constituir el anticipo de la ejecución de la sentencia definitiva, no tienen, en principio, la limitación mencionada.

7.8. *Medidas complementarias*. En cuanto a las medidas complementarias, a que se contrae la parte *in fine* del encabezamiento del art. 588, algunos autores<sup>201</sup> enmarcan dentro de la categoría de las medidas cautelares genéricas a tales medidas complementarias, pues a pesar de su carácter accesorio tienen un alcance semejante, asegurando indirectamente la eficacia de la ejecución del fallo al asegurar la efectividad de aquellas medidas que sí tienen ese fin específico, sean tanto típicas como atípicas.

---

cobro, podría recurrir a esta idónea y especialmente prevista para tales circunstancias (retardo perjudicial), cuyo propósito y configuración legal difiere de las medidas cautelares y así se declara” (*Apud*. PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* Noviembre 1996. p. 364).

200 RONDÓN, Hildegard. “Medidas cautelares innominadas [con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo]”. En: *Derecho procesal civil*. XXII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”. Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. p. 326-330.

201 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Ob. Cit.* p. 81.

Las medidas complementarias han sido definidas como “ (...) el conjunto de disposiciones que preventivamente puede tomar el juez, a solicitud de parte o de oficio, destinadas a complementar o asegurar la eficacia y el resultado de la medida típica o innominada previamente decretada”<sup>202</sup>. Sin embargo, doctrina autorizada así como jurisprudencia<sup>203</sup> sustenta la tesis de que de que las medidas complementarias sólo están afectas a asegurar la efectividad de las medidas típicas, y no la de las atípicas.<sup>204</sup> Nosotros consideramos que la *ratio* o *mens* de la norma, vale decir, la “razón suficiente” de su consagración, podemos localizarla en la finalidad que cumple dentro del sistema: tales medidas complementan la efectividad de las medidas cautelares cuyos efectos se encuentran expresamente determinados dentro de la Ley, esto es, resultan un instrumento de auxilio que permite atemperar la rigidez que en determinadas oportunidades puede hacer ineficaces los efectos conservativos de las medidas típicas.

¿Por qué no extender la aplicación de las medidas complementarias a las medidas atípicas? Porque el Juez puede adecuar el contenido de las

202 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 191.

203 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 35; RONDÓN, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 326 *passim*; DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 164-165. Por la negativa se ha pronunciado también la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia Nº 14 de fecha 14 de enero de 1999 (caso Asociación Civil “Los Cumanagotos”), con el argumento conforme al cual el segundo párrafo del art. 588 del C.P.C. “... forma parte de la regulación de las medidas cautelares nominadas, a saber: el embargo de bienes muebles; el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, no así para las medidas cautelares innominadas, cuyo régimen se encuentra previsto esencialmente en los artículos 585 y 588, párrafo primero del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, la aplicación de tales disposiciones complementarias sólo tienen el propósito de asegurar la efectividad y el resultado de las medidas cautelares nominadas, antes señaladas.” (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* Enero 1999. p. 309-310).

204 Resulta contradictorio el discurso de Simón JIMÉNEZ SALAS, pues si bien en principio considera que las providencias complementarias revisten un “ (...) auxilio a las medidas tradicionales señaladas, que van a permitir que ellas se ejecuten, o que su efectividad y resultado sea cierto y enaltezca la razón de ser de dichas medidas “ (*Medidas cautelares*. Caracas. Ed. Kelran. 5ta ed. 1999. p. 248), ratificando tal posición en párrafos subsiguientes; sostiene *a posteriori* que las providencias complementarias son “ (...) mecanismos necesarios o útiles para materializar la existencia de una medida, sea típica o innominada, para hacerla eficaz o para asegurar su cumplimiento” (*Ibidem.* p. 250).

medidas innominadas a las sinuosidades del supuesto de hecho que se propende a tutelar, y por aplicación del argumento económico o hipótesis del legislador no redundante, no creemos que ante tal capacidad de adecuación de las innominadas, deba preverse adicionalmente la aplicación de las medidas complementarias, que vienen a cumplir una función similar. Por otra parte, la propia ubicación de las medidas complementarias dentro del art. 588, en el encabezamiento de la norma, al lado de las medidas típicas, no permite llevar a un resultado distinto. Además, como bien expresa Duque, en el supuesto que con la medida atípica no se logre evitar o detener el daño al derecho de la parte solicitante, el juez tiene la potestad de ampliar, modificar o hasta sustituir tal medida por otra innominada, distinta de la originalmente dictada, pero con carácter principal y no complementario<sup>205</sup>.

También es de la opinión Ortiz<sup>206</sup> que las disposiciones complementarias no constituyen medidas cautelares en sí mismas, sino una suerte de protección o garantía de la medida cautelar que se hubiere decretado. Si bien como dice este autor<sup>207</sup>, las medidas complementarias, al contrario de las medidas principales, no funcionan autónomamente sino que son subsidiarias de la medida decretada a la que soportan<sup>208</sup> y, por otra

---

205 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 165.

206 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 376.

207 *Ibidem.* p. 188-189 y 191-192; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 49.

208 Sobre este punto, sostiene JIMÉNEZ SALAS (*Ob. Cit.* p. 248) que las providencias complementarias suponen la existencia de una medida típica decretada o por decretarse, por lo que pueden ser dictadas por el Juez *a priori* o *a posteriori* de la ejecución de esa medida típica, en tanto bien pueden ser puente, mecanismo o herramienta que permita su cabal ejecución o bien instrumentos que posibiliten asegurar su eficacia y resultado.

No compartimos la opinión consignada. Si el adjetivo "complementario" indica algo "Que sirve para completar o perfeccionar alguna cosa" y deriva de "complemento", en principio, "*Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra cosa para hacerla íntegra o perfecta*" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Ed. Espasa Calpe. 21 va ed. 1992. Tomo I. p. 523), resulta un contrasentido hablar de la posibilidad de agregar o incorporar una medida complementaria a una medida cautelar aún no decretada, y por ende, no ejecutada, a fin de perfeccionar su fuerza jurídica y material, en tanto la parte principal, vale decir, la medida cautelar típica, aún no puede considerarse existente, por lo que la

parte, están dirigidas al Juez, quien las decreta de oficio<sup>209</sup>, y no a las partes (por lo que no puede ejercerse oposición contra ellas –salvo el recurso de apelación cuando el juez se haya excedido o desnaturalizado la institución, produciendo un daño–, ni pueden decretarse mediante caución), no podemos sostener, es nuestro sentir, que dejan de tener la naturaleza de medidas cautelares. Si entendemos que los elementos de toda medida cautelar son, en palabras de Henríquez La Roche<sup>210</sup>, el anticipar la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; el satisfacer la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia; y el que sus efectos están preordenados y atenuados a lo que resuelva la providencia de mérito del proceso principal, entonces no tenemos menos que aceptar que las medidas complementarias poseen naturaleza cautelar, sólo que en segundo grado, pues su instrumentalidad se vincula de manera inmediata con la suerte de la medida cautelar principal de la que es subsidiaria, y de manera mediata con el proceso en el que se discute el fondo, por coadyuvar también, de un modo u otro, al aseguramiento de sus resultados. Por supuesto, al no configurar las complementarias una medida distinta, sino sólo una determinación adicional de alguna medida cautelar, la oposición a ésta comprende también la de tales disposiciones.<sup>211</sup>

---

parte accesoria a ésta, verbigracia, la medida complementaria, mal puede, en el estricto sentido de la palabra, completar o perfeccionar algo que no existe.

Por otra parte, en el supuesto negado de aceptar tal hipótesis, se violenta el derecho a la defensa, previsto en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución de 1999, al quedar en indefensión el sujeto pasivo de la medida complementaria, puesto que la posibilidad de impugnar dicha providencia se mantendría *pendente conditione*, al sólo hacerse viable una vez que sea ejecutada la medida principal, pues, a todo evento, la impugnación de ésta subsume la de la medida accesoria, la cual es sólo un complemento de la eficacia de aquella y por tanto carece de autonomía.

- 209 En sentido diverso, JIMÉNEZ SALAS (*Ob. Cit.* p. 248-249), para quien las providencias complementarias pueden ser dictadas de oficio por el Juez que decretó la medida típica, o también puede ser acordada a petición de parte, sin que tal petición le sea vinculante.
- 210 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 39.
- 211 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 81; JIMÉNEZ SALAS, Simón *Ob. Cit.* p. 248-249.

7.9. *Medidas ejecutivas.* Observa la doctrina<sup>212</sup> que las medidas cautelares y las medidas ejecutivas poseen efectos coincidentes pues ambas tienden al aseguramiento y el eficaz cumplimiento del dispositivo de la sentencia, pero se diferencian en que mientras las medidas cautelares aseguran un derecho aún no declarado, están en función de un proceso que aún no ha terminado y son de carácter provisional y mediata; las medidas ejecutivas ejecutan un derecho actual (suponen la culminación de un proceso en el cual se han conocido y valorado los hechos, se ha dictado sentencia definitivamente firme y se encuentra en estado de ejecución) cuya ejecutoriedad deriva de la declaración sentencial (suponen el cumplimiento del mismo), siendo definitivas e inmediatas.

7.10. *Potestad cautelar del juez mercantil.* Entre las medidas cautelares dictadas en materia mercantil con base al art. 1099 del Código de Comercio<sup>213</sup> y las providencias cautelares atípicas, existen notables diferencias en tanto en las primeras i) las medidas preventivas se encuentran tipificadas y persiguen asegurar que alguna de las partes en el juicio no pueda disponer de su patrimonio; ii) tienen un carácter excepcional en su concepción y procedimiento, pues en principio derogan el sistema cautelar ordinario en protección de los principios reguladores de la actividad mercantil como son la celeridad, la seguridad y el crédito; iii) el arbitrio judicial se supedita a la interpretación que pueda hacer el juez del concepto jurídico indeterminado “celeridad” del caso *sub judice* y sobre la prestación de fianza o acreditamiento de solvencia suficiente del peticionante a fin de obtener la medida<sup>214</sup>; mientras que la

---

212 ORTIZ-ORTIZ, Rafael (*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 18-19; DUQUE SÁNCHEZ, Jose Román. *Ob. Cit.* p. 90-91; CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 61-62.

213 El texto del art. 1099 del Código de Comercio es el siguiente: “En casos que requieren celeridad, el juez podrá acordar la citación del demandado, de un día para otro y aún de una hora para otra; pero si estuviere fuera del lugar del juicio, no podrá suprimir el término de justicia. Puede también acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición de enajenar y gravar inmuebles especiales; y según el caso, exigir que el demandante afiance y compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo. Estas providencias se ejecutarán no obstante apelación”.

214 VEGAS ROLANDO, Nicolás. *Las medidas preventivas mercantiles*. Caracas. Ed. Magon. 1990. p. 59 *passim*.



discrecionalidad otorgada al juez por vía del poder cautelar general del Código de Procedimiento Civil, llenos los extremos del art. 585 y parágrafo primero del art. 588, permite la adopción de medidas atípicas adecuadas a la *fattispecie*, lo que crea una diferencia sustancial en el contenido y eficacia de ambos tipos de medidas.

7.11. *Potestad cautelar del juez contencioso-administrativo*. Esta jurisdicción se encuentra hoy en día muy ligada a las previsiones cautelares del Código de Procedimiento Civil debido a las dilaciones que ha tenido la esperada reforma del sistema contencioso-administrativo, aún regulado por el régimen transitorio previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Se ha dicho que, en principio, la opción de que el juez contencioso-administrativo recurra al decreto de medidas cautelares que vayan más allá de la típica suspensión de efectos, completa su sentido constitucional como medio de garantizar la tutela judicial efectiva, lo cual puede fundamentarse en la utilización directa de las normas constitucionales, como por vía de la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil.<sup>215</sup> Desde esta perspectiva, como bien asienta Hernández-Mendible, la tendencia jurisprudencial en Venezuela en materia cautelar se ha venido dirigiendo a establecer un control cautelar pleno del Poder Público, por lo que resulta posible conceder medidas cautelares conservatorias contra los actos administrativos positivos de efectos particulares (art. 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), contra los actos positivos de efectos generales y contra las actividades materiales o vías de hecho de la Administración (arts. 585 y 588 CPC); así como es posible conceder medidas cautelares innovativas contra los actos administrativos negativos de efectos particulares o de efectos generales, y contra las actividades materiales, vías de hecho y abstenciones u omisiones de la Administración (arts. 585 y 588 *eiusdem*)<sup>216</sup>, llegándose incluso a dictar las denominadas medidas provisionalísimas o de orden pre-cautelar mediante sentencias N° 488 del 16 de marzo de 2000 (caso Constructora Pedeca C.A.) y N° 788 de 10 de abril de 2000 (caso Unidad Educativa Henry Clay), ambas de la Sala Político-Administrativa, las cuales

---

215 ORTIZ-ALVAREZ, Luis. *La protección cautelar en el contencioso-administrativo*. Caracas. Ed. Sherwood. 1999. p. 785.

216 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor. *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*. Caracas. Ed. Vadell. 1997. p. 134-135.

consisten en hacer lugar con carácter inmediato a una solicitud de medidas cautelares –antes incluso de que se haya podido sustanciar el incidente cautelar propiamente dicho (esto es, sin haber oído a la parte contraria)–, cuando así lo exija la efectividad del derecho fundamental a la tutela cautelar<sup>217</sup>.

Tal tendencia ha sido confirmada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a título ejemplificativo, mediante sentencia No. 0662 del 17 de abril de 2001, a cuyo tenor se prevé:

en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada actualmente en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez contencioso administrativo se encuentra habilitado para emitir todo tipo de medida cautelar que se requiera en cada caso concreto, esto es, puede decretar todo tipo de mandamientos, -como la suspensión del acto recurrido, medidas positivas e incluso anticipativas- ante todo tipo de actividad o inactividad administrativa, incluyendo actos de efectos particulares o generales, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones etc.<sup>218</sup> (...) el Juez tiene un

---

217 BACIGALUPO, M. *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*. Madrid. Ed. Marcial Pons. 1999. p. 187.

218 A título informativo, transcribimos de manera parcial el tratamiento otorgado a las medidas cautelares en el contencioso-administrativo conforme al "Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa" preparado por el ciudadano Freddy Orlando para el Tribunal Supremo de Justicia en octubre del 2000:

"Artículo 137. Además de la suspensión de los efectos de los actos, el Tribunal podrá acordar medidas cautelares, tanto de naturaleza conservatoria como anticipativa, siempre que se den los supuestos previstos en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

"Artículo 138. Las medidas conservativas son aquellas dirigidas a mantener la situación de la cual deriva la pretensión objeto del litigio, en el estado existente al momento de la interposición de la demanda, tales como: 1º La prohibición de enajenar y gravar bienes; 2º La inaplicación total o parcial de los actos de contenido normativo; 3º La prohibición de dictar actos que constituyan la reedición de otros, así como de iniciar nuevos procedimientos administrativos que tengan el mismo objeto y causa que el acto impugnado; 4º La orden de remisión al Tribunal de determinados documentos, expedientes administrativos y actuaciones; 5º Cualquier otra medida preservativa de la eventual eficacia de la sentencia definitiva.

"Artículo 139. En los casos en los cuales el recurso se ejerza contra la negativa de admisión del recurrente en un concurso, licitación, o procedimiento análogo que implique la participación de otros sujetos, el juez podrá para impedir el daño

amplio poder cautelar general, que le permite tomar cualquier medida cautelar para garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el único criterio que debe ser siempre valorado por el juez contencioso administrativo para la adopción de una medida cautelar, es la concurrencia del *fumus boni juris* y del *periculum in mora*. En efecto, son estos los requisitos legitimadores para la adopción de medidas cautelares, y que constituyen garantía suficiente de que las sentencias de fondo que se dicten sean plenamente ejecutables, evitándose que los efectos del proceso, perjudiquen a quienes tienen razón, quedando así, garantizado el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva.

7.12. *Potestad cautelar del juez agrario*. Autorizada doctrina<sup>219</sup> ha concluido que las características tendenciales del proceso agrario se dirigen primordialmente hacia tres direcciones: i) La modernidad del proceso, cualidad medible por el grado alcanzado en materia de simplificaciones procesales, específicamente mediante la adopción del principio de la oralidad, así como de los principios que le acompañan, vale decir, el de inmediatez y el de concentración, elementos orales definidores en no pocas ocasiones de un sistema propio y diverso, más evolucionado del civil; ii) Los poderes otorgados al Juez, quien adquiere una *función activa* con un *carácter social asistencial* para garantizar la satisfacción de los intereses públicos tomando en consideración las limitaciones económicas, sociales y culturales de los sujetos procesales, lo cual se traduce, por una

---

irreparable que el mismo pudiere acarrearle al recurrente, ordenar la admisión provisional de éste, condicionada en sus efectos, a la decisión de fondo del recurso.

“Artículo 140. El juez contencioso-administrativo podrá suspender el llamamiento de un sujeto a cumplir con una carga preestablecida legalmente, lo cual liberará de ello temporalmente al recurrente hasta tanto se produzca la decisión de fondo.

”Artículo 141. Las medidas anticipativas están destinadas a adelantar la satisfacción de la pretensión principal en estricta sujeción de los elementos condicionantes de las cautelas jurídicas. Sólo podrán ser acordadas en los casos en los cuales las mismas no constituyan situaciones irreversibles por la definitiva. Constituyen medidas anticipativas: 1. La asignación de pensiones, subvenciones, subsidios y otros emolumentos; 2. La autorización para continuar la ejecución de actos; 3. La suspensión de otros procedimientos ajenos al recurso que pudiesen incidir sobre el mismo.”

219 ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. “Derecho y proceso agrario”. En: ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo y otros. *Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano*. San José, Costa Rica. Editorial de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado. 1982. p. 251-254.

parte, en una declarada atenuación del principio dispositivo pues el impulso procesal, como regla, es de oficio, y por otra parte, en un amplio poder discrecional del Juez, ya que el legislador, al regular una realidad en rápida transformación como lo es la agraria, generalmente solo dicta las directivas fundamentales para que el órgano judicial llene los espacios en blanco de la norma; iii) Las garantías concedidas a las partes en juicio, pues por ser el Derecho Agrario un derecho de tutela, de elevado contenido social, la parte débil debe estar garantizada, desde la primera fase del proceso, para la protección de sus derechos, como forma inmediata de tutelar los intereses sociales y colectivos.<sup>220</sup>

En tal sentido, en Venezuela se ha atribuido a los jueces agrarios un poder cautelar general. En el régimen derogado, por vía del art. 8° de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de 1982, el cual establecía: “Los jueces agrarios, de oficio, podrán dictar en juicio las medidas que consideren necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estén amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción.”<sup>221</sup> Comentando el contenido de tal norma, Duque Corredor consideraba que dichas medidas protectoras constituyen un medio de asegurar y proteger, contra la amenaza de desmejoramiento, ruina o destrucción, a la naturaleza, a los bienes agropecuarios y los recursos naturales renovables, valer decir, intereses colectivos antes que las resultas del pleito, no constituyendo medidas

---

220 Como ejemplo de esta tendencia podemos mencionar la Sentencia Nro. 108 del 31 de mayo de 2001 de la Sala de Casación Social, conforme a la cual: “En efecto, conforme a los términos de la recurrida, la medida de secuestro habría de afectar una explotación agropecuaria en plena producción, circunstancia que fue así mismo de relevante influencia en el dispositivo de la sentencia de amparo que suspendió otras medidas preventivas dictadas por el a-quo. En ese supuesto y en atención a los principios particulares que informan la cuestión agraria, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, no era procedente afectar por vía cautelar la referida actividad de producción agropecuaria, de modo que el citado dispositivo final de sin lugar la solicitud del secuestro, que emitió la recurrida, resultaba en definitiva el adecuado, aunque por los motivos distintos mencionados, los cuales concuerdan con la declaratoria en sede Constitucional, al considerar que las medidas objeto del amparo entre otras, de nombramiento de administrador, afectaron en forma grave e injustificada ‘la normal explotación pecuaria del fundo objeto de ese litigio’, lo cual igualmente sucedería de acordarse el secuestro ahora solicitado.”

221 *Apud.* HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 78.

cautelares para prevenir daños a las partes pues su fin no es el de garantizar la eficacia de la sentencia o garantizar su futura ejecución, ni tampoco medidas ejecutivas pues no pretenden anticipar los resultados del juicio.<sup>222</sup>

El Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37323 del 13 de noviembre de 2001) consagra las siguientes normas al tema que nos ocupa:

“Artículo 258. El Juez agrario podrá dictar oficiosamente medidas cautelares provisionales orientadas a proteger el interés colectivo, las cuales tendrán por finalidad la protección de los derechos del productor rural, de los bienes agropecuarios, la utilidad pública de las materias agrarias, así como también la protección del interés general de la actividad agraria, cuando considere que se amenaza la continuidad del proceso agroalimentario o se pongan en peligro los recursos naturales renovables.

“Artículo 259. Las medidas preventivas establecidas en el Código de Procedimiento Civil las decretará el juez sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.”

El artículo 258 transcrito habla de “medidas cautelares provisionales”, mas no conocemos medidas cautelares que no sean *per se* provisionales, por lo que consideramos que tal redacción es impropia e innecesaria. Por lo demás, aparte de buscar fundamento para el decreto de las medidas en la utilidad pública y el interés general de la actividad agraria, los

---

222 DUQUE CORREDOR, Román J. *Derecho procesal agrario*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1986. p. 183-187; DUQUE CORREDOR, Román J. *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Caracas. Ediciones Fundación Projusticia. 1999. Tomo II. p. 144-145 y 168. En sentido diverso, la opinión de Edgar NÚÑEZ ALCANTARA (*Contenido sustantivo y procesal del Derecho agrario*. Valencia. Ed. Vadell Hermanos. 1995. p. 77), para quien la consagración en forma oficiosa para el juez agrario de 1982 de la figura jurídica denominada providencia cautelar innominada representó un adelanto a la consagración del poder cautelar general que hoy se le reconoce al juez civil venezolano, instituto éste el cual permite -sigue el autor- una mejor defensa de los derechos subjetivos e implica un gran salto en la prosecución de disponer o preparar medios contra una futura materialización de daños.

parámetros sobre los cuales se subsume la norma son los mismos que en la Ley derogada: son dictadas de oficio y se deben basar en la amenaza a la continuidad de la producción agraria o proceso agroalimentario y en el peligro sobre los recursos naturales renovables.

El artículo 259, por su parte, nos luce innecesario en tanto reitera unos requisitos de procedencia de las medidas cautelares civiles previamente consagrados de la misma manera en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, ley común sobre la materia. De la norma del precepto 259, sin embargo, se deduce una diferencia entre las medidas cautelares agrarias y las medidas cautelares comunes en el Derecho procesal civil: éstas deben cumplir para su decreto con el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Ello no quiere decir que en el proceso agrario, las medidas del artículo 258 no deban cumplir con algún requisito de procedencia, sólo que el *periculum in mora* estará cualificado por su vinculación a la protección de la producción agraria y de los recursos naturales renovables. Otra diferencia entre ambos tipos de medidas cautelares estriba en que las consagradas en el Código de Procedimiento Civil se focalizan en el principio dispositivo y prevén un sistema mixto en el cual se combinan medidas típicas con un poder cautelar genérico por virtud del cual el juez puede decretar además medidas cautelares atípicas. *A contrario sensu*, en la Ley de Tierras, Capítulo XVI referido al procedimiento cautelar, el régimen es de oficio y no se hayan estipuladas medidas típicas propias de la ley especial, pues se diseñó la previsión cautelar general del art. 258 e inmediatamente, en el artículo 259, se hace la remisión al Código adjetivo civil.

Sobre la materia, Ortiz<sup>223</sup> es del criterio según el cual no cabe la menor duda que las medidas que se dicten en los procesos agrario y de alimentos tienen una clara finalidad preventiva, esto es, que la decisión que se dicte en la definitiva no se haga ilusoria por el transcurso de los lapsos procesales y por cualquier otra circunstancia que ponga en peligro no sólo el bien tutelado (producción agraria) sino el derecho reclamado el juicio (derecho de las partes), y obviamente también persiguen un interés metaprocesal que va más allá del interés de las partes. Para este autor<sup>224</sup>, tales medidas son cautelares porque evitan que la justicia material

---

223 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 216.

224 *Ibidem.* p. 337 y 341.

concreta quede ilusoria, respondiendo a un poder cautelar general, pero también se constituyen en un poder genérico de prevención, pues es la única manera de explicar el motivo por el cual, el juez agrario no está sujeto a los requisitos de admisibilidad para las medidas cautelares genéricas, atendiendo sólo a los fines de la reforma agraria y la producción agrícola

De nuestra parte podemos indicar que, junto a Gelsi Bidart<sup>225</sup>, hemos caracterizado lo cautelar como un elemento procesal que garantiza otro elemento procesal (proceso, actividad, acto o diligencia), y si en sede agraria lo que pretende el contenido del art. 258 del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario es evitar mediante las más amplias facultades judiciales el riesgo de daño sobre los bienes agropecuarios en espera de la decisión definitiva del proceso, indubitablemente debemos admitir que nos encontramos frente a una medida cautelar innominada, la cual a diferencia de las que prevé el parágrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil, es decretada siempre *ex officio* y no tutela indirectamente los derechos sustantivos de las partes sino el interés de la colectividad en la producción agraria.

7.13. *Potestad cautelar del juez laboral.* El artículo 137 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.504 del 13 de agosto de 2002) es del tenor siguiente:

A petición de parte, podrá el Juez de sustanciación, mediación y ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que se reclama. Contra dicha decisión se admitirá recurso de apelación a un solo efecto, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, contados a partir del acto que se impugna, la misma será decidida en forma oral e inmediata y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes por el Tribunal Superior del trabajo, sin admitirse recurso de casación contra dicho fallo.

La incomparecencia del recurrente a la audiencia se entenderá como el desistimiento que el recurrente hace de la apelación.

Henríquez La Roche sostiene acertadamente que en la jurisdicción laboral las medidas cautelares innominadas pueden ser decretadas desde la admisión de la demanda, durante el período de la audiencia preliminar o después, exigiéndose implícitamente el *periculum in mora*, pues la medida tiene por fin evitar “que se haga ilusoria la pretensión”, y explícitamente el *fumus boni iuris* o “presunción grave del derecho que se reclama”; que sólo pueden ser solicitadas por ante el Juez de sustanciación, mediación y ejecución, por lo que, por argumento a contrario, no puede acordarlas ni el juez de juicio en primera instancia, ni el Tribunal Superior ni la Sala de Casación Social; que pueden ser impugnadas mediante el recurso de apelación –y no por vía de la oposición como en el régimen procesal civil común–, y que se extraen de la función uniformadora de las jurisprudencia laboral al negarse el recurso de casación contra el pronunciamiento de alzada.<sup>226</sup>

Además, a diferencia del proceso civil en el que se prevé un sistema cautelar mixto, desarrollado conforme a un procedimiento escrito, así como el requerimiento de un denominado “*periculum in mora* específico” para el decreto de providencias atípicas, la posibilidad de dicho decreto por vía de caucionamiento y de la sustitución de la medida por una caución; la nueva ley procesal laboral, por una parte, consagra un sistema cautelar general en el que existe un poder de tutela cautelar genérico sin medidas cautelares específicas, pues se consideran incluidas en aquél, el cual es sustanciado mediante un procedimiento con predominio del principio de la oralidad, y por la otra, para el decreto de las medidas cautelares del proceso laboral no es exigida la prueba del fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, ni se prevé el decreto o sustitución de la medida cautelar por caucionamiento.

Ahora bien, si se entiende que “uno de los derechos más importantes y fundamentales en todo Estado de Derecho, es el derecho a la tutela judicial efectiva, que está conformado por otros derechos, como lo son: el derecho a tener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo” y que en “en efecto,

---

226 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Nuevo proceso laboral venezolano*. Caracas. Ediciones Liber. 2003. p. 389-391.



las medidas cautelares son parte esencial de este derecho y del derecho a la defensa, teniendo su base en la propia función del Juez de juzgar y ejecutar lo juzgado y pueden ser utilizadas, siempre que cumplan los dos requisitos esenciales del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, de la forma más amplia para garantizar la eficacia de la sentencia que decida sobre el fondo de la controversia” (Sentencia de la Sala Político-Administrativa No. 0662 del 17 de abril de 2001), por lo que, en consecuencia, “la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas, supone el ejercicio del poder cautelar general que asiste a todos los jueces de la República, y que se dirige al eficaz aseguramiento y prevención de los presuntos derechos deducidos en juicio por las partes, tanto si se solicitan en la fase de cognición como en la de ejecución” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 0083 del 9 de marzo de 2000), nos resulta violatorio de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 del texto constitucional y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, el haber limitado la potestad cautelar general en el ámbito laboral a la sola competencia del Juez de sustanciación, mediación y ejecución de primera instancia, no obstante que constituye una máxima de experiencia que las circunstancias de hecho involucradas en litigio pueden variar durante el transcurso del proceso judicial.

En forma colateral, la imposibilidad de que sea decretada una medida cautelar atípica por el juez de juicio en primera instancia, el Tribunal Superior del Trabajo o la Sala de Casación Civil incrementará la litigiosidad en sede de amparo constitucional, pues este medio de impugnación actuará como sustituto del proceso sumario cautelar atípico, limitado por la nueva ley en contravención a la interpretación jurisprudencial que se ha construido en torno a la Constitución de 1999. En similar sentido, la negación del recurso de casación respecto del fallo de segunda instancia sobre medidas cautelares<sup>227</sup>, si bien puede justificarse por motivos de economía procesal, sólo implica indirectamente un eventual traslado de la controversia cautelar laboral a otras jurisdicciones, como la constitucional, por vía de la interposición de amparos consti-

227 Tal limitación legal proviene a su vez de una limitación prevista previamente en el orden judicial por la propia Sala de Casación Social en sentencia No. 0261 del 25 de abril del 2002 conforme a la cual: “Carece de competencia la Sala para dictar medidas cautelares, en general, pues al establecer el artículo 588 del Código de

tucionales contra tales decisiones, tal y como acontece hoy en día respecto de las decisiones de segunda instancia en materia de estabilidad laboral.

7.14. *Tutela o técnica anticipatoria*<sup>228</sup>. Por lo tocante a la técnica anticipatoria, Baptista da Silva<sup>229</sup> afirma que, aún cuando la doctrina acepte en general la concepción que la tutela cautelar se inserta en el

---

Procedimiento Civil que el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las providencias cautelares allí referidas, está atribuyendo a los jueces de instancia -no a las Salas de Casación, que son Tribunales de derecho- una facultad que puede ser ejercida antes de la sentencia definitiva y no durante la fase de ejecución del fallo, en la cual solo cabe proceder a la ejecución.”

228 Autorizada doctrina argentina ha defendido la naturaleza cautelar de la tutela anticipatoria. En tal sentido, PEYRANO (*Ob. Cit.* p. 21-22) ha propuesto la adopción de una “medida cautelar innovativa”, definiéndola como una “(...) medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las results consumadas de una actividad de igual tenor (...)”. Teleológicamente, la medida en comentario, suerte de trasvasamiento argentino de los *injunctiōns* del derecho angloamericano, puede constituir bien un anticipo cautelar del juicio de merito, bien reponer las cosas a su estado anterior o bien establecer la necesaria igualdad relativa que reclama la dinamica del proceso civil (*Ibidem.* p. 33 y 59-60).

En sentido diverso, antes de que la legislación brasileña estableciera el artículo 273 del código procesal civil de Brasil, la doctrina se confundía al diferenciar la tutela cautelar de la tutela anticipatoria. Así, José Carlos BARBOSA MOREIRA explica en “As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva” (En: *Temas de Direito processual*. Sexta série. Sao Paulo. Ed. Saraiva. 1997. p. 89): “Outro fenômeno apontado pelos juizes é o da relativa indistinção, na prática, entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar. Providências essencialmente cautelares são às vezes requeridas como providências antecipatórias. Não será de estranhar a confusão, se se tiver em vista a existência de dificuldades, mesmo do ponto de vista científico e dogmático, no traçado de linha divisória perfeitamente nítida entre os dois terrenos. Importaria aqui apurar como se têm conduzido, diante de situações do gênero, os órgãos judiciais. Em princípio, francamente, desde que não se altere a substância do pedido, não vislumbramos obstáculo irremovível à admissão de um requerimento pelo outro, determinando-se que o processamento observe a disciplina adequada à verdadeira natureza da matéria. O raciocínio será análogo ao que prevaleceu, no silêncio do Código, a favor da possibilidade de aproveitar-se, em certa medida, recurso inadequadamente interposto no lugar do cabível”.

229 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Teoría de la acción cautelar*. Tr.: Martha Olivar. Porto Alegre - Brasil. Ed. Sergio Antonio Fabris. 1993. p. 19.

género tutela preventiva, tal cuestión se tornó polémica en virtud de ciertas opiniones defendidas por Carnelutti, quien en sus últimos desarrollos doctrinales dividió los procesos cautelares en inhibitorios, restitutorios y anticipatorios, lo cual contribuyó decisivamente para que otros dos conceptos extremadamente polémicos y ambiguos se insertasen en la teoría de la función cautelar, son ellos el concepto de tutela cautelar restitutoria y el de tutela anticipatorio.<sup>230</sup> Es precisamente la doctrina brasileña<sup>231</sup>, en comentario a una norma específica, el art. 273 del *Código de proceso civil*,<sup>232</sup> la que afirma que la tutela anticipatoria, rompe con

230 La remisión a Francesco CARNELLUTTI es a su última obra sobre el proceso civil "Diritto e processo", publicada en italiano en 1959 y en castellano en 1971. CARNELLUTTI (*Derecho procesal civil y penal*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJE. 1971. Tomo I. p. 415-416) había criticado la clasificación bipartita del proceso cautelar en conservativo e innovativo, ya que toda providencia aporta una novedad, algo que de otra manera no hubiera ocurrido. Por ello propone una división tripartita concerniente al modo con el cual la fijación de la situación de hecho entre los litigantes es garantizada: inhibición (proceso cautelar inhibitorio), eliminación (proceso cautelar restitutorio), o anticipatorio (proceso cautelar anticipatorio) del cambio. No obstante, ya en la Italia de 1936, el genial maestro, en el primer tomo de su "Sistema" (*Sistema de derecho procesal civil*. Tr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ed. UTEHA Argentina. 1944. Tomo I. p. 250) nos introducía en el tema de la tutela anticipatoria, en los siguientes términos "Otras veces, de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia. Esa anticipación puede ser conveniente lo mismo respecto al proveimiento del proceso de conocimiento que del proceso ejecutivo".

231 MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela anticipatoria". En: Invedepro. *Revista venezolana de estudios de Derecho procesal*. Las medidas cautelares. Caracas. Livrosca. 2000. Nº 3. p. 28 y 30-32.

232 Art. 273 del Código Procesal Civil de Brasil (Ley nº 8.952, de 13/12/94): "El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I - Haya fundado temor de daño irreparable o difícil reparación; o II - quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. 1º En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso las razones de su convencimiento. 2º No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria. 3º La ejecución de la tutela anticipatoria observará, en lo que corresponda, lo dispuesto en los incs. I y II del art. 588. 4º La tutela anticipatoria podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada. 5º Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final."

el principio *nulla executio sine titulo*, fundamento de la separación entre conocimiento y ejecución, satisfaciendo anticipadamente y con base en una cognición sumaria el derecho material afirmado por el actor, aun sin producir cosa juzgada material. Además, se caracteriza por la provisoriedad más no por la instrumentalidad, ya que no es un instrumento destinado a asegurar la utilidad de la tutela final.

En la acertada síntesis de Gelsi Bidart, pueden diferenciarse dos situaciones de anticipación: una *impropia*, consistente en realizar antes de la diligencia principal y prevista, otra diligencia que no la sustituye, simplemente se verifica para asegurar el debido cumplimiento de aquella en oportunidad anterior a la establecida formalmente, siendo el caso típico de las medidas cautelares. La otra, *propriamente dicha*, consiste en efectuar la diligencia principal en oportunidad anterior a la prevista y programada<sup>233</sup>.

En sentido análogo, el profesor Roberto Berizonce<sup>234</sup>, nos habla de *medidas anticipatorias interinales* y de *medidas anticipatorias materiales o definitivas o autosatisfactivas*, pero adicionalmente afirma que las técnicas de anticipación, por una parte, son autónomas por poseer caracteres que les son propios, y por otra parte, persiguen asegurar la eficacia en concreto de la prestación jurisdiccional, mediante mecanismos simplificadores destinados a superar las dilaciones del proceso común.

En Italia, Crisanto Mandrioli ha sustentado la tesis de que los *provvedimenti d'urgenza* del art. 700 del Código Procesal, fueron estructurados con la técnica de la anticipación, aunque pueden asumir un contenido conservativo y hasta inhibitorio.<sup>235</sup> No obstante, alguna

---

233 GELSI BIDART, Adolfo. "Indicación sobre fundamento de la anticipación procesal". En: ARAZI, Roland (Coord.). *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI*. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Buenos Aires. EDIAR. 1997: p. 199-200.

234 BERIZONCE, Roberto Omar. "Tutela anticipada y definitiva" En: ARAZI, Roland (Coord.). *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI*. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Buenos Aires. EDIAR. 1997: p. 70.

235 MANDRIOLI, Crisanto. *Ob. Cit.* Tomo III. p. 315 y 317. En sentido similar aunque de manera menos explícita, REDENTI, ya había expresado su opinión en el sentido que los arts. 700 y siguientes del *Codice di Procedura Civile* generalizan, por así decirlo, la posibilidad de obtener providencias de carácter preventivo-cautelar, dejando en cada caso al órgano jurisdiccional, no solo el valorar las razones de su

doctrina italiana, al tratar de establecer la vinculación existente entre las tutelas cautelar y anticipatoria, llega a la conclusión de que el contenido de las *provvedimenti d'urgenza* puede tener el menor carácter anticipatorio, pero en tal hipótesis no podrá anticipar parcialmente o totalmente el contenido de la futura sentencia de mérito, destinada a regular definitivamente la relación por la cual existe el proceso.<sup>236</sup> Por su parte, en Alemania, Fritz Baur sostiene que las disposiciones de seguridad (§ 935) y las disposiciones regulatorias (§ 940), constituyen al mismo tiempo un *minus* y un *aliud* en comparación con la consecuencia jurídica que surge del derecho material, por lo que, al tener un contenido diverso de la sentencia que ordena el cumplimiento de la pretensión de derecho material, la providencia no debe, de ordinario, llevar a una satisfacción del acreedor, pudiendo solo coincidir con una obligación accesoria -contractual o legal-de ese derecho material.<sup>237</sup>

En Venezuela, Rengel-Romberg<sup>238</sup> ha defendido la tesis de que las medidas innominadas pueden ser conservativas o anticipativas. Define las medidas anticipativas o interinas, con Mandrioli, como:

Aquellas que el legislador ha construido con la 'técnica de la anticipación', es decir, aquella técnica cuyo elemento estructural esté dado por el hecho de que la providencia a pronunciarse antes de la sentencia de primer grado incide, al menos en parte, sobre la misma materia que constituirá el objeto de aquella sentencia; y cuyo elemento funcional inmediato, está dado por la exigencia de obviar el retardo con el cual será pronunciada la sentencia de primer grado, con la consiguiente implícita limitación de la duración de la providencia anticipatoria por el tiempo que dure el juicio de primer grado.<sup>239</sup>

---

oportunidad y urgencia, sino también el formar su contenido, como anticipo de lo que *a posteriori* podrá ser el posible o probable contenido de una futura providencia de fondo (REDENTI, Enrico. *Ob. Cit.* p. Tomo II. p. 284).

236 TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Struttura e limiti Della tutela anticipatoria. Padova. Cedam. 1983. p. 213; DITTRICH, Lotario. *Ob. Cit.* p. 198.

237 BAUR, Fritz. *Ob. Cit.* p. 75 y 85-86.

238 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 110-111.

239 *Ibidem*. p. 101-102. La doctrina venezolana se encuentra conteste respecto de tal posición. QUINTERO es del criterio según el cual deben existir medidas cautelares que diriman interinamente la situación controvertida, satisfaciendo anticipadamente el derecho deducido en el proceso, por existir el peligro de una prolongada insatisfacción, a causa de las dilaciones del mecanismo jurisdiccional. Luego, si

Rengel-Romberg explica en cuanto a la técnica de la anticipación que "(...) si bien es propia del legislador al concebir el sistema cautelar positivo en la ley procesal, puede ser empleada por el juez, aun cuando la generalidad de la norma no permita identificar bien su estructura anticipatoria, si la naturaleza de la relación sustancial lo aconseja; pero siempre consultando el juez lo más equitativo o racional en obsequio de la justicia y de la imparcialidad (...)" <sup>240</sup>, en razón, como bien advierte Henríquez La Roche, de la irreversibilidad de la situación de hecho que puede provocar la medida cautelar.<sup>241</sup>

Adolfo Rivas establece las semejanzas entre las medidas cautelares y las sentencias anticipatorias. En ambas hay provisoriedad pues quedan sujetas a lo que pudiera establecerse en la sentencia definitiva, si bien de

---

bien el interés procesal de actuar la medida cautelar en los supuestos tanto de las típicas como de las atípicas, está dado por el peligro derivado de la demora del proceso, empero, en la hipótesis de la lesión grave o irreparable en el derecho de una de las partes, la situación a cautelar no podría satisfacerse a través de un contenido equivalente, sino por virtud de una estructura que anticipe los efectos de la sentencia de mérito (QUINTERO, Mariolga. *Ob. Cit.* p. 150). Por su parte, HENRÍQUEZ incluye, dentro de la clasificación de las medidas cautelares innominadas, las anticipativas, que "son aquellas que adelantan provisionalmente la satisfacción de la pretensión deducida. Se resuelve interinamente, mientras dure el juicio, la relación jurídica controvertida entre las partes, a la espera de que a través del proceso judicial posterior, se perfeccione la decisión definitivamente, confirmando, modificando o renovando la providencia de arreglo provisional del litigio" (HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *El arbitraje comercial en Venezuela*. Caracas. Centro de Arbitraje de Camara de Comercio de Caracas. 2000. p. 232). Finalmente, DUQUE CORREDOR asevera que al ser la función de las medidas cautelares atípicas asegurar la efectividad mas no garantizar la ejecución del fallo que se pronuncie sobre la situación jurídica debatida, posibilita incluir en su especie no solo las medidas conservatorias sino también las satisfactivas que anticipan total o parcialmente los efectos de la decisión definitiva. La anticipación -sigue el autor- permite poner de relieve la instrumentalidad de la medida innominada respecto del proceso cuyos resultados garantiza, al establecer una adecuación o relación entre la sentencia que ha de dictarse, a fin de que no sea infructuosa, y las medidas mismas; y se justifica en aquellos procesos en los que no se persigue propiamente el pago de deudas o la entrega de un bien concreto, sino, a título ejemplificativo, el reconocimiento de derechos, la determinación de indemnizaciones, la equiparación de situaciones económicas, el mantenimiento o la eliminación de situaciones jurídicas, etc. (DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 154).

240 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 111.

241 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 232.

manera indirecta las primeras y directa las segundas, no proceden si ello significase una solución irreversible y se otorgan *inaudita parte*. Las diferencias son las que siguen: mientras las medidas cautelares sirven para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse; proceden ante el peligro en la demora vinculada a la pérdida o deterioro del objeto material del litigio; admiten la posibilidad de ser requeridas por el demandado; importan la existencia de una pretensión específica, distinta de la que hace al objeto principal del pleito, pero resultan instrumentales con respecto a la sentencia definitiva; exigen sólo la verosimilitud del derecho; están sujetas al principio *rebus sic stantibus*; las sentencias anticipatorias importan el cumplimiento de la prestación requerida o la satisfacción de la pretensión antes de dictarse la sentencia; tienen su origen en la indisponibilidad del derecho aun cuando ello pueda no poner en riesgo el objeto material del pleito; se dictan exclusivamente a favor del actor y en relación a su pretensión; la cosa juzgada anticipatoria constituye una modalidad del cumplimiento escalonado de la sentencia definitiva y no una herramienta para garantizarlo; se basa en la cuasi certeza del derecho en tanto existe sustanciación previa o situaciones de existencia manifiesta de ese derecho; el principio *rebus sic stantibus* no procede en las sentencias anticipatorias hasta el momento de la sentencia definitiva.<sup>242</sup>

7.15. *Tutela autosatisfactiva*. Explica Berizonce que mientras con las resoluciones anticipatorias se provee una protección puramente provisional e interina, adelantando total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida, mas sin prejuzgar ni interferir la definición final que sólo llega con la sentencia de fondo; *a contrario sensu*, las medidas autosatisfactivas, anticipatorias materiales o definitivas, de manera excepcional, dispensan a través de un proceso urgente una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, la cual agota y consume la litis, mediante un pronunciamiento en el mérito de la pretensión, cuyos efectos devienen de hecho irreversibles y, como corolario, tornan innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión. Implica el conferimiento al juez de una potestad judicial genérica y discrecional de decidir tempranamente, casi siempre *in limine*,

---

242 RIVAS, Adolfo A. "La satisfacción anticipada de la pretensión". En: GREIF, Jaime (Coord.) *Medidas cautelares*. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. p. 259-261.

sobre el fondo mismo de la pretensión, a fin de atender exclusivamente la tutela de situaciones suficientemente líquidas, en las que reluce un interés cierto y manifiesto, cuya existencia es cuando menos de alta probabilidad y de certidumbre, se desprende *in re ipsa* y que por su propia naturaleza se encuentra necesitado de protección urgente e impostergable.<sup>243</sup>

Peyrano configura la “medida autosatisfactiva” como una especie del género de los “procesos urgentes” (resoluciones anticipatorias, amparo y *habeas corpus*, medidas cautelares, etc, en los que el factor “tiempo” posee una relevancia superlativa), y que se caracteriza por un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables el cual se agota con su despacho favorable, no poseyendo naturaleza cautelar por no haber necesidad de la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. Proporciona una solución a tres tipos de problemas: i) a la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica que requiere, para la obtención de una solución jurisdiccional urgente, la ulterior o conmitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento o caducidad de la medida; ii) en sede procesal, se corresponde adecuadamente con normas legales de fondo que consagran soluciones urgentes no cautelares; iii) es una herramienta inapreciable para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho, en curso inminentes, contrarias a Derecho, respecto de las cuales el aparato cautelar resulta inoperante o ineficiente.<sup>244</sup>

Las medidas autosatisfactivas de asemejan a las medidas cautelares porque ambas se inician con una postulación de que se despache

---

243 BERIZONCE, Roberto. “La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)”. En: GREIF, Jaime (Coord.) *Medidas cautelares*. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. p. 159-160. Por su parte, Augusto MORELLO (*Anticipación de tutela*. La Plata. Ed. Platense. 1996. p. 46-47) ha hablado de la “cautela sustancial” o “cautela de efectos materiales” entendida como una tutela diversificada de efectos actuales, por la cual, mediante un procedimiento de tutela jurídica provisional y no por medio del juicio ordinario, se consigue prácticamente la satisfacción de la pretensión y su protección sustancial, por vía de una medida cuyos efectos significan un anticipo provisionalmente igual a los efectos de la sentencia definitiva.

244 PEYRANO, Jorge. (“Soluciones urgentes no cautelares (medida autosatisfactiva)”. En: Invedepro. *Revista venezolana de estudios de derecho procesal*. Las medidas cauletares. Caracas. Ed. Livrosca. 2000. No 3. p. 15-20



favorablemente e *inaudita altera pars* un pedido, pero se diferencian en que la medida autosatisfactiva no es instrumental ni provisoria, reclama una fuerte probabilidad -cercana a la certeza- de que lo requerido sea atendible y no la mera verosimilitud, acarrea una satisfacción definitiva y genera un proceso que es autónomo por no ser tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo.<sup>245</sup>

7.16. *Medidas cautelares administrativas*. En el Derecho español, conforme nos explica González Navarro, a partir del auto del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1990 y a pesar de la dispersa regulación de las medidas cautelares, se reconoce como consagrada una regla de universalidad, verdadero *numerus apertus*, mediante la cual se hace evidente la posibilidad para los poderes públicos (vale decir, las administraciones y los tribunales) el adoptar cualquier clase de medida cautelar –nominada o innominada– que sea adecuada para garantizar la efectividad de la decisión (acto administrativo o, en su caso, sentencia) que recaiga, a futuro, sobre el fondo para poner fin a la cuestión litigiosa.<sup>246</sup>

La sentencia en mención explica que, a la luz, por una parte, del expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución española (art. 24) y, por la otra, de la vigencia del principio general del derecho comunitario que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón (conclusiones del Abogado general en la

245 PEYRANO, Jorge. "La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil". En: GREIF, Jaime (Coord.) *Medidas cautelares*. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. p. 213. SANTOS, Mabel de los. "Medida autosatisfactiva y medida cautelar ( semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)". En: GREIF, Jaime (Coord.). *Ibidem*. p. 368-369.

246 GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho administrativo español*. El acto y procedimiento administrativos. Tomo III. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra. 1997. p. 1316. Explica este autor que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 122), la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 116) y ahora la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 111) prevén sólo una medida cautelar, cual es la suspensión, pero la sentencia española de 20-12-90 estableció que hay que poner en conexión tales preceptos con otros del ordenamiento jurídico español como son los artículos 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo (que ahora es el art. 72 Ley de la del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), para de ellos hacer derivar la regla de universalidad de la tutela cautelar.

sentencia Factortame del Tribunal de justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990), la dispersa regulación de las medidas cautelares en el derecho español puede llegar a ser interpretada armónicamente a fin de verificar la existencia del “derecho a una tutela cautelar”, ínsito al derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, por efecto del paralelismo entre los preceptos pertinentes del proceso civil y del procedimiento administrativo, puede ser aplicado de manera coherente tanto en la vía revisora judicial como en la vía previa administrativa, lo que, en definitiva, “ (...) significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial).”<sup>247</sup>

Al hablar González Navarro de la regla de la universalidad del derecho a la tutela cautelar, lo hace en dos sentidos diversos. El primero referido a la afirmación de la potestad que detentan tanto los órganos jurisdiccionales como los órganos administrativos de ejercer la función cautelar. El segundo tiene que ver con el contenido de dicha potestad, vale decir, al alcance que la referida potestad debe tener, que de acuerdo a un criterio teleológico, debe ser amplia, a manera de un poder cautelar general, tal y como ha sido planteado en el ámbito del derecho procesal civil.

El producto del ejercicio de tal potestad lo constituyen, en el ámbito administrativo, las denominadas medidas cautelares administrativas, las cuales han sido definidas, de nuestra parte, como:

(...) disposiciones, producto del ejercicio de una potestad de la Administración, que tienen naturaleza instrumental, provisional y excepcional, son dictadas en el curso de un procedimiento y tienen por finalidad tutelar en sede cautelar el interés público, normalmente por vía del aseguramiento provisorio de los efectos de la resolución final para que no se haga ilusoria. En tal sentido, las medidas cautelares administrativas se plantean como un control de la actividad de los particulares a los efectos de la protección del interés general.

(...) la prevalencia del concepto de orden público así como la imperatividad de las prescripciones de los órganos de los poderes en el Derecho público, hace realmente diferente la aplicación de la institución cautelar “sobre” relaciones de Derecho público, en las que

---

247 *Ibidem.* p. 1282-1283.

normalmente cabría la posibilidad -por la intervención de un tercero decisor, como por ejemplo de un órgano judicial- de que se decreta, por ejemplo, una medida a favor del administrado como garantía frente a las prerrogativas de la Administración; que 'dentro' de un procedimiento de generación de la voluntad de la Administración pública, pues en este supuesto la Administración maneja la idea cautelar no como un derecho sino como una potestad que tutela prevalentemente el orden público y no simplemente la eficacia de una resolución, siendo que adicionalmente tienen las medidas que se adopten carácter ejecutivo y ejecutorio.<sup>248</sup>

Se ha dicho que cuando la administración dicta tales medidas ciertamente las mismas pueden tener un carácter preventivo o pueden estar dirigidas a salvaguardar los derechos e intereses de los particulares o de la comunidad en general, pero en modo alguno hay una petición cautelar, pues no existe el carácter jurisdiccional, ni están dirigidas a proteger la futura ejecución de un fallo, siendo que son actos administrativos por vía de los cuales se ejerce la función tutelar genérica que implica el ejercicio de la función pública<sup>249</sup>, constituyendo el producto del ejercicio de una potestad de la Administración por vía de la cual tutela el orden público "dentro" de un procedimiento administrativo respecto del cual debe dictar posteriormente la resolución definitiva.

### **8. Naturaleza jurídica y contenido**

Se entiende que determinar la naturaleza jurídica de un instituto es, como dice Montero Aroca, buscar la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que se esté estudiando<sup>250</sup>, o como afirma Barrios de Ángelis, fijar la idea central de la institución considerada y establecer su ubicación sistemática en el orden jurídico.<sup>251</sup>

248 URDANETA SANDOVAL, Carlos. *Las medidas cautelares administrativas y las medidas provisionales en el régimen sancionador de la ley orgánica de telecomunicaciones*. Caracas. Trabajo especial de grado para optar al grado de Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Católica "Andrés Bello". 2003. p. 342-343.

249 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 84, 101 y 109.

250 MONTERO AROCA, Juan. "El proceso no tiene naturaleza jurídica". En: *Revista de derecho procesal*. Dir. José Rafael González Escorche. Caracas. Ed. Paredes. N° 1. 1990. p 102.

251 BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 234.

En tal sentido, en Venezuela, encontramos a Rengel-Romberg<sup>252</sup> quien expone:

Por su naturaleza cautelar, las medidas innominadas se encuentran en una relación de instrumentalidad con la providencia de mérito cuyos efectos vienen a asegurar provisoriamente. Pero por su estructura, la instrumentalidad de la medida puede ser más o menos amplia, de tal modo que en unos casos se limita a prevenir el riesgo de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo y asegurar los medios del proceso definitivo (medida conservatoria); mientras que en otros, la medida tiende a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, e incide sobre la relación sustancial que será objeto de la sentencia de mérito mediante una providencia anticipada y provisoria que da satisfacción al derecho discutido en el mérito (medida anticipatoria), hasta el momento en que a esta regulación provisoria se sustituya la definitiva dictada en el proceso.<sup>253</sup>

Por su parte, Quintero observa a la tutela cautelar como una técnica de la justicia constitucionalizada para lograr un resultado eficiente dentro del proceso. Explica que la anormal dilación del proceso produce un ulterior peligro de daño marginal causado por el mal funcionamiento del servicio de la administración de justicia, el cual podría calificarse como una lesión constitucional ya que amenaza la violación del derecho constitucional a una protección jurisdiccional efectiva, en el que se debe traducir el derecho humano de acceso a la justicia, y que se formularía así: es razonable pensar que las consecuencias de la disfunción judicial genera en un daño temido<sup>254</sup>. Ahora bien, sigue Quintero<sup>255</sup>, si

---

252 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 110-111.

253 En sentido similar, en Italia se ha sostenido que las providencias de urgencia tienen naturaleza cautelar y función instrumental respecto de una futura decisión de mérito, de la cual aseguran provisoriamente sus efectos (CARPI, Federico y otros. *Ob. Cit.* p. 1025), y que por ello, las características propias del instituto son su función instrumental (y por ello cautelar) respecto de la decisión sobre el fondo y su función subsidiaria con relación a las medidas cautelares típicas o nominadas, así como su estructura atípica no predeterminada por el legislador, mediante la cual puede asumir un contenido ya anticipatorio o ya meramente conservativo (MANDRIOLI, Crisanto. *Ob. Cit.* Tomo III. p. 314 - 316).

254 QUINTERO, Mariolga. *Ob. Cit.* p. 131-134.

255 *Ibidem.* p. 137.

entendemos la potestad del juez de dictar medidas innominadas como una función insita en el poder de administrar justicia, que tiene por objeto colmar los vacíos que necesariamente tiene que presentar la ley, resulta obvio que cuando no pueda verificarse la garantía constitucional de acceso a un proceso efectivo, debido a la existencia de un peligro en la demora en cumplirse la actuación de la ley, el juez debe estar facultado para evitarlo, dictando la medida cautelar que garantice un resultado práctico, aún cuando no esté predeterminado en la ley.<sup>256</sup>

Desde una óptica diversa, en Brasil Galeno Lacerda considera que el poder cautelar general posee una naturaleza discrecional en sede jurisdiccional, pues proviene de una norma amplísima, que confía a la conciencia, a la ponderación, a la prudencia del juez el criterio de, según su justo arbitrio, motivado por la exigencia y valoración de los hechos, determinar las medidas provisorias que juzgue adecuadas. Ahora bien, no obstante que la discrecionalidad del poder cautelar general o innominado posea carácter jurisdiccional, Lacerda advierte que por virtud del mismo podrían, eventualmente, solicitarse cautelares atípicas voluntarias, de carácter administrativo<sup>257</sup>. Proto Pisani sostiene, a su vez, que las *provvedimenti d'urgenza* del artículo 700 del *Codice di Procedura Civile* implican el ejercicio de un poder *lato sensu* discrecional del juez singular, poder discrecional que resulta intrínseco a la formulación de cualquier norma de cláusula del sistema<sup>258</sup>.

---

256 La posición de ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 264-266) al respecto se resume en las siguientes pautas: el poder cautelar es a la vez una manifestación de la jurisdicción cuando actúa en sede preventiva, así como un elemento del sistema de tutela de derechos el cual se subdivide, en primer lugar, en un poder cautelar específico aludiendo a aquellas manifestaciones de prevención de la litis expresamente previstas por el ordenamiento jurídico, en tanto se encuentra preordenado a la preservación del fallo definitivo del juicio principal y por ello mismo puede concebirse como una verdadera garantía procesal de las partes en un litigio; y en segundo lugar, el poder cautelar general, cuya materialización práctica se encuentra en la institución de las medidas innominadas, el cual posee un carácter tutelar de derechos, por consistir en una facultad preventiva concedida a los jueces en orden a impedir no sólo que quede ilusoria la ejecución de la sentencia principal, sino también que en el transcurso del proceso, una de las partes pueda causar un daño a los derechos de la otra, o a evitar la prosecución del daño si la lesión es actual y continua.

257 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 75-77.

258 PROTO PISANI, Andrea. *Ob. Cit.* p. 361.

*A contrario sensu*, en el Perú, Monroy Palacios, al entender que la discrecionalidad alude no sólo a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional mantenga un margen de libertad en la determinación de la solución adecuada a un problema jurídico, sino también que tal actuación (dentro del margen de libertad) no se encuentra sometida a una revisión anterior, entiende que la discrecionalidad no se presenta en sede procesal y que el juez lo que tiene frente a sí es un margen de libertad interpretativa delineada por tópicos (como los principios procesales, morales, entre otros), morigerado por el deber de motivación, el cual garantiza una tramitación y posterior composición justa del proceso.<sup>259</sup> Por su parte, en Venezuela, Zoppi ha negado el carácter de discrecionalidad de las “providencias cautelares” mencionadas por el párrafo primero del art. 588, por cuanto para acceder a las mismas el juez debe estar en presencia de tres requisitos: el riesgo de que no se haga ilusoria la ejecución, la presunción grave del derecho reclamado y el temor de que una de las partes pueda causar una lesión grave y definitivamente irreparable o de difícil reparación al derecho de la otra.<sup>260</sup>

Ahora bien, para sustentar nuestra posición respecto de la naturaleza jurídica del instituto debemos partir de un doble punto de vista: en primer lugar, la potestad general de cautela se configura como un poder legal que cumple una función cautelar por virtud de una específica estructura discrecional; y en segundo lugar, su materialización genera una medida

---

259 MONROY PALACIOS, Juan José. *Ob. Cit.* p. 337 *passim*. Incurrir este joven autor en un error de base al considerar que la resolución judicial realizada a partir de un poder discrecional es inimpugnable, por verificarse una validez *a priori*. Su tesis se fundamenta en que los clásicos distinguían entre la actuación de la Administración reglada, la cual era susceptible de ser controlada judicialmente, y la discrecional, que no podía ser objeto de control jurisdiccional alguno. Tal distinción ha sido abandonada pues hoy se habla del control de los actos discrecionales de la Administración, en tanto su ejercicio está limitado no sólo por la Ley sino por el Derecho, siendo que en el caso del juez, como enseña Alejandro NIETO (*El arbitrio judicial*. Barcelona. Ed. Ariel. 2000. p. 219), el arbitrio es un criterio de la toma de decisión, pues el órgano jurisdiccional adopta sus resoluciones siguiendo o un criterio de legalidad o un criterio de su propio arbitrio o más comúnmente combinando ambos de tal forma que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad.

260 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 37-38.

o providencia judicial la cual realiza una función cautelar en razón de un contenido atípico que, no estando predeterminado por el legislador, puede adecuarse a las específicas y siempre mutables exigencias de la vida. Hacemos hincapié en este análisis bifocal pues nos permite un análisis más coherente de la cuestión, en el sentido que se explica: al hablar de un poder legal que se materializa en una medida o providencia judicial, hacemos referencia a la diferencia que existe entre los grados superiores y los inferiores de la concreción jurídica, a la normativa abstracta (la ley) y a la normativa concretizada (la decisión judicial), en cuanto en las normas de orden inferior surge algún elemento material que falta a las superiores.

Tal visión nos advierte también sobre lo inadecuado de hablar de un poder cautelar atípico, impropiedad análoga a la de hablar de una medida cautelar discrecional. Atípica es la conducta que se caracteriza por no adecuarse a un tipo o fórmula legal y si con tal término queremos realizar un símil y referirnos a una potestad jurisdiccional que no prevé un tipo legal o contenido específico para su verificación, incurrimos en un error pues el tipo legal existe y es el discrecional, según el cual, explica Alejandro Nieto, el juez tiene la potestad, inseparable de la legalidad, de aplicar el Derecho adaptándolo a las circunstancias concretas del caso que ha de resolver, mediante la elección, a su libre apreciación o arbitrio, entre varias opciones posibles y razonables<sup>261</sup>. Como asienta Recasens Siches, "...obrar discrecionalmente no quiere decir obrar arbitrariamente, sino regirse por principios generales, aplicarlos a las particularidades de cada caso concreto, y sacar las consecuencias..."<sup>262</sup>

Podemos hablar, entonces, de un poder legal<sup>263</sup> de cautela de naturaleza discrecional y, consecuentemente, de una medida o

261 NIETO, Alejandro. *Ob. Cit.* p. 219-222.

262 RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. México. Ed. Porrúa. 5ta ed. 1975. p. 217.

263 Respecto de los vocablos "poder" en sentido amplio y "poder legal", en criterio del profesor brasileño de derecho constitucional Manoel Goncalves FERREIRA FILHO, la primera acepción implica la capacidad de alterar el mundo exterior, de producir efectos externos, sea sobre cosas, sea sobre hombres. Y al decir capacidad se admite el poder como potencial, el cual existe si y sólo si se puede hacer efectivo en el mundo exterior, si y sólo si se puede tornar en un poder efectivo. En cuanto al poder legal, el mismo autor remite al sociólogo WEBER, para quien es aquel

providencia cautelar de naturaleza atípica. La atipicidad como consecuencia del ejercicio de la discrecionalidad y ésta como *condictio sine qua non* para la verificación de aquella. Ahora bien, la función cautelar se verifica tanto en el poder legal como en la medida judicial, pues ambos existen para asegurar la eficacia del proceso, sólo que desde grados diversos de la escala normativa para la formación del derecho, por lo cual podemos afirmar que la categoría jurídica general dentro de la que se debe encuadrar nuestro instituto jurídico es en el de la naturaleza o función cautelar.

Pero aún debemos alcanzar la naturaleza esencial o específica de lo analizado, la delimitación intelectual de su esencia dentro de lo cautelar, y esto no es más que el *prius* lógico o antecedente necesario para la adopción de una medida o providencia cautelar atípica, cual es la discrecionalidad en sede jurisdiccional de la que habla Lacerda.<sup>264</sup> ¿Qué fórmula se ha utilizado en el Código de Procedimiento Civil venezolano para conferir atribuciones al juzgador en la dirección del proceso?. Explica Calderón que las normas procesales pueden contener bien un supuesto de hecho legalmente definido con unas consecuencias jurídicas enunciadas de manera “agotadora”, o bien, pueden dejar indeterminado cualquiera de los componentes o los dos simultáneamente, por lo que cuando es requerida la indeterminación, el legislador puede realizarlo de dos maneras diferentes: puede seguir el sistema del derogado artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (del 700 del Código de Procedimiento Civil italiano e incluso del 940 ZPO alemán), esto es, la indeterminación tanto con relación al supuesto de hecho como en referencia a las consecuencias jurídicas, o también puede acudir a las disposiciones mixtas, enumerando en sentido enunciativo una serie de cautelas para concluir con una cláusula general más o menos amplia comprensiva de otra serie de consecuencias jurídicas no expresamente determinadas.<sup>265</sup>

---

poder estatal que se funda en un estatuto, esto es, en un cuerpo de normas, legisladas o consuetudinarias, que definen a quien compete ese poder, cómo se ejerce y hasta donde él se extiende (“O poder e seu controle”. En: *Revista da Faculdade de direito*. Universidade de Sao Paulo. Dir: José Cretella Junior y otros. Volume LXXIX. Janeiro - dezembro 1984. p. 115 y 126).

264 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 75.

265 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 97.



En el caso venezolano, la solución adoptada es la sugerida por Alcalá-Zamora en su prólogo a la obra de Rodríguez Urraca: se especificaron los poderes del juez, de la manera más próxima y concreta, vale decir, por sectores de actos o fases del procedimiento, como por ejemplo, facultades del juez en materia de plazos, medidas cautelares, pruebas, medios impugnativos, ejecución<sup>266</sup>.

En lo que toca al aumento del poder legal del juez por vía de medidas cautelares de tipicidad o *tatbestand* abierto, éste se encuentra consagrado en el párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil, en el cual, según comenta Henríquez La Roche<sup>267</sup>, queda implícito el carácter discrecional de las medidas cautelares, vale decir, la jurisdicción de discrecionalidad, propiamente llamada jurisdicción de equidad<sup>268</sup>, la cual tiene "... por objeto la razón de justicia del caso concreto (epiqueya), la solución satisfactoria, también en sede cautelar provisional, que el caso reclama..."; sobre todo, según el mismo autor<sup>269</sup>, al establecer la posibilidad de adoptar las providencias que tengan por objeto interrumpir actos lesivos actuales, vale decir, "hacer cesar la continuidad de la lesión", frase generica de contenido semantico muy vasto, la cual "(...) permite al juez elaborar o construir, a su arbitrio, la medida a la medida de la pretension deducida; es decir, una medida idonea, adoptando providencias de autorizacion o prohibicion que garanticen la efectividad del derecho cuya procedencia es, al menos, presumible."

Desde esta perspectiva, Vittorio Denti<sup>270</sup> ha podido afirmar que la equidad en cuanto opuesta a la legalidad, concentra en sí en modo eminente la atribución al juez de un poder discrecional. Sin embargo, a

---

266 RODRÍGUEZ URRACA, José. *Ob. Cit.* p. XLII.

267 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p. 47.

268 Sobre el tema de la Jurisdicción de equidad ver *in extenso* URDANETA SANDOVAL, Carlos. "Juicio de equidad en el proceso civil venezolano", en *Revista de la Fundación Procuraduría* Caracas. Imprenta Nacional. 1996. No. 15. p. 323-408.

269 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 329-330.

270 *Apud*. CAPPELLETTI, Mauro. "Il giudizio d' equità e l' appello". En: *Rivista di diritto processuale*. Dir: Francesco Carnelutti. Padova. CEDAM. Volume VII-Parte II. 1952. p. 144.

pesar de la certeza de tal comentario, ha llegado a afirmar Elio Fazzalari<sup>271</sup> que, por regla general, el ámbito de la discrecionalidad del juez es exiguo respecto de aquél de la administración pública, lo cual se explica considerando que el juez opera en una estructura con contradictorio y con gran cantidad de la actividad procesal desarrollada por las partes. Es desde este punto de vista que debe ser interpretada la afirmación de Zoppi<sup>272</sup> según la cual las medidas o providencias cautelares atípicas no son discrecionales, opinión que consideramos un error evidente en tanto, según enseñan García de Enterría y Fernández<sup>273</sup>, los elementos reglados por la ley en toda potestad, discrecional y que no pueden dejar de serlo, son la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla, y el fin, pues todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica. Además, pueden haber otros elementos que pueden estar reglados eventualmente: tiempo u ocasión para un ejercicio, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado, etc., por lo que concluyen afirmando que el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora, y en el caso que nos ocupa, del juez.

Por lo tanto, los requisitos para la procedencia de las providencias cautelares atípicas no implican un condicionamiento que niegue la existencia de un poder legal discrecional en la materia, sino sólo uno de los elementos reglados por la ley dentro del ejercicio de la potestad cautelar discrecional en análisis, y es allí donde radica el error de Zoppi.<sup>274</sup>

---

271 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto processuale*. Padova. CEDAM. 5ta. ed. 1989. p. 333.

272 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 37.

273 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid. Ed. Civitas. 4ta ed. 1986. Tomo I. p. 431.

274 En tal sentido, la sentencia de fecha 31 de marzo de 2.000 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (Caso Carlos Valentín Herrera c/ Juan Carlos Dorado), ha señalado:

“Según el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, cuando la ley dice que el juez puede o podrá se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio consultando siempre lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

“Ahora, en materia de medidas preventivas esa discrecionalidad no es absoluta sino que es menester el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del

Dilucidada la interrogante anterior debemos preguntarnos ¿Cuáles son los elementos que permiten identificar la existencia de un poder legal discrecional dentro del contexto de la norma del párrafo primero del art. 588 Código de rito civil?. Acogiendo las notas identificadoras de la actividad discrecional desarrolladas por Rondón<sup>275</sup>, podemos afirmar que son dos las razones que nos llevan a considerar la existencia de discrecionalidad en la norma mencionada:

fallo y que se haya acompañado el medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

“Además, el Juez debe limitar las medidas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio. Así lo disponen los artículos 585 y 586 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

“No basta entonces que el solicitante de la medida acredite los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, desde luego que el Juez no está obligado al decreto de las medidas, por cuanto el artículo 588 eiusdem dispone que el Tribunal, en conformidad con el artículo 585 puede decretar alguna de las medidas allí previstas; vale decir, que lo autoriza a obrar según su prudente arbitrio.

“De forma y manera que, no estando obligado el Juez al decreto de ninguna medida aun cuando estén llenos los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, no se le puede censurar por decir, para negarse a ella, que ‘...de los recaudos presentados no se determinan los elementos contenidos en la norma invocada’ y que ‘...no se observa que se haya dado los supuestos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil’, desde luego que podía actuar de manera soberana.

“En efecto, muy bien podía el sentenciador llegar a la conclusión de que se le habían demostrado los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil y, sin embargo, negarse al decreto de la medida requerida por cuanto el artículo 588 eiusdem lo faculta y no lo obliga a ello.

“Consecuencialmente, si el Juez en estos casos está facultado para lo máximo, que es el decreto, también lo está para lo menos, que es su negativa.

“Es decir que la negativa a decretar una medida preventiva es facultad soberana del Juez por lo cual su decisión no está condicionada al cumplimiento estricto del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual no es susceptible de censura por no adaptarse a sus previsiones.

“Caso contrario sucede cuando el Juez opta por decretar la medida requerida, por cuanto en este supuesto, dado que puede constituir una limitación al derecho de propiedad de la parte contra la cual obra, el Tribunal está obligado a fundamentar las razones y motivos que lo llevaron a considerar probado el ‘periculum in mora’ y el ‘fumus boni iuris’, y además debe describir las consideraciones por las cuales cree que la medida decretada se limita a los bienes estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio, desde luego que la facultad para su decreto está condicionada a esos extremos” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

i) Por la naturaleza facultativa de la norma, la cual se revela en el verbo permisivo “poder” usado en dos ocasiones por el legislador, otorgando una libertad de apreciación que constituye una esfera de discrecionalidad.

Rondón y Henríquez La Roche<sup>276</sup>, admiten que uno de los principios que rige el ejercicio del poder cautelar general del juez es el principio de la discrecionalidad o de la actuación facultativa, el cual opera de conformidad con la locución verbal “podrá acordar”, interpretada a la luz del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, como aplicación de la prudencia, de la equidad, de la justicia y de la imparcialidad. El contenido del art. 23 *eiusdem* es del tenor siguiente “... cuando la ley dice: ‘El Juez o Tribunal puede o podrá,’ se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.”<sup>277</sup> De su contenido se infieren los parámetros para el ejercicio de una jurisdicción de discrecionalidad o de equidad siempre que, durante el trámite procesal previo a la decisión (*in procedendo*) o en la sentencia (*in iudicando*) o en ambos, el juez esté facultado explícita o implícitamente para elegir entre la asunción de dos o más conductas potencial y normativamente admisibles para la resolución de un pasaje determinado del proceso.

Los agudos comentarios de Giuseppe Lumia resultan pertinentes insertarlos aquí:

Toda norma (...) se presenta, pues, como un esquema que, aunque dentro de los límites definidos por su formulación textual y por los usos lingüísticos, comporta una pluralidad de aplicaciones; la norma

---

276 RONDON DE SANZO, Hildegard. “La suspensión de los efectos de los actos administrativos en la esfera de las medidas cautelares”. En: *200 años del Colegio de Abogados*. Libro-Homenaje. Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas. Ávila Arte/Impresores. 1989. Tomo II. p. 358; RONDON DE SANZO, Hildegard. “Medidas cautelares innominadas (con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo)”. En: *Derecho procesal civil* (El CPC diez años después). XXII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”. Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. p. 309; HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 330.

277 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *El nuevo Código de Procedimiento Civil*. Caracas. Ed. Ex Libris. 1987. p. 307.

define un “espacio operativo”, un “campo” de posibilidades jurídicas (es decir, de “legitimidad”) dentro del cual quien está llamado a aplicarla (lo que equivale a individualizar el precepto contenido en ella) debe realizar una elección. Tal elección entre las alternativas jurídicamente posibles permitidas por la norma –que son más numerosas cuanto mayor es la esfera de indeterminación que la norma comporta– no puede hacerse más que a la luz de un juicio que tiene en cuenta los valores surgidos de la sociedad, pero que también resulta influido por las preferencias individuales del intérprete.<sup>278</sup>

Con base a lo apuntado por Lumia, el objetivo de este art. 23 reviste una función teleológico-instrumental, consistente en servir de marco de referencia al órgano jurisdiccional en el momento de la apreciación de un mandato jurídico facultativo, para que ajuste el fundamento de su elección a los valores allí expresados. Se deduce entonces que tanto la razonabilidad como la equidad actúan como fronteras axiológicas para considerar como adecuada la elección del juez. Así, una antigua sentencia de casación del 15 de julio de 1913<sup>279</sup> determina el sentido legal del vocablo “pueda” como el de una autorización concedida por la ley al juez para obrar de modo equitativo y racional procurando impartir la más recta justicia.

Como se observa, el ámbito de aplicación concedido a dicha norma es muy amplio, pues no sólo esta referido a los casos en que explícitamente se establece la facultad de elegir –verbigracia, cuando se utilice la fórmula “puede” o “podrá” u otra similar– sino también en aquellos de permisión implícita –cuando a la figura o institución a aplicar le sea connatural la remisión de su procedencia, gradación o extensión a la voluntad del juez. A manera de ejemplo, el art. 12 y el párrafo primero del art. 588 posibilitan al juez, el fundar su decisión en las máximas de experiencia y ejercitar un poder cautelar genérico, respectivamente. En ambos casos la remisión a un acto volitivo del órgano jurisdiccional es expresa, pero igualmente de la naturaleza potestativa inherente a tales institutos se infiere que el juez tiene la posibilidad de elegir entre un determinado

---

278 LUMIA, Giuseppe. *Principios de teoría e ideología del derecho*. Tr. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid. Ed. Debate. 2da ed. 1979. p. 74-75.

279 *Apud*. BRICE, Angel Francisco. *Lecciones de procedimiento civil*. Caracas. s/Ed. 1964. Tomo I. p. 92.

número de conductas permisibles, lo que se traduce en ese mandato facultativo implícito de que se habla.

ii) Precisamente la segunda razón para considerar la existencia de un poder legal discrecional en esta norma, estriba en que la misma le acuerda al juez una facultad disyuntiva o alternativa cuando le dice "...el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión..."<sup>280</sup>

Recordemos con García de Enterría y Fernández<sup>281</sup> que la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, posición que comparte Satta<sup>282</sup> para quien discrecional resulta la actividad del órgano jurisdiccional cuando al aplicar una norma, concreta su voluntad, si bien optando entre varios contenidos posibles. En ese sentido Fazzalari ha afirmado que la norma provee de discrecionalidad al sujeto en las hipótesis en las cuales los presupuestos de la conducta pueden variar bajo la singularidad de los casos concretos, y requieren, para alcanzar su fin, de una modulación específica. La discrecionalidad -para dicho autor- consiste en la correlación entre el fin establecido y la situación concreta en presencia de la cual tal fin va a ser alcanzado.<sup>283</sup>

Como la norma en estudio presenta la posibilidad al juez de elegir entre dos o más conductas para alcanzar la eficacia de su finalidad cautelar ante un caso concreto, es esta otra fórmula legal identificadora de su discrecionalidad. Nuestra jurisprudencia ha reconocido la discrecionalidad inherente al párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil, *exempli gratia*, en sentencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia del 12 de marzo de 1992<sup>284</sup> cuando expresó "de la norma transcrita anteriormente, se refleja un amplio poder discrecional y cautelar que detenta el Juez de la Instancia, para asegurar

---

280 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Ob. Cit.* p. 378.

281 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón. *Ob. Cit.* p. 434.

282 SATTÀ, Salvatore. *Derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires. EJE. 1971. Tomo I. p. 181.

283 FAZZALARI, Elio. *Ob. Cit.* p. 332.

284 *Apud.* RAMÍREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1992: Tomo CXX. p. 591.

la efectividad de la medida decretada...”; así como en sentencia del 4 de agosto de 1994<sup>285</sup> de la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal según la cual “el carácter discrecional de las medidas cautelares queda entendido en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil en estos términos: ‘El juez o tribunal puede o podrá’. Ello significa que la ley autoriza al Juez, le confiere una facultad discrecional para actuar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en razón de la justicia, de la imparcialidad y de la objetividad...”.

Es en este punto que Rengel-Romberg<sup>286</sup> nos habla de que no se trata de una arbitraria discrecionalidad, sino de una discrecionalidad técnica<sup>287</sup> otorgada al juez en este campo, que lo autoriza para obrar consultando lo más equitativo y racional, al servicio de la justicia.

Si entendemos la frase “discrecionalidad técnica” en el sentido que lo ha manejado la doctrina iusadministrativista, nos percataremos que en Italia se le ha contrapuesto el concepto “discrecionalidad administrativa” y en Alemania se le ha calificado como los “conceptos jurídicos indeterminados” (*unbestimmte rechts begriffe*), tesis recogida en España y los países latinoamericanos.<sup>288</sup> Nos enseñan García de Enterría y

285 *Apud.* MORALES CABELLO, Oswaldo. *Ob. Cit.* 1994: No 8-9, 318 – 319.

286 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 92.

287 REDENTI (*Ob. Cit.* p. 245) habla en Italia, en el sentido que la concesión o no de las medidas cautelares, se hace depender de una apreciación de probabilidad del juez acerca del presumible fundamento de la acción-pretensión de fondo y en cuanto a la existencia del peligro de que, sin medidas cautelares, la misma, aunque fundada, caiga en el vacío. “Hay en ello –concluye el Maestro- cierto elemento de discrecionalidad técnica, que no hay en el pronunciamiento de providencias finales (...)”

288 BREWER - CARIAS, Allan Randolph. “Los límites al ejercicio del poder discrecional”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo*. Dir: Américo Plá Rodríguez y otros. Montevideo - Uruguay. Enero - junio 1991. Año XXXII. No 1-2. p. 38 y 42.

En el referido sentido, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 19 de mayo de 1983 (Caso Radio Caracas TV vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones), declaró: “El presupuesto de hecho -ofensa a la moral publica- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina ha denominado conceptos jurídicos indeterminados y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras estas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico

Fernández<sup>289</sup> que lo esencial del concepto jurídico indeterminado es que la propia indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso<sup>290</sup>. Luego, como dice Brewer-Carías, en la “discrecionalidad técnica” no existe escogencia y por ello no es discrecionalidad.<sup>291</sup>

En consecuencia, si el párrafo primero del art. 588 implica la elección de una solución concreta encomendada en forma expresa por la ley mediante la apertura de un hueco para la aplicación del arbitrio del órgano jurisdiccional, no compartimos la opinión del maestro Rengel-Romberg al hablar de discrecionalidad técnica para explicar el arbitrio judicial en las medidas cautelares atípicas, pues tal concepto no implica una elección adecuada entre dos o más opciones guiada por criterios de

---

indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite, sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma”.

289 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón. *Ob. Cit.* p. 434.

290 Según explica Karl ENGISCH (*Introducción al pensamiento jurídico*. Tr. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Ed. Guadarrama. 1967. p. 139-140), por concepto indeterminado se entiende “(...) un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto (...)”, siendo que, dentro del Derecho, la mayoría de los conceptos son, al menos parcialmente, indeterminados, y *a contrario sensu*, poco frecuentes los absolutamente determinados, como los numéricos, especialmente los vinculados con los conceptos de medida, tiempo y dinero.

En este sentido enseña CALDERON (*Ob. Cit.* p. 108-109, 121, 185) que al concepto jurídico indeterminado se afecta el supuesto de hecho, mientras que a la discrecionalidad se afectan las consecuencias jurídicas, siendo que en el primer caso el órgano jurisdiccional debe únicamente determinar si la situación alegada por la parte tiene o no cabida en la norma, vale decir, puede calificarse de peligrosa para la efectividad de la sentencia. En el segundo, por el contrario, la actividad del Juez se define en una elección, no en decir sí o no, pues debe, de acuerdo con los criterios determinados por el legislador, decidir entre una variedad de soluciones posibles la más adecuada para conseguir la finalidad prevista. En consecuencia -concluye la autora española-, la discrecionalidad *secundum legem* que deriva del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, por funcionar con sujeción a las exigencias legales, no es para conceder o denegar la medida -si así fuera sobrarían los presupuestos -, sino para elegir, caso de ser fundamentada, aquella que goce de esa caracterización “necesaria según las circunstancias, para asegurar la efectividad de la sentencia”.

291 BREWER - CARIAS, Allan Randolph. *Ob. Cit.* p. 41-42.



justicia, equidad, oportunidad y conveniencia, como es el caso del poder general de cautela.

Ahora bien, como la ha expresado el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 174/1985: "Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso, el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por que elige la que estime como conveniente." <sup>292</sup>

Por otra parte, si la Constitución de 1999 en su art. 26 (68 en la Carta Magna de 1961) consagra el derecho de acción, es decir, el derecho a utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de los derechos e intereses, dentro de las condiciones que establezcan las leyes, siendo además la defensa, un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso (art. 49, ord. 1º), y si como enseña Márquez<sup>293</sup> uno de los derechos que le atribuye al actor el ejercicio de la acción, independiente de la fundabilidad de la pretensión, es el de evitar que obre en su contra el periculum in mora, vale decir, el derecho de prevenirse contra el daño que el retardo en el pronunciamiento final pueda causarle; resulta incuestionable admitir además la jerarquía constitucional de la tutela cautelar, máxime cuando el propio artículo 26 exige la tutela efectiva de los derechos e intereses, tal y como lo estableció en su momento la Constitución española de 1978.

Admitidas como han sido la naturaleza cautelar - discrecional y la significación constitucional del instituto en estudio nos debemos preguntar ¿cuál debe ser el contenido y alcance de esa discrecionalidad respecto de la configuración de una medida cautelar atípica? Zoppi es de la opinión que, al llenarse los extremos legales, quedan al arbitrio y la prudencia del juez el acuerdo, índole, naturaleza, carácter, extensión y límites de la providencia cautelar innominada.<sup>294</sup> Ortiz<sup>295</sup> afirma a su vez que el término

---

292 NIETO, Alejandro. *Ob. Cit.* p. 232.

293 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Estudios de Procedimiento Civil*. Caracas. Ed. Jurídica Venezolana. 1985. p. 256.

294 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 59.

295 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 519-520; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 51.

“puede” utilizado en el artículo 588 no se refiere a los requisitos para decretar la medida, de donde se desprende que, una vez cumplido estos, se hace procedente la medida, en cuyo caso ya no estamos en presencia de una facultad discrecional sino de un deber, existiendo sólo un cierto grado de discrecionalidad en la apreciación de la prueba, por lo que lo genérico de las medidas atiende a la oportunidad, a las materias en que pueden ser dictadas, a los tipos y las clases de medidas; pero el juez está subordinado a estos tres requisitos, y también está sometido a cierta restricción en la índole de la medida.<sup>296</sup>

Se ha negado, sin embargo, para el caso de las medidas cautelares innominadas que el Juez sea libre para medir la oportunidad o conveniencia de ejercer su facultad legal, acordando o negando la medida requerida, pues si están presentes los supuestos del Código adjetivo a que se contrae el art. 585 y para cada caso específico, al decidir sobre la medida solicitada no tiene discrecionalidad sino que su labor es vinculada, automática, de ejecución de la previsión normativa. Solo tendrá discrecionalidad en la determinación de los elementos constitutivos (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), pero siempre sometiéndose a los límites de su apreciación propia, esto es, a la racionalidad y a la proporcionalidad.<sup>297</sup>

Consideramos que tanto Zoppi como Ortiz se encuentran más cerca de lo razonable en esta materia que el planteamiento de Rondón. Nosotros mantenemos que el poder discrecional concedido al juez es amplio en lo que toca a la determinación de la medida atípica, y haciendo la salvedad que, como analizaremos luego, la providencia podría ser concedida por vía de caucionamiento sin llenar los extremos de ley.<sup>298</sup> A todo evento,

---

296 JIMÉNEZ SALAS (*Ob. Cit.* p. 246) comparte el criterio según el cual en esta materia aunque existe discrecionalidad no existe soberanía total del Juzgador, pues para que exista una cautela innominada -en su criterio- es indispensable que exista, además de las exigencias del artículo 585, una relación de causalidad, fáctica, necesaria y proporcional entre el efecto de las medidas y el derecho subjetivo controvertido, de modo tal que se pondere en cada caso en concreto la gravedad de las consecuencias que tendría el mantenimiento de una situación presentada como lesionante de derechos.

297 RONDON DE SANZO, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 310.

298 Sin embargo, debemos observar que no compartimos la tesis de ORTIZ según la cual el juez tiene el deber de dictar la medida una vez verificados los presupuestos, afirmación congruente con su posición según la cual las medidas cautelares son

sostenemos que, en razón de la misma amplitud de la discrecionalidad concedida al juez en esta materia, puede proclamarse el principio según el cual, en expresión del profesor Dos Reis<sup>299</sup>, puede el titular del derecho requerir (y por tanto el tribunal ordenar) las providencias que fueren adecuadas para así evitar el perjuicio, pues al contrario de lo que sucede con las típicas, las providencias innominadas no tienen siempre el mismo objetivo especial: pueden proponerse para los fines más diversos, pueden tener por contenido los pedidos más variados. Concluye este autor exponiendo acertadamente que lo que importa es que la providencia requerida sea adecuada o idónea para conjurar el peligro, para evitar la lesión que se teme, pues la naturaleza del peligro determinará la naturaleza de la providencia.

Lo importante, entonces, no es limitar mediante una clasificación arbitraria el contenido y función de la medida cautelar atípica, sino que debemos tener en cuenta que dicho contenido y función dependerá de la adecuación que la providencia requiera para satisfacer la necesidad de cautela de la situación en concreto.<sup>300</sup>

---

manifestación de la justicia preventiva, pues al tener el particular un derecho sustancial de cautela, tiene derecho a que se decrete la medida solicitada si se verificaron los presupuestos y el *periculum ni mora* se mantiene vigente.

299 DOS REIS, Alberto. *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra. Coimbra Editora. 3ra ed. 1982. Volume I. p. 685.

300 La Sala de Casación Civil, mediante sentencia N° 134 de fecha 22 de mayo de 2.001, expuso: "...Es decir que la negativa a decretar una medida preventiva es facultad soberana del Juez por lo cual su decisión no está condicionada al cumplimiento estricto del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual no es susceptible de censura por no adaptarse a sus previsiones. Caso contrario sucede cuando el Juez opta por decretar la medida requerida, por cuanto en este supuesto, dado que puede constituir una limitación al derecho de propiedad de la parte contra la cual obra, el Tribunal está obligado a fundamentar las razones y motivos que lo llevaron a considerar probado el "periculum in mora" y el "fumus bonus iuris", y además debe describir las consideraciones por las cuales cree que la medida decretada se limita a los bienes estrictamente necesarios para garantizar las results del juicio, desde luego que la facultad para su decreto está condicionada a esos extremos..." (Las negritas y el subrayado es de la Sala)" (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

## 9. Efectos

La sentencia N° 987 de la Sala Político Administrativa de fecha 29 de julio de 1999 (caso Cauvica), nos dice que las medidas cautelares innominadas "... pueden distinguirse por sus efectos, en medidas cautelares conservativas o de efectos negativos y en medidas cautelares innovativas o de efectos positivos; las primeras tendientes a impedir la modificación de la situación existente, y las segundas, por el contrario dirigidas a introducir un cambio en la situación jurídica existente".

Como explica Calderón, los efectos meramente aseguratorios responden al concepto clásico de cautela, ajustándose perfectamente al carácter homogéneo pero no idéntico respecto de las medidas ejecutivas, ya que se persigue el mantenimiento o conservación de una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan verificarse efectivamente sin obstáculos. Por lo que toca a los efectos provisionalmente satisfactivos, *a contrario sensu*, tendrán efectos innovativos y anticipatorios de la tutela judicial que se preste en el proceso, satisfaciendo provisionalmente la pretensión principal, innovación ésta la cual consiste en adelantar en forma total o parcial el contenido de la futura sentencia del proceso principal. Entre los efectos meramente aseguratorios y los provisionalmente satisfactivos existen los llamados efectos de conservación, o de regulación, consistentes en mantener, pero también en modificar el *statu quo* inicial, con lo cual se pretende impedir que el desarrollo de una situación de hecho venga a frustrar en concreto la solución jurídica de un conflicto de intereses.<sup>301</sup>

En un sentido negativo, sin embargo, debemos sostener con Calderón<sup>302</sup> que, en principio, una resolución judicial deviene inefectiva en forma total cuando no se ajusta lo en ella ordenado a lo realmente realizado, cuando existe una distorsión entre lo que dice y lo que partiendo de ella se hace o se omite, o cuando el tribunal tarda tanto en resolver que dan lugar a la desaparición pura y simple del objeto del proceso. Por otro lado, existe inefectividad parcial, cuando el litigante favorecido recibe menos de lo concedido, no dándosele al final más que una parte de lo que la resolución le prometía (disminución cuantitativa) o cuando recibe cosa distinta a lo que aparecía en la resolución como debido (disminución

301 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 129-131.

302 *Ibidem.* p. 65-68.

cualitativa. La doctrina, en forma mayoritaria, basa la inefectividad en dos tipos de causas, las referentes a la persona del litigante condenado o cuya pretensión haya sido desestimada y las denominadas causas técnicas, provenientes de las imperfecciones del ordenamiento jurídico.

### CAPÍTULO III

#### LÍMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EN EL PROCESO CIVIL

##### VENEZOLANO

Lacerda es de la opinión que el poder cautelar general es una auténtica norma en blanco, que confiere el magistrado, dentro del estado de derecho, un poder puro, idéntico al del pretor romano, cuando, en ejercicio del *imperium*, decretaba los *interdicta*<sup>303</sup>. Leo Rosenberg, refiriéndose a las medidas provisionales de seguridad de la ordenanza procesal civil alemana, nos informa que los medios de las mismas son tan complejos como múltiples sus objetivos en los casos particulares, por lo que el tribunal no está sujeto en esto a limitaciones, pues resuelve de acuerdo a su libre arbitrio.<sup>304</sup>

Sin embargo, *data venia* de tan autorizadas opiniones, “*modus omnibus in rebus*” (en todas las cosas debe haber una medida), y el poder discrecional para decretar medidas cautelares atípicas no constituye una excepción a esta regla. En este aspecto, Coing<sup>305</sup> nos habla de un mandamiento de justicia, el cual denomina *iustitia protectiva*, que reza así: “Todo poder de un hombre sobre otros tiene que ser limitado. El poder ilimitado está en contradicción con el derecho”. Asimismo, nos indica el mencionado iusfilósofo los cuatro principios de la limitación del poder, entendido en sentido amplio: i) En la medida en que son necesarias posiciones de poder, deben limitarse a las dimensiones exigidas por la naturaleza de la cosa (vale decir, de los fines sociales perseguidos); ii) Ninguna posición de poder puede excluir a otro del disfrute de sus derechos fundamentales; iii) También el titular del poder está ligado por

303 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 74.

304 ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tr. Angela Romera Vera. Buenos Aires. EJE. 1955. Tomo III. p. 283.

305 COING, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Tr. Juan Manuel Mauri. Barcelona. Ed. Ariel. 1976. p. 193.

los principios de la lealtad y la confianza en el tráfico con los sometidos a dicho poder; iv) Todo poder debe ser supervisado.<sup>306</sup>

De hecho, el asunto en referencia es una auténtica *vexata quaestio* que ha dado motivo a candentes discusiones doctrinarias y jurisprudenciales y que aún no ha logrado un consenso general.

Así, Proto Pisani<sup>307</sup> establece los límites que tiene el juez italiano en la determinación del contenido de las *provvedimenti d'urgenza*, y entre otros destaca como principios y normas de naturaleza procesal: i) el respeto al principio del contradictorio o bien a la garantía constitucional del derecho a la defensa, lo que excluye la posibilidad de emanar providencias atípicas contra sujetos que no hayan participado en el procedimiento sumario que culmina con la emanación de la decisión sobre acogimiento de la medida<sup>308</sup>; ii) debido a la idoneidad que debe

---

306 *Ibidem*. p. 195-196.

307 PROTO PISANI, Andrea. *Ob. Cit.* p. 395-400.

308 Dentro de los límites de carácter procesal que deben ser respetados en Venezuela al momento de la configuración de la medida cautelar atípica se encuentra el respeto a las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho de defensa del sujeto pasivo de la providencia. En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha establecido en sentencia No. 05 del 24 de enero de 2001 que: "El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. En cuanto al derecho a la defensa, la jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias. "

Por su parte, la Sala Político-Administrativa del mismo tribunal mediante fallo No. 02762 del 20 de noviembre de 2001 ha dicho: "la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 26), que no se agota, como normalmente se ha difundido, (i) en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para defenderse de los actos públicos que incidan en su esfera de derechos, sino que también comporta, (ii) el derecho a obtener medidas cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo; (iii) derecho a asistencia jurídica (asistencia de letrados) en todo estado y grado del proceso; (iv) derecho a exponer las razones que le asistan en su

exhibir la medida para asegurar, según las circunstancias, provisoriamente los efectos de la decisión sobre el mérito, en la individualización del contenido de la medida el juez no se encuentra vinculado ante los modelos de las medidas cautelares típicas ni de la sentencia de mérito, por lo que no solo podrá crear instrumentos y efectos de tutela judicial diversos sino formalmente autónomos respecto del contenido de la futura decisión de mérito producto de la cognición plena y exhaustiva; iii) el respeto a normas de rango constitucional imponen excluir que las medidas cautelares atípicas puedan tener un contenido lesivo respecto de la libertad personal de su destinatario pasivo, no sólo contra arrestos sino en preservación a la libertad moral, lo cual excluye ordenar el cumplimiento de conductas consistentes en actividad de trabajo autónomo o subordinado o en manifestaciones de voluntad dirigidas a crear *status* personales o familiares; en lo que toca a la libertad de domicilio y de la libertad de circulación y de residencia del ciudadano por motivos diversos de la sanidad o de la seguridad previstos en vía general por la ley; y cuanto al secuestro de medios de manifestación del pensamiento, como la prensa. En cuanto a los límites basados en principios y normas de naturaleza sustancial, la sumariedad de la cognición y la atipicidad de la providencia no eximen en modo alguno al juez del respeto al derecho sustancial, pues a la luz del ordenamiento jurídico debe determinar, *ad exempli gratia*, si la situación descrita por el accionante constituye un derecho subjetivo y si el comportamiento denunciado como ilegítimo de la contraparte integra efectivamente los extremos de una violación o de una amenaza de violación.

Procederemos entonces a analizar los diversos límites que se le han imputado a las medidas o providencias cautelares atípicas como expresión del poder general de cautela del juez, para así derivar las conclusiones que consideremos pertinentes dentro del sistema procesal civil venezolano.

---

descargo o para justificar su pretensión; (v) oportunidad racional para presentar las pruebas que le favorezcan y para atacar el mérito de las que lo perjudique; (vi) obtener un fallo definitivo en un tiempo prudente y, otra garantía, hoy por hoy más necesaria ante órganos o entes contumaces a cumplir con las decisiones judiciales, (vii) el derecho a obtener pronta y acertada ejecución de los fallos favorables”.

## 1. Presupuestos de procedencia

Estima Jiménez<sup>309</sup> que el límite de la potestad cautelar del Juez finaliza cuando existe la competencia de otro Juez o cuando no concurren las exigencias previstas para la procedibilidad de una cautela.<sup>310</sup> De la redacción del art. 588 del Código de Procedimiento Civil se pueden extraer los presupuestos para el decreto favorable de las medidas cautelares atípicas, vale decir, *pendente lite*; *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, acompañados de sus respectivos medios de prueba; y el fundado temor de que una de las partes puede causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. Así lo ha entendido, dentro de diversas decisiones, la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo, en sentencia de la Corte en Pleno del 16 de junio de 1998, oportunidad en la cual expreso:

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

---

309 JIMÉNEZ SALAS. Simón. *Ob. Cit.* p. 247.

310 Respecto de las medidas cautelares en general, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de noviembre de 1999 (Caso Los Pequeños Airlines, Inc. en exequátur), con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche (*Apud.* RAMÍREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* n° 159, p. 584), ha indicado que: "Viene sosteniendo este Máximo Tribunal de manera reiterada y pacífica, que sólo es posible ordenar medidas cautelares ante supuestos en los cuales existe riesgo real y comprobable de que quede ilusoria la ejecución del fallo. "Por tal motivo (...) debe el órgano decisor examinar los presupuestos de viabilidad de las medidas cautelares solicitadas esto es, la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y el riesgo de que quede ilusoria la ejecución de la decisión (*periculum in mora*), a la luz de los elementos probatorios aportados a los autos".



También la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo N° 106 del 3 de abril de 2003, se ha pronunciado en el sentido siguiente:

La interpretación de la norma transcrita, lleva a concluir, que para que se acuerden las cautelares señaladas en el artículo 588 eiusdem, se hace necesario que el solicitante, mediante los alegatos que esgrima en el libelo de la demanda, como en otros elementos aportados, lleve al convencimiento del jurisdicente que evidentemente existe presunción de buen derecho y del temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo; lo que se traduce en ineludible apremio de llevar al ánimo del juez que el derecho reclamado realmente existe y que de no ser acordada la medida peticionada, se esté ante el peligro de que la decisión que se dicte en la resolución de la controversia, se convierta en inejecutable, en razón de la posibilidad de haberse modificado las condiciones patrimoniales del obligado, durante el lapso que mediara entre la solicitud de las cautelares y el cumplimiento efectivo de la decisión de fondo que se dicte...<sup>311</sup>

### 1.1 *Pendente lite*

El primer requisito que establece la Ley para decretar las medidas cautelares, salvo excepciones legales expresas, es el de que se verifique en un proceso pendiente, vale decir, “en cualquier estado y grado de la causa”, y más concretamente, observa Duque Corredor<sup>312</sup>, *a posteriori* a la admisión de la demanda del proceso judicial en el cual la medida va a surtir sus efectos<sup>313</sup>, como lo ha sostenido la Casación Civil venezolana, en sus sentencias de fecha 12-12-61 y 20-3-86, pues según explica Márquez

311 Disponible en: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

312 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 163 y 181.

313 Se ha planteado judicialmente el argumento según el cual, si luego de admitida la demanda y decretado medidas cautelares, se produce una reforma al libelo, ¿ello implicaría la nulidad de los decretos cautelares practicados?

Mediante sentencia del 11 de enero de 2.000 proferida por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas (caso I. Díaz en amparo), actuando como Juez el Dr. Simón Jiménez Salas, se estableció que “cuando en una causa cualquiera en que se ha admitido una demanda y se han decretado medidas cautelares se produce una reforma al libelo de la demanda, tal reforma no implica que los decretos cautelares que se hayan dictado, y más aún, practicado y con oposición de parte, queden anulados, ya que la acción

si bien cualquier medida cautelar requiere la proposición de la respectiva demanda y la existencia de la presunción grave del derecho que se reclama (art. 1930 del Código Civil), ello es así porque “la prestación de tutela jurisdiccional a los derechos subjetivos, sea cual fuere su clase, constituye una obligación del Estado, sólo virtual mientras el particular lesionado no la requiera formalmente. Por ello, la acción funciona como la medida o la condición de la jurisdicción, y se exige para su proposición válida la existencia del interés procesal.”<sup>314</sup>

Enrico Tullio Liebman nos habla que, en materia de medidas atípicas, “se trata, pues, de providencias cautelares innominadas, a las que corresponde una acción cautelar innominada.”<sup>315</sup> Tal aseveración nos obliga a plantearnos la siguiente interrogante ¿Podrá decretarse *ante causam* una medida cautelar atípica conforme al art. 588 del CPC?<sup>316</sup> La duda se podría plantear pues aunque en su encabezamiento el art. 588 prevé “el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la

---

ejercida queda vaga y el llamado a la jurisdicción para que intervenga en el conflicto presentado subsiste; de tal forma que siendo la cautela no sólo la instrumentalidad hipotética del proceso sino la garantía del derecho contenido en la acción, lógico es concluir que la reforma al libelo no implica la afectación o anulación del decreto cautelar por lo cual tal argumento no constituye una lesión a los derechos constitucionales” del debido proceso. (*Apud.* RAMIREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* N° 162. p. 53)

314 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Ob. Cit.* p. 255-256.

315 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1980. p. 163.

316 En Brasil, Ada PELLEGRINI GRINOVER (*Ob. Cit.* p. 321) nos informa que “*secondo il rapporto temporale tra il processo cautelare e quello principale, I provvedimenti cautelari sono divisi, nel codici di rito, in preparatori, se precedono l'azione principale, e incidentali, quando inseriti nel corso del processo principale (art. 796). Anche in questo caso, pero, non perdono la caratteristica di procedimenti autonomi*”. DUQUE CORREDOR, en nuestro país, si bien afirma que lo referente a las medidas cautelares no constituye “(...) un procedimiento verdaderamente autonomo, porque no puede surgir sin un juicio principal al que sirve inmediata o mediatamente” (*Ob. Cit.* p. 141), cuando toca el tema de la instrumentalidad hipotética, planteado de manera primigenia por CALAMANDREI, se expresa en los siguientes terminos: “No obstante ese caracter instrumental, las medidas cautelares, como institutos procesales, como providencias judiciales y como procedimiento especial, son autonomas del juicio principal, aunque sirvan a este o esten supeditadas a su vigencia” (*Ibidem.* p. 148)

causa, las siguientes medidas..."<sup>317</sup>, tal requisito no es exigido expresamente en su párrafo primero, el cual únicamente hace remisión a los requisitos del art. 585 *ejusdem*. No obstante, pues salvo excepciones legales expresas<sup>318</sup>, consideramos equivocada la solución afirmativa con base a tres argumentos: en primer lugar, si la instrumentalidad de las medidas típicas exige que se dicten con ocasión de un proceso, *a fortiori* debemos aplicar el mismo requisito a las cautelas atípicas que también son instrumentales mas indeterminadas en su contenido; en segundo lugar, si entendemos el párrafo primero del art. 588 sólo como uno de los párrafos de éste, con base al argumento sistemático debemos interpretar dicho párrafo dentro del contexto en que se inserta, y a él sería aplicable lo pautado en el encabezamiento del artículo sobre la *pendente lite*; por último, si el art. 585 al cual remite el párrafo en comentario establece como presupuesto de toda cautela el que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, nos está exigiendo implícitamente la interposición de una demanda judicial para que se decrete una providencia cautelar atípica. En conclusión, resulta expresamente contrario a la ley solicitar en Venezuela una medida cautelar innominada *ante causam*.

Por otra parte, ¿podrá decretarse en Venezuela una medida cautelar atípica no ya en el proceso de conocimiento sino en el proceso de ejecución?. Este problema tiene estrecha relación con aquel de la duración de la providencia. Rengel-Romberg<sup>319</sup> y Duque Corredor<sup>320</sup> sustentan el

317 Habla la doctrina (VENTURINI. *Ob. Cit.* p. 175) sobre un "principio general operativo" según el cual si el "periculum in mora" es el fundamento legítimamente sustancial de las medidas cautelares y puede acaecer en cualquier estado y grado de la causa, en consecuencia, las medidas cautelares son acordables tanto en primera como en segunda instancia, aún frente a omisiones o limitaciones legislativas en la materia, como en el caso del art. 779 del Código de Procedimiento Civil, el cual permite la solicitud de medidas preventivas sólo "en cualquier estado de la causa", redacción que ha sido interpretada restrictivamente (ZOPPI) en el sentido de que sólo en primera instancia pueden ser acordadas tales medidas.

318 Recientemente tenemos el caso del art. 467 de la Ley Organica para la Protección del Niño y del Adolescente, por virtud del cual las medidas cautelares pueden ser solicitadas en forma previa al proceso, quedando condicionado el efecto de las mismas a la efectiva presentación de la demanda dentro del mes siguiente a aquel en el que se hubiere solicitado y decretado, o bien en cualquier estado y grado del proceso ya instaurado.

319 RENGEL - ROMBERG, Aristides. *Ob. Cit.* p. 107-109.

320 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 163.

principio según el cual la duración de la medida cautelar cesa con el pronunciamiento de la sentencia de mérito pasada en autoridad de cosa juzgada, con lo que termina la etapa de contención o de conocimiento y se pasa a la etapa de ejecución de la decisión, esto es, culmina con el momento en que vence el plazo concedido por el Juez para el cumplimiento voluntario de la sentencia, dentro del procedimiento de ejecución (art. 528 del Código de Procedimiento Civil).

No obstante, en Italia, Carnelutti se ha planteado la necesidad de ampliar la fórmula del art. 700 del *Codice di Procedura Civile* en manera de comprender en ella, además de las medidas cautelares innominadas relativas al proceso de cognición, también las que sirven para el proceso ejecutivo, mas concluye considerando que la solución que propone implica una apreciación del problema, que el legislador italiano no ha tenido.<sup>321</sup> En Brasil, por su parte, cuando se ha planteado el mismo problema, se ha indicado que "(...) non solo I provvedimenti cautelari specifici possono nascere al servizio di un provvedimento esecutivo, ma anche la tecnica anticipatoria del potere cautelare puo applicarsi direttamente al processo di esecuzione."<sup>322</sup>

Sin embargo, a pesar de que Dos Reis acepta en principio que si el derecho ya está reconocido por una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada, no será preciso, en la mayoría de los casos, recurrir a una providencia innominada, pues el titular del derecho tiene a su disposición el proceso ejecutivo; también admite que si la parte vencedora tuviere justo temor de que, antes de poder conseguir, mediante el proceso ejecutivo, el acto que ha de garantizar la eficacia de la ejecución, la parte vencida practicara actos susceptibles de frustrar la acción ejecutiva (destrucción, ocultamiento de bienes, etc.), resultaría perfectamente legítimo que, en tales casos, se admita al titular del derecho el requerir una providencia idónea para evitar el peligro. Tal razonamiento se basaría en el argumento de que si las providencias cautelares atípicas pueden

---

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

322 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ob. Cit.* p. 324.

funcionar en beneficio de un derecho aparente, con mayor razón podrían ser puestas al servicio de un derecho real, de un derecho ya reconocido.<sup>323</sup>

Consideramos pertinente la observación hecha por Dos Reis, la cual resulta perfectamente aplicable al ámbito venezolano. Muchas de las deficiencias de nuestro proceso ejecutivo se pueden atenuar mediante la aplicación de la tutela cautelar atípica, y a tal posibilidad no sería obstáculo el argumento de que no existe el requisito de la causa pendiente puesto que, si bien ha culminado el proceso de conocimiento, el proceso ejecutivo precisamente tiende a actuar lo decidido y si en el interim del mismo surgiese algún temor de que no se pudiese hacer cumplir la decisión del órgano jurisdiccional, será legítimo acudir al expediente de las medidas atípicas, ya que la causa a pesar de estar decidida no está ejecutada. En definitiva, como bien enseña Hugo Alsina, si las medidas precautorias tienen por función evitar la inoficiosidad de la sentencia, las mismas pueden darse tanto en el curso del proceso de conocimiento como del proceso de ejecución.<sup>324</sup>

Por ello tiene razón Calderón cuando expresa que la resolución cautelar adoptada con anterioridad al período de ejecución pendiente un juicio declarativo, debe mantener sus efectos hasta que, siendo firme la sentencia, se cumpla voluntariamente, e incluso debería

---

323 DOS REIS, Alberto. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 683-684. El argumento cobra mayor fuerza hoy en día cuando, como expresa Hernán LÓPEZ BLANCO ("Las medidas cautelares. Su regulación en el código de comercio de Colombia". En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y otros. Santa Fe de Bogotá. *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Universidad Externado de Colombia. 1996. p. 671), se considera que, en general, la medida ejecutiva es la misma medida cautelar. Ello se explica pues la medida cautelar sirve tanto al proceso ejecutivo como al contencioso de cognición o al de jurisdicción voluntaria: "(...) las medidas ejecutivas no existen como entidad diferente de las medidas cautelares, son unas mismas. En otras palabras, se ha denominado medida ejecutiva la práctica de una medida cautelar dentro de un proceso de ejecución. Su naturaleza jurídica es una sola, pero se le llama así para significar que se practica en un juicio que parte de la base de un derecho cierto representado en un título ejecutivo. Y es tan evidente esa total identidad que un embargo practicado en un proceso de cognición, como el de nulidad de matrimonio o el de divorcio, no tiene absolutamente ninguna diferencia con el efectuado en un juicio ejecutivo. Es la misma medida cautelar que opera los procesos donde se les contemple, sin que por eso se desnaturalice su esencia."

324 ALSINA, Hugo. *Ob. Cit.* Tomo III-I. p. 288-289.

prorrogarse más allá, dentro de la actividad ejecutiva, hasta tanto se produzca la satisfacción efectiva del ejecutante en forma coactiva. Pero en el supuesto de que el beneficiado por la sentencia no hubiera solicitado con anterioridad medidas cautelares, o se las hubieran denegado, y llegado al proceso de ejecución, o simplemente con la firmeza de la resolución, considerara que existe un peligro real para que la sentencia obtenida pueda cumplirse en los términos establecidos por el juzgador, tendrá posibilidad de éxito de una solicitud cautelar si concurren los presupuestos necesarios.<sup>325</sup> Además, como bien expresa Ortiz, las medidas cautelares pueden ser solicitadas en cualquier estado y grado de la causa, si no se hubiere ejecutado la sentencia definitivamente firme, excepción hecha de las medidas innominadas las cuales serían procedentes aún en la ejecución de la sentencia, por cuanto dicha ejecución forma parte del proceso, y el temor de daño o lesión pudiera estar presente.<sup>326</sup>

- 
- 325 CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 227. Chantal CATALÁ COMAS (*Ejecución de condenas de hacer y no hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 407) aclara pertinentemente que “ejecutar lo juzgado implica buscar la mayor efectividad posible; esta es la finalidad pretendida y ella es la que permite crear las medidas más idóneas sin restricciones derivadas de preceptos previstos para otro contexto. La formación de un título ejecutivo firme debe marcar el límite temporal a la posibilidad de obtener medidas cautelares”.
- 326 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 517. A pesar de tales argumentos, la Sala de Casación Civil, en sentencia del 25 de noviembre de 1997 (caso Centro Comercial La Pirámide), ratificada en sentencia de 2 de junio de 1999 (caso Instituto Nacional de Hipódromos en amparo), expuso: “...la Sala considera pertinente aclarar y precisar que en la oportunidad de ejecutar una sentencia, los Tribunales de Primera y Segunda Instancia no pueden decretar medidas preventivas de las consagradas en el Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil y en el Parágrafo Primero (innominadas), porque se genera una subversión del procedimiento previsto para la etapa de ejecución, ...” (Ramírez & Garay, N° 155: 1999, 310-311). En sentido similar, la sentencia N° 331 de la misma Sala, de fecha 18 de noviembre de 1998 (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1998. No 11. p. 324-325), en la cual se expuso: “...el Juez de Alzada, una vez dictado el fallo que resuelve la controversia, concluye para él las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico para dirimir el conflicto, es decir, una vez producida alguna decisión, el Juez, pierde jurisdicción para seguir conociendo, quedándole solamente la potestad de pronunciarse -como ya se dijo- de la admisión o no del recurso de casación anunciado ante su tribunal, a menos que se trate de la excepción establecida en el artículo 606 del Código de Procedimiento Civil” Igualmente, la misma Sala mediante decisión de fecha 13 de mayo de 1999 (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob.*

## 1.2. *Periculum in mora* genérico

El segundo requisito establecido por la ley proviene de la remisión del art. 585 *ejusdem* y es que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*). Piero Calamandrei<sup>327</sup> ha expresado de este presupuesto genérico:

El *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares... es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva.<sup>328</sup>

Se encuentra conformado, entonces, el *periculum in mora* por dos elementos, según explica Calderón: el primero, la demora, que viene

*Cit.* 1999. Nº 5. p. 491), dejo claro que "(...) las medidas preventivas pueden ser decretadas en cualquier grado y estado de la causa, de conformidad con el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, con la excepción de que no pueden ser dictadas por el Tribunal Superior o de primera instancia en la etapa de ejecución de un fallo".

*A contrario sensu*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2.000 (Caso Domínguez Bracho y otros en amparo) en la cual actuó como ponente el Magistrado José Manuel Delgado Ocampo, defendió la posición contraria, aunque sin ahondar en motivaciones en el punto concreto, estableciendo que "... la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas, supone el ejercicio del poder cautelar general que asiste a todos los jueces de la República, y que se dirige al eficaz aseguramiento y prevención de los presuntos derechos deducidos en juicio por las partes, tanto si se solicitan en la fase de cognición como en la de ejecución...".

327 CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.* p. 42.

328 En Venezuela, ORTIZ (*Ob.Cit.* p. 117) lo ha definido como la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en sus efectos patrimoniales o extrapatrimoniales, o de que una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con la lamentable consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico.

referida a la duración del proceso, esto es, un devenir temporal, considerado como causa posible de un ulterior daño, pues en ocasiones se ve incrementado por inútiles e injustificables dilaciones; el segundo elemento es el daño marginal que puede producirse sobre la efectividad de la sentencia del proceso principal.<sup>329</sup> De manera similar, Ortiz comenta que la noción del *periculum in mora* toca fundamentalmente dos aspectos: i) La falta de aptitud del proceso para dictar una sentencia que dirima el conflicto en un tiempo suficiente para garantizar de manera rápida y eficaz el derecho de las partes; ii) La presunción derivada de hechos del deudor y de su morosidad o bien, de actos que permitan deducir su manifiesta insolvencia, o que se encamina a insolventarse, circunstancias que deben ser debidamente apreciadas por el Juez con base a juicios objetivos y equitativos, y fundamentado en medios probatorios suficientes.<sup>330</sup>

Se ha afirmado también<sup>331</sup> que el *periculum in mora* puede identificarse en dos modalidades diferentes: por una parte, aquel que corresponde a las medidas cautelares de carácter conservativo, que tratan de mantener el estado originario en que se encontraba la situación cuando se interpuso la demanda por vía del mantenimiento de los bienes del deudor, y en las que el peligro de que sea imposible la ejecución de la sentencia definitiva se justifica por la eventual situación de hecho de que el deudor carezca para esa fecha de los bienes necesarios para responder a su condenatoria, derivado de la lentitud en la espera de la sentencia definitiva. Por otra parte, aquel *periculum in mora* en que se fundamentan las provisorias anticipativas, vinculadas con el mérito del acto, las cuales permiten a las partes satisfacer en sede preventiva y de manera inmediata su pretensión (tal como el caso de la pensión de alimentos en el juicio de divorcio, y en el interdicto de obra nueva, el impedir que la construcción continúe), y en las que el peligro se basa en el temor de que el paso del tiempo haga ineficaz la sentencia definitiva por el daño actual que la insatisfacción de sus derechos acarrea al acreedor.

En el ámbito jurisprudencial, nuestro máximo Tribunal ha indicado que "(...) el *periculum in mora* tiene como causa constante y notoria, la

---

329 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 46-47, 171, 173.

330 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob.cit.* p. 125.

331 RONDON DE SANZO, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 321-322 y 324.



tardanza del juicio de cognición, ‘el arco de tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada’, el retardo procesal que aleja la culminación del juicio (...)” (Sentencia de la Corte en Pleno del 16 de junio de 1998). Por otra parte, respecto del peligro en la demora “hay que recordar que el riesgo debe aparecer, manifiesto, esto es, patente e inminente” (Sentencia del 6 de diciembre de 1995<sup>332</sup>), de manera tal que el recurrente tiene la necesidad “... de probar la irreparabilidad o dificultad de reparación de los daños, para lo cual no son suficientes los simples alegatos genéricos, sino que es necesaria, además, la presencia en el expediente de pruebas sumarias o de una argumentación fáctico-jurídica consistente por parte del demandante” (Sentencia del 17 de febrero del 2000, Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia).<sup>333</sup>

### 1.3. *Fumus boni iuris*

El tercer requisito lo constituye el que exista presunción grave de que la pretensión sea conforme a derecho; lo que la doctrina denomina *fumus boni iuris* (presunción de buen derecho o “humo” del buen derecho, si es traducida literalmente). La entonces Corte Suprema de Justicia indicó que “(...) supone un juicio de valor que haga presumir que la medida cautelar va a asegurar el resultado práctico de la ejecución o la eficacia del fallo (...)” (Sentencia de la Corte en Pleno del 16 de junio de 1998).<sup>334</sup>

---

332 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1996. Nº 12. p. 300.

333 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. Esta misma decisión nos recuerda que dicha Sala ha señalado un requisito extra en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, relacionado muchas veces con el *periculum in mora*, cual es la ponderación de intereses entre el bien jurídico tutelado con la providencia cautelar innominada y el efecto que la concesión de tal medida cautelar pueda tener sobre el interés público o colectivo, e incluso de terceros, de tal forma que tales intereses no resulten afectados de manera relevante.

334 La Sala de Casación Civil, en decisión de 15 de julio de 1999 (Caso Venezolana de Relojería C.A. c/ Mueblería Maxideco C.A.), ratificada por sentencia de la misma Sala de 20 de mayo de 2.000 (Caso Rosa María Contreras Carreño contra Carlos Nadal y otros), ha establecido, respecto del pronunciamiento sobre la presunción grave del derecho que se reclama y de la decisión sobre la oposición de la medida cautelar, el criterio según el cual: “El régimen de las medidas preventivas implica por esencia o definición, que el acordarlas no significa un pronunciamiento sobre

En este caso el juez constata en el ámbito de la mera probabilidad o verosimilitud que el derecho que se reclama es plausible, mediante la cognición superficial de sus presupuestos de hecho y de derecho. Como asevera Greco Filho<sup>335</sup>, el *fumus boni iuris* no es un pronóstico de resultado favorable en el proceso principal, ni una anticipación de juzgamiento, sólo es un juicio de probabilidad, perspectiva esta que basta para justificar el aseguramiento del derecho, y que como bien indica Ortiz, constituye una hipótesis perfectamente desvirtuable en el transcurso del proceso.<sup>336</sup> Así lo ha entendido pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se confirma en la decisión proferida el 25 de mayo del 2000, bajo el N° 169:

El régimen de las medidas preventivas implica por esencia o definición, que el acordarlas no significa un pronunciamiento sobre el fondo, sino sólo un juicio provisional de verosimilitud, según las circunstancias de cada caso concreto, y en relación con el aseguramiento, que se estime suficientemente justificado. Por consiguiente, ni el juez que ha decretado una medida preventiva ni el que conozca en apelación de la ratificación o suspensión de la misma, pueden abstenerse de dictar decisión correspondiente a la incidencia del caso, bajo el argumento de que al hacerlo estarían pronunciándose sobre el fondo del asunto.<sup>337</sup>

También exige el art. 585 del Código de Procedimiento Civil que tanto el *periculum in mora* como el *fumus boni iuris* sean acreditados con un medio de prueba que constituya presunción grave de ambos,

---

el fondo, sino sólo un juicio provisional de verosimilitud, según las circunstancias de cada caso concreto, y en relación con el aseguramiento, que se estime suficientemente justificado, de las resultas del pleito.

“Por consiguiente, ni el juez que ha decretado una medida preventiva, ni el que conozca en apelación de la ratificación o suspensión de la misma, pueden abstenerse de dictar decisión correspondiente a la incidencia del caso, bajo el argumento de que al hacerlo estarían pronunciándose sobre el fondo del asunto; porque de este modo, como ha sucedido en el presente caso, se omite la decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a lo deducido y, a que obliga la norma del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el cual resulta entonces infringido, en consecuencia con la infracción del artículo 12 ejusdem, al no atenderse con ello a lo alegado y probado en autos. Así se declara.”

335 GRECO FILHO, Vicente. *Ob. Cit.* p. 87.

336 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 130.

337 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

siendo la forma más recurrente para dicho acreditamiento, según acertadamente nos dice Henríquez La Roche, el justificativo para perpetua memoria (art. 936 *eiusdem*) el cual deberá ser ratificado durante la fase probatoria del proceso en el que se haga valer.<sup>338</sup> Apreciaciones concienzudas aporta Duque Corredor<sup>339</sup> al tema de la prueba del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* de las medidas cautelares atípicas, las cuales nos permitimos citar en forma literal:

(...) si la solicitud se refiere a una medida cautelar atípica, la exigencia probatoria es mayor (...) En efecto, ya la prueba ha de ser de tal entidad que el fundado temor de la lesión grave o de difícil reparación sea de toda evidencia. Por ello, en mi criterio en este supuesto no cabe hablar de prueba deficiente, porque si la evidencia presentada es defectuosa o imperfecta, entonces, no hay prueba de lo fundado de ese temor y por ende, no es cuestión de que se amplíe, sino de que se niegue por falta de prueba del temor fundado que requiere el parágrafo Primero del artículo 588, *eiusdem*. De evidenciarse tanto la doble presunción de la procedencia del derecho reclamado y del riesgo manifiesto, o en su caso, del temor fundado de la lesión grave e irreparable, el Juez debe decretar la medida solicitada. En efecto, del texto del artículo 588, *eiusdem*, parece desprenderse que el decreto de las medidas cautelares es una facultad de los Jueces. Por el contrario, en atención a la redacción del artículo 601, mencionado, no le es potestativo sino obligatorio decretarlo. Y de ser así, no existe apelación contra el decreto que acuerde la medida, conforme lo expresa la parte final del texto del artículo 601, ya citado.

Sobre el punto también se ha pronunciado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nº 473 del 9 de agosto del 2002<sup>340</sup>, exigiendo, a diferencia del criterio doctrinal precitado citado, la ampliación, en el supuesto de insuficiencia, de la prueba del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*:

“El artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, si bien, interpretado aisladamente pudiera considerarse como una “facultad del juez”, debe ser concatenado con el artículo 601 *eiusdem*, e igualmente

338 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p.193.

339 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 223-224.

340 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

dentro del contexto de las garantías del proceso, (en este caso, garantía del demandante de poder recurrir a una tutela efectiva de su derecho a la justicia).(…) A tal efecto, se insiste, si la prueba es insuficiente debe el tribunal ordenar su ampliación y sólo podrá negar la medida cuando no hayan quedado establecidas las presunciones del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.”<sup>341</sup>

#### 1.4. *Periculum in mora* específico

El cuarto requisito es el *periculum in mora* calificado como específico<sup>342</sup> y exigido por el propio parágrafo primero del art. 588 *ejusdem*, encontrándose constituido por el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En la doctrina nacional se ha planteado una álgida controversia relacionada a la interpretación del *periculum in mora* genérico del art. 585 y el específico de la norma en estudio. Explica Sánchez que algunos autores y jueces solo admiten la procedencia de una providencia cautelar atípica cuando de lo que se trata es de evitar el daño que una de las partes puede causar al derecho de la otra, sin que, conforme del art. 585, se permita adoptar una medida innominada con fines asegurativos de la ejecución del fallo definitivo<sup>343</sup>. Quintero, en abono de esta tesis, afirma que si bien el objeto genérico de las medidas cautelares se contrae a asegurar la ejecución del fallo, “ese objeto no es idéntico en el caso de las medidas genéricas o innominadas que tienden, según el Código, a

---

341 También la Sala de Casación Social en fallo N° 309 del 28 de mayo del 2002 ha dicho: “Es potestad del Juez apreciar la existencia o no de la presunción del derecho reclamado y del riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo, y este juicio preliminar objetivo, no ahonda ni juzga sobre el fondo del problema debatido. Por tal razón la decisión del Tribunal de instancia de negar la medida cautelar de embargo, fundamentándose en la falta de prueba de la presunción del buen derecho del demandante, sólo puede ser censurada si de la motivación del fallo se desprende la violación de máximas de experiencia por parte del sentenciador” (Disponible en: [http:// www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)).

342 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. “Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 51 y 57.

343 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Ob. Cit.* p. 88.

impedir o hacer cesar la continuidad de la lesión que se teme esté causando una de las partes del derecho de la otra.”<sup>344</sup> Mario Pesci-Feltri, por su parte, entiende que a pesar de la terminología diferente, también en el caso de las atípicas el *periculum in mora* es evitar que “quede ilusoria la ejecución del fallo”, pues este es uno de los efectos de que durante el transcurso del proceso se le puedan causar al derecho del demandante “lesiones graves o de difícil reparación”. La diferencia en el lenguaje sólo se justifica pues la innominadas, el referirse a una serie infinita de hipótesis imposibles de determinar *a priori*, requieren de un lenguaje más amplio y general al utilizado para las típicas.<sup>345</sup> Para Sánchez, la interpretación del párrafo primero del art. 588 debe concordarse con los requisitos del art. 585, a los cuales muchos obvian que aquél remita. En este orden de ideas, las medidas cautelares genéricas pueden garantizar tanto que durante el curso del proceso al solicitante no se le causen lesiones graves o de difícil reparación a su derecho como asegurar la efectividad de la sentencia, identificando este presupuesto, con su ejecución forzosa, pues al plantearse el riesgo manifiesto de un fallo ilusorio por la demora en la tramitación del proceso, con la posibilidad de inejecución del fallo, implícitamente se le ocasionaría una lesión grave y de difícil reparación al derecho pretendido, cuyo concepto no debe restringirse a los derechos estrictamente procesales.<sup>346</sup>

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el punto y basándose en la opinión sustentada por Zoppi<sup>347</sup> se ha dicho en sentencia de la Sala Política Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia del 4 de agosto de 1994<sup>348</sup>:

---

344 QUINTERO, Mariolga. “Las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil”. En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Servicio Gráfico Editorial. Enero - marzo 1986. Año 3 No 1. p. 182.

345 PESCI-FELTRI MARTÍNEZ, Mario. “Breves anotaciones acerca de las normas que regulan las medidas preventivas en el Código de Procedimiento Civil vigente”. En: *Algunas consideraciones sobre el Código de Procedimiento Civil*. Caracas. Ed. Jurídica Venezolana. 1991. p. 170-171.

346 SANCHEZ NOGUERA, Abdón. *Ob. Cit.* p. 88-89.

347 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 38.

348 MORALES CABELLO, Oswaldo. *Ob. Cit.* 1994. N° 8-9. p. 319.

De los requisitos legales ordinarios para acceder a estas medidas innominadas, se desprende que es necesaria la presencia de un temor o riesgo según el cual se pueda causar lesión grave, irreparable o de difícil reparación el derecho de la parte que reclama. Este temor o riesgo es distinto del que se exige para acordar las medidas (el que no se haga ilusoria la ejecución), pues aquí de lo que se trata es de la actitud positiva o negativa (acción u omisión), de una de las partes en perjuicio de los derechos de la otra. No es el simple riesgo de la sentencia condenatoria, sino de poner fin a una actitud destemplada, ilegal, ilegítima e ilícita de determinado contrincante en perjuicio del otro.

Nuestro criterio dentro de esta controversia es el de que las medidas cautelares atípicas pueden tener por objeto tanto evitar la lesión grave o de difícil reparación al derecho de una parte o hacer cesar su continuidad, como el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, por virtud de una simple interpretación sistemática de las normas involucradas: si el parágrafo primero del art. 588 remite a los requisitos del art. 585 es dable pensar que, además del *periculum in mora* específico que aquél exige, también pueda justificarse una medida atípica con fines conservatorios de la ejecución del fallo definitivo. Ahora, el *periculum in mora* específico de las atípicas tiene puntos de similitud muy concretos con el *periculum in mora* genérico del art. 585 y consideramos que no son conceptos diversos.<sup>349</sup> Al verificarse una lesión grave y definitivamente irreparable o de difícil reparación al derecho de una parte por actos u omisiones de la otra parte, puede traer como consecuencia el que quede ilusoria la ejecución de la probable sentencia definitiva, si el derecho involucrado fuere de tal entidad en el objeto litigioso que haga infructuosa la providencia principal por ausencia sobrevenida de interés en sus efectos.

---

349 En sentido contrario, entiende ORTIZ (*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 287-288) que la adopción de una medida innominada debe estar revestida con el carácter de la inminencia del daño, al cual llama *periculum in damni*, ya que no es suficiente el temor genérico de daño, vale decir, la simple presunción de un peligro, el cual proviene de la tardanza de la sentencia de fondo y de la presunción de que el fallo puede resultar ilusorio, pues en el caso de las medidas innominadas el daño debe ser individualizable en el tiempo y en el espacio, actual, inminente e irreparable, continuo o no, pero que a todo evento se requiera la rápida intervención judicial para evitar el daño o impedir su continuidad.

Sobre los elementos constitutivos del *periculum in mora* específico de las providencias cautelares atípicas nos atendremos al análisis que de los mismos hace Calmon de Passos<sup>350</sup>, quien lo configura, entre otros elementos, a partir de la conjugación de los siguientes requisitos: i) Acto de una de las partes del proceso; ii) Posibilidad de ocurrencia de lesión grave de difícil e incierta reparación como consecuencia de ese acto (fundado temor de daño); iii) Que todo esto ponga en riesgo la satisfacción del derecho de la otra parte, si al final va a ser reconocido y tutelado.

#### 1.4.1 Acto de parte

Calmon<sup>351</sup> nos explica que acto de parte significa acto de quien sea actor o demandado, inclusive litisconsorte, o de tercero interviniente.<sup>352</sup> El procesalista brasileño Humberto Theodoro Junior<sup>353</sup>, a quien sigue Duque Corredor<sup>354</sup>, considera que no debe restringirse el poder general de cautela a los daños provenientes de los actos de la parte, pues el temor de daño puede muy bien provenir de causa natural. Lacerda no comparte el reparo ya que opina que en tal supuesto el motivo de la cautela resulta de la omisión del demandado en reparar o prevenir el daño o su continuación, por lo que habrá siempre acto omisivo de la

---

350 CALMON DE PASSOS, José Joaquín. *Ob. Cit.* p. 53-61.

351 *Ibidem.* p. 54.

352 La Sala Político Administrativa ha señalado en sentencia del 2 de abril de 1997 (Caso Provecensa y otros), ratificada en decisión de la misma Sala proferida en fecha 17 de febrero de 2.000 (Caso Alcaldía del Municipio Autónomo Villalba del Estado Nueva Esparta en nulidad), lo siguiente: dentro del proceso contencioso administrativo, el concepto de parte *in strictu sensu*, en tanto exigencia de una relación procesal previa, no puede ser aplicado en aquellos casos en los que el recurso de nulidad es de naturaleza objetiva, ya que el mismo se encuentra dirigido contra un acto de efectos generales, cuyo sujeto pasivo es un grupo indeterminado de personas, por lo que “en los recursos contra los actos de efectos generales, la medida cautelar opera en cualquier momento a partir de la fecha de su introducción, cuando esté patente el fundado temor de que el autor del acto impugnado o cualquiera de sus eventuales ejecutantes pueda proceder a su aplicación en perjuicio del recurrente” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

353 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. Sao Paulo. LEUD. 4ta ed. 1980. p. 103.

354 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 168.

parte, contra el cual se puede dictar la medida.<sup>355</sup> Somos del criterio de que al existir hechos que aparentemente no dependen de la acción o omisión de la conducta humana, sino que son producto de circunstancias de la naturaleza; en tanto estas sean razonablemente predecibles, como en el caso de las condiciones del tiempo, y generen el *periculum in mora* específico exigido por el parágrafo primero del art. 588, resulta viable deferir una providencia indeterminada con efectos cautelares respecto del daño presunto o cierto del hecho natural, en tanto que efecto de una conducta omisiva humana negligente frente a la predicibilidad del evento.

En Venezuela se ha producido una controversia jurisprudencial y doctrinal en torno a la determinación de cuando se es parte en el proceso para el otorgamiento de medidas innominadas. La extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 4 de junio de 1996, que acoge el criterio ya establecido en Sala Político-Administrativa en decisiones de 14 de febrero (Caso: PPA y otros vs. Gobernación de Nueva Esparta) y 27 de marzo del mismo año (Caso: J&J vs. COVENIN), ratificó la doctrina jurisprudencial según la cual no pueden dictarse medidas atípicas antes de que conste la citación del sujeto pasivo de la pretensión admitida, en tanto este aún no es parte. Tal postura resulta censurable por los argumentos que siguen. En primer lugar, bien lo expresa Duque Corredor<sup>356</sup>, se contraviene la doctrina de la Sala de Casación Civil, la Sala procesal por excelencia, de 10 de noviembre de 1983, la cual afirmó:

(...) de acuerdo con lo previsto en el artículo 386 (588) del Código de procedimiento Civil, desde el propio momento que se presente la demanda que da comienzo al juicio, nace el derecho de las partes a pedir que se decreten las medidas preventivas autorizadas en nuestra legislación. Este derecho no esta circunscrito a alguna etapa del proceso ni a alguna de sus instancias, ya que dichas medidas pueden ser acordadas 'en cualquier estado y grado de la causa', como reza el comentado texto legal. El vocablo 'grado' es en este caso sinónimo de instancia, de modo que tanto en la primera como en la segunda el Juez goza de potestad para decretar medidas cautelares si las considera ajustadas a derecho.

---

355 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 92.

356 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 163-164.



En segundo lugar, “Parte, em regra, é aquele que pede tutela através do processo, bem como aquele contra quem essa é pedida, e que estejam, um e outro, no processo.”<sup>357</sup> Por lo tanto, bastará con que al momento de entablar su demanda, uno afirme ser titular del derecho perseguido frente a otra persona determinada, para que aquél pase a convertirse en actor y ésta última, por ese hecho, pasar a constituirse en demandada. Además, indica Duque Corredor<sup>358</sup>, las medidas cautelares se dictan *inaudita parte* (por su naturaleza de providencia de urgencia) y en cualquier estado y grado de la causa (art. 588, encabezamiento), lo cual implica, sin necesidad de que el demandado este ya citado, argumento que toma fuerza toda vez que el art. 602 del Código de Procedimiento Civil permite la oposición a la medida dentro del tercer día luego de su ejecución, si la parte contra quien obra estuviera ya citada, o dentro del tercer día siguiente a su citación.

#### 1.4.2. Fundado temor de daño grave o de difícil reparación

Calmon nos dice que del acto en cuestión debe inferirse la posibilidad de lesión grave al derecho de la parte adversa, vale decir, debe haber un fundado y justo temor de que, por fuerza de aquel acto de parte, vaya a producirse una grave lesión al derecho de quien solicita una medida cautelar.<sup>359</sup>

---

357 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. Vol 2. Arts. 7º ao 45. Sao Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2da ed. 1996. p. 29.

358 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 164.

359 CALMON DE PASSOS, José Joaquín. *Ob. Cit.* p. 54-56. Esta lesión grave -nos dice- se vincula a la futura sentencia que en el proceso se vaya a proferir en favor de la parte, y la cual no alcanzará su plena eficacia si no es eliminada la situación de peligro que el acto de la parte adversa origina. Explica que en el proceso cautelar no se tutela el derecho (material) de la parte, el cual es objeto del proceso principal; esto indirectamente ocurre, porque asegurando el resultado útil del proceso principal, el proceso cautelar también tutela el derecho (material) de la parte a favor de la cual es deferida la medida. Luego se pregunta ¿grave, en que sentido? Admitiendo que la ley deja cierta discreción el juez, no obstante propone calificar como grave toda lesión que traspasa lo tolerable, lo que sería de esperar según las circunstancias, lo que es normalmente aceptado y soportado en condiciones análogas por el común de los hombres y en el común de las situaciones; lo cual podría implicar no sólo intereses de naturaleza económica o financiera, sino también de salud, honra, reputación, fama artística, científica, etc. En cuanto a la dificultad e incertidumbre

Duque Corredor<sup>360</sup>, por su parte, afirma atinadamente que el peligro de daño debe corresponder a una situación de hecho existente al tiempo del establecimiento de la litis y su ocurrencia ser anterior al proceso, originándose en situaciones bien posteriores al nacimiento de los derechos de las partes o constituidas, por lo menos, por un agravamiento de una situación peligrosa existente, o bien que ese daño sea de tal naturaleza que el solicitante de la medida no pudo razonablemente conocer en su momento.<sup>361</sup> También advierte este autor que la apreciación del requisito del fundado temor o riesgo de la ocurrencia del daño es un juicio de probabilidad sobre la posibilidad del daño al derecho de las partes, respecto del que versa el proceso principal, que al fundarse en razones prudentes, es verosímil, capaz de ser analizado objetivamente y, por ende, ser objeto de prueba. No puede, por lo tanto, ser mera posibilidad, pues todo es posible, incluso lo que raramente sucede; ni tampoco, puede exigirse una verdadera prueba de la certeza del peligro.

Ahora bien, la expresión “fundado temor de lesión grave y de difícil reparación” del Código adjetivo brasileño fue tomada del art. 405 del Código de Proceso Civil portugués de 1939 por el Código brasileño, como lo confirma Pellegrini<sup>362</sup>, el cual a su vez fue la fuente de la norma venezolana. En crítica a la propia redacción del art. 798 brasileño, De

---

de la reparación, opina que ello se puede predicar respecto del tiempo, como de los medios y de los agentes. En tal sentido, es difícil e incierta la reparación que reclama un posterior y demorado proceso; la que exige medios costosos o de manipulación anormalmente laboriosa; también resulta difícil e incierta la que exige el involucrar personas especialmente calificadas cuyo reclutamiento sería problemático o demasiado oneroso. Considera, entonces, el criterio más adecuado para contrastar la dificultad e incerteza de la reparación el considerar la posibilidad del resarcimiento de los daños en el propio proceso y a corto plazo o con medios expeditos. Si eso no ocurre, es válido entender la lesión como de difícil e incierta reparación.

360 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 167-168.

361 Consecuencia de tal razonamiento es lo establecido en sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 8 de julio de 1997, según la cual “...en el caso de las medidas cautelares innominadas, éstas no pueden ser decretadas en forma genérica, sino sólo específicamente sobre determinados actos cuyo objeto sea evitar que se produzca una lesión a los derechos del demandante haciendo cesar la lesión de inmediato e impidiendo que quede ilusoria la ejecución del fallo” (*Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* junio 1998. p. 243)

362 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ob. Cit.* p. 325.

Moraes e Barros aclara que, a pesar de que la norma brasileña habla de “lesión grave y de difícil reparación”, basta que suceda una u otra cosa, pues si la lesión fue grave, aunque de fácil reparación, o fue leve, pero de difícil reparación, no por ello puede ser descartada la tutela cautelar<sup>363</sup>. Sobre que la lesión pueda ser grave y de fácil reparación, o leve y de reparación complicada, lo cual no descarta tutela cautelar atípica, es perfectamente aplicable a nuestro sistema jurídico máxime cuando la norma venezolana, *a contrario sensu* de la brasileña, no exige una “lesión grave y de difícil reparación” sino la opción de una “lesión grave o de difícil reparación” redacción ésta que amplía el ámbito de aplicación de la norma al no hacerla innecesariamente exigente y por ello inejecutable.

En Portugal, el más autorizado comentarista del código de 1939 fue Dos Reis, excelso procesalista quien fijó su criterio sobre la frase en referencia en el sentido que sigue: en principio, el titular del derecho se debe encontrar frente a simples amenazas que le generen un temor de tal entidad, que justifique la providencia requerida, y ella se justifica, cuando las circunstancias se presentan de modo tal de convencer de que se está ante una inminente lesión del derecho; por el contrario, si la lesión ya está consumada, si es actual, la providencia no tendría razón de ser, salvo en lo concerniente, a que la lesión ya hecha efectiva pueda justificar una providencia que tenga como objetivo evitar que lesiones futuras de similar naturaleza se sucedan. Agrega que si bien la amenaza puede consistir en actos o en palabras, considera ésta última hipótesis excepcional, y en caso de verificarse será necesario demostrar que el autor de la amenaza verbal está dispuesto a ejecutarla. Finaliza afirmando que la apreciación del justo temor de lesión es materia de hecho, de competencia exclusiva de los tribunales de instancia.<sup>364</sup>

De algunas de las acepciones que nos ofrece la Real Academia Española<sup>365</sup> sobre los vocablos “fundar” y “temor” podemos colegir que

363 *Apud.* SANCHES, Sydney. *Ob. Cit.* p. 84.

364 DOS REIS, Alberto. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 684 - 685. En cuanto al comentario referido al hecho de que si la lesión ya se actualizó no procede una providencia atípica, debemos indicar que en nuestro Derecho tal afirmación resulta falsa en forma relativa ya que según la previsión del párrafo primero del art. 588, si el daño es de ejecución continuada, la tutela cautelar atípica puede aún surgir para hacer cesar la continuidad de la lesión.

365 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Ed. Espasa Calpe. 21 va ed. 1992. Tomo I, p. 1005; Tomo II, p. 1956.

“fundado temor” significa apoyar con motivos o razones eficaces el recelo de un daño futuro. Concretamente, el inminente mal, lesión o daño, adhiriéndonos a Karl Larenz, significa una amenazante “...alteración desfavorable de las circunstancias que a consecuencia de un hecho determinado se produce contra la voluntad de una persona y que afecta a los bienes jurídicos que le pertenecen (personalidad, libertad, honor, patrimonios).”<sup>366</sup>

Por ello, excepción hecha de aquellos casos en que la lesión pueda originarse por circunstancias previsibles de la naturaleza, como cuando resulta el peligro de destrucción de una cosa por estar sujeta a la intemperie (Barbosa Moreira<sup>367</sup>), la graduación en la gravedad del daño inminente la debemos fundamentar en tres elementos: que vaya a ser consecuencia de un hecho humano (acción u omisión), que afecte a un interés humano y, sobre todo, que constituya una amenaza de contravención de una norma jurídica, vale decir, que sea antijurídico, tal como se exige en materia de responsabilidad civil.<sup>368</sup>

El juez, para determinar la gravedad de la inminente lesión al probable derecho, sólo debe ponerse en la posición de determinar si procedería indemnizar al plausible titular del derecho en el supuesto negado que la amenaza de daño se concrete; en caso afirmativo, si procediera ir en contra de la conducta dañosa mediante una sentencia condenatoria, con mayor razón se podría hacer en sede cautelar frente a la inminencia de la lesión, que sólo por consistir en un hecho humano antijurídico que amenaza afectar un bien jurídico, debe colegirse su gravedad, y por tanto, adoptarse la medida cautelar adecuada. Todo ello conforme a aquel tópico jurídico que expresa la “obligación de utilizar los medios menos perjudiciales o dañosos”. Tal fórmula de apreciación de la gravedad de la inminente lesión permite, además, que el juez verifique si el fundado temor se corresponde con una situación de objetividad fáctica perfectamente demostrable, como lo exige Baptista

---

366 *Apud.* SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil*. Madrid. Ed. Montecorvo. 6ta ed. 1991. Tomo I. p. 140.

367 *Apud.* PELLEGRINI GRINOVER, Ada. p. 330.

368 SANTOS BRIZ, Jaime. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 137.

da Silva<sup>369</sup>, y no en simples exageraciones en la valoración subjetiva del afectado por la amenaza de daño.<sup>370</sup>

### 1.4.3. Daño al derecho de la otra parte

Calmon nos dice que el acto de parte produce un fundado temor de lesión grave o de difícil reparación sobre el “derecho” de la otra parte.<sup>371</sup> Theodoro Junior considera que hablar en términos de “derecho” en sede cautelar constituye una evidente impropiedad terminológica pues no se sabe con certeza si el derecho existe o no<sup>372</sup>. Lacerda, en exposición aplicable al derecho venezolano, explica que si bien el Proyecto Carnelutti hablaba, con mejor técnica, de temor de lesión a “derecho controvertido”, los códigos italiano, portugués y los dos últimos brasileños, inspirados en aquel Proyecto, suprimieron el adjetivo y se limitaron a indicar como elemento esencial de la cautela la amenaza del derecho de parte, el cual,

---

369 *Apud.* THEODORO JUNIOR, Humberto. p. 104.

370 En Brasil como en Italia (BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Apud.* THEODORO JUNIOR, Humberto. p. 104 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ob. Cit.* p. 330), el fundado temor del peligro debe corresponder a una situación de objetividad fáctica perfectamente demostrable y justificada, mas no significar, tan solo, un injustificado temor de quien exagera en su valoración subjetiva, correspondiendo al juez valorar ese estado en cada caso concreto.

371 CALMON DE PASSOS, José Joaquín. *Ob. Cit.* p. 56-57. Al efecto nos dice este autor que en todo proceso se disputa al Estado-juez la atribución de un bien de la vida a alguien y el otorgamiento de esa pretensión se alcanza con la tutela jurisdiccional reclamada. La certificación de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, la constitución, extinción o modificación de un estado o situación jurídica, la imposición a alguien de una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, la práctica de actos que importan la incorporación al patrimonio del postulante del bien de vida por éste disputado, todas esas son formas de tutela jurídica. Mas estando en pendencia el proceso - nos aclara- resulta incorrecto hablar de derecho. La existencia misma del litigio sobre los hechos y consecuentemente sobre el derecho significa que no se ha declarado la certeza de su existencia ni mucho menos actuado. Existe, apenas, una pretensión que se quiere ver tutelada (proceso de conocimiento) o un derecho presumido cierto (en la ejecución) mas todavía susceptible de impugnación, en su existencia o en su eficacia. De suerte que un “derecho”, en su exacta acepción, difícilmente existirá en términos de proceso cautelar, sino una plausibilidad o probabilidad de un derecho.

372 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. Cit.* p. 77.

sin embargo, debe ser entendido como un derecho “aparente” o plausibilidad o probabilidad de un derecho.<sup>373</sup>

## 2. Procedimiento <sup>374</sup>

En Venezuela, el párrafo segundo del art. 588 del Código de Procedimiento Civil prevé que “Cuando se decrete algunas de las providencias cautelares previstas en el Párrafo 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.” <sup>375</sup>

i) Como acota Zoppi, si bien al procedimiento de las providencias cautelares atípicas se aplican los artículos 602 (oposición y articulación probatoria), 603 (sentencia del incidente) y 604 (sustanciación autónoma de las medidas), pues así lo ordena el párrafo segundo del art. 588, vale decir, tienen oposición, articulación probatoria y sentencia, tramitándose también en cuaderno separado, lamentablemente se olvidó la remisión expresa el art. 601 *ejusdem* (decreto de la medida y suficiencia de la prueba que la sustenta), sin lugar a dudas necesaria.<sup>376</sup> Conforme a la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de mayo de 1.999, si se solicita la providencia atípica por vía de casualidad, sí aplicaría el artículo 601, pues lo que hubo fue un olvido del legislador<sup>377</sup>, y según su contexto, una vez pedida la medida, el Tribunal decidirá el mismo día si acuerda su ejecución u ordena ampliar la prueba apreciada como deficiente. En nuestra opinión, el párrafo segundo del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil no hace alusión a la norma del precepto 601 *eiusdem*, pues el párrafo

---

373 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 90.

374 Sobre el tema ver nuestro trabajo: URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto. “Aspectos del procedimiento de las medidas cautelares atípicas en los ámbitos civil y mercantil”. En: PARRA ARANGUREN, Fernando (Ed.) *Temas de derecho procesal*. Libro homenaje a Felix S. Angulo Ariza. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. 2003. Tomo II. p. 407-454.

375 MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Ob. Cit.* p. 378.

376 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Providencias cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Valencia. Ed. Vadell Hermanos. 1988. p. 65.

377 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 59.

mencionado simplemente se refiere al procedimiento de oposición de la medida cautelar, y no al procedimiento de solicitud de la medida, al que hace referencia el 601. No pensamos, por tanto, que hubo un olvido del legislador, pero si admitimos que, en caso de que sea requerido, procede una aplicación analógica de esta última norma al procedimiento cautelar de las medidas atípicas.

ii) En cuanto a la solicitud de la medida rige el principio dispositivo previsto en el art. 11 del Código de Procedimiento Civil, por lo que, como corolario, las medidas cautelares no pueden ser decretadas de oficio, salvo que la propia Ley lo autorice expresamente, se trate de resguardar el orden público o este involucrada la noción de "buenas costumbres."<sup>378</sup>

En desmedro de una posición de Ortiz sobre un restrictivo ámbito *Inter partes* de las medidas atípicas<sup>379</sup>, una mejor tesis es la sostiene que, además de las partes *strictu sensu*, los terceros intervinientes, bien sean terceristas (art. 370, ord. 1 y art. 371 *eiusdem*), o intervinientes adhesivos, (art. 370, ord. 3 y 380 *eiusdem*), poseen legitimidad para solicitar el decreto de medidas cautelares innominadas<sup>380</sup>. De nuestra parte, consideramos que, en respeto al principio constitucional de la tutela judicial efectiva y al principio *pro actione*, no puede otorgarse una interpretación restrictiva a la legitimación para solicitar las medidas cautelares atípicas, e incluso estimo que puede solicitarlas el Fiscal del Ministerio Público, pero sólo en las causas que el mismo habría podido promover, como lo establece el art. 133 *eiusdem*.

---

378 RONDON DE SANSO, Hildegard. "La suspensión de los efectos de los actos administrativos en la esfera de las medidas cautelares". En: *200 años del Colegio de Abogados*. Libro-Homenaje. Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas. Ávila Arte/Impresores. 1989. Tomo II. p. 359; CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 205; ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 30; ORTIZ-ORTIZ, Rafael *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 39, 41, 511 y 512; DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 168-169.

379 ORTIZ-ORTIZ, Rafael *Ob. Cit.* p. 557.

380 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 334; DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 170.

iii) Por su parte, la posibilidad de solicitar una medida cautelar atípica por vía de caucionamiento ha generado una controversia a nivel doctrinal. Pesci-Feltri<sup>381</sup> expone que de una interpretación literal del art. 590 del Código de Procedimiento Civil pareciera colegirse que por vía de caucionamiento sólo pueden ser decretados el embargo cautelar y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles cuando no se den los supuestos de hecho establecidos en el art. 585 *ejusdem*. Ello contradice la intención del legislador, por lo que considera procedente la adopción de medidas atípicas mediante caución con base a dos argumentos: a) por analogía, pues si es el mismo supuesto de hecho que permite la concesión de las medidas típicas y atípicas (asegurar ejecución del fallo definitivo por equivalente), es razonable pensar que éstos últimos pueden decretarse también por el caucionamiento del art. 590; b) por interpretación lógica y sistemática del párrafo tercero del art. 588, ya que si éste permite suspender la medida atípica mediante caución de las previstas en el art. 590, debe necesariamente admitirse que tales medidas también pueden concederse con la presentación de garantía suficiente. Luego aclara que el art. 589 debe interpretarse que se refiere tanto a las típicas como a las atípicas, con la sola exclusión del secuestro el cual permite lograr el aseguramiento por el demandante del bien que es el objeto mismo de la demanda.

Opinión en contrario sustenta Ortiz<sup>382</sup>, así como la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia mediante interpretación restrictiva derivada de las sentencias del 16 de junio de 1999 y, sobre todo, del 21 de julio de 1999, conforme a lo cual el juez no puede dictar una medida innominada sin estar llenos los requisitos de ley y aún cuando se ofrezca caución de las previstas en el art. 590, pues: a) el art. 590 del Código procesal excluye al secuestro de las medidas que se pueden adoptar<sup>383</sup> mediante caución, y si el propio legislador ha sustraído tal posibilidad, la interpretación de tal norma debe ser restringida y no amplia, por lo que no puede extenderse a las medidas innominadas; b) el párrafo

---

381 PESCI-FELTRI MARTÍNEZ, Mario. *Ob. Cit.* p. 173-176.

382 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 54-55.

383 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 204.



primero del art. 588 *ejusdem* utiliza la expresión “estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585”, lo que hace pensar en una interpretación también estricta de dicha norma, por lo que obviándose esos requisitos, no parecería posible dictar alguna medida innominada.

La interpretación sistemática de Pesci-Feltri nos resulta más coherente que las meramente gramaticales de Ortiz y de la Sala de Casación Civil. Por una parte, Ortiz omite mencionar que la excepción del secuestro en la vía de caucionamiento, vale decir, en el art. 590, se debe a que la propia cosa secuestrada es el objeto del litigio por lo que, para asegurar la integridad del bien o el derecho a usarlo, la ley considera que la prueba de existencia del derecho reclamado es necesaria e insustituible por una garantía. Por la otra parte, además de los argumentos esgrimidos por Pesci-Feltri, podemos agregar que si el parágrafo tercero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil admite la suspensión de la medida atípica por vía de caucionamiento, cambiando la seguridad jurídica que imprime una medida eficaz, adecuada a las sinuosidades del proceso en concreto, por una indemnización en equivalente, *a fortiori* debemos admitir también que se pueda dictar una providencia innominada mediante la prestación de una caución, la cual permitiría adecuar la tutela cautelar a las exigencias procesales y a su vez la constitución de una garantía pecuniaria para cualquier eventualidad respecto de la suerte de dicha medida.

iv) También la posibilidad de sustituir por caución las medidas innominadas, a pesar de estar prevista expresamente en el parágrafo tercero del art. 588, ha producido cierto escepticismo en parte de la doctrina.

Para Quintero sería más saludable la posibilidad de sustituir la medida por otra menos gravosa para el afectado, siempre que el derecho del cautelante resulte bien tutelado.<sup>384</sup> Henríquez La Roche nos habla que el Juez no siempre podrá, de acuerdo a las circunstancias, llevar a cabo la sustitución de la medida atípica en el caso de aquellas no patrimoniales y en las que se pretende el aseguramiento de un derecho real, ya que como lo ha establecido el art. 589 Código de Procedimiento

Civil, es improcedente cambiar un derecho personalísimo o un derecho *in rem* por un derecho de crédito.<sup>385</sup> Por su parte, Duque Corredor considera que deben excluirse de la posibilidad de una cautela sustituyente las providencias atípicas, en atención a dos argumentos: primero, su finalidad es la de evitar daños y en algunos casos anticipar los efectos satisfactivos del derecho reclamado, mas no asegurar la ejecución de la sentencia, como en el caso del embargo o de la prohibición de enajenar y gravar; segundo, el paragrafo tercero del art. 588 resulta contradictorio respecto de lo pautado por el art. 585, pues los extremos de ley que pueden ser sustituidos mediante caucion son los requisitos de procedencia aplicables a toda medida preventiva, vale decir, la presuncion grave del derecho reclamado y el peligro en la demora (art. 585), mas no el especifico de las innominadas, el cual por su naturaleza es inestimable económicamente y no debe admitir garantia equivalente o suma de dinero que pueda sustituirlo.<sup>386</sup>

Nosotros pensamos que las providencias atípicas no solo tienden a evitar o hacer cesar un daño grave o de difícil reparación sino que también procuran asegurar, aunque de manera mediata, las resultas del proceso principal, por lo que la posibilidad de la sustitución del decreto mediante una cautela sustituyente es factible, siempre y cuando la naturaleza de los derechos bajo protección así lo permita.

v) El párrafo segundo del artículo 588, autoriza a la parte contra quien obre la providencia decretada a oponerse a ella dentro del procedimiento de oposición de parte a que se refiere el art. 602, 603 y 604 del Código de Procedimiento Civil, esto es, bien dentro de los tres días siguientes a la citación de la parte contra quien obra la medida, si no ha sido citada, o bien dentro de los tres días siguientes luego de dictado el decreto, ya que se considera<sup>387</sup> que la ejecución de las medidas cautelares atípicas comienza desde que estas se decreten.<sup>388</sup>

---

385 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 350.

386 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 172-173.

387 *Ibidem.* p. 233.

388 Excepción a la regla general de la oposición como procedimiento de impugnación, lo constituyen las medidas cautelares atípicas dictadas en el curso de un proceso de amparo constitucional, tal y como lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en sendas sentencias de fecha 15 de enero de

En orden a la oposición, las opciones que se le presentan a la parte afectada por la medida, van desde la alegación de ilegalidad del decreto cautelar a fin de que este sea anulado, hasta la posibilidad de que el mismo sea suspendido ofreciendo contracautela suficiente; e incluso, en la hipótesis de que el decreto haya sido dictado sin llenar los extremos de Ley, por vía de caucionamiento, la parte pueda objetar la eficacia o insuficiencia de la medida a fin de que no sea dictada o a efectos de que se suspenda si ya fue dictada<sup>389</sup>, pues las medidas atípicas se encuentran sujetas a la necesaria reconsideración jurisdiccional sobre sus motivos, fundamentación y alcance, incluso en el supuesto de que no haya oposición de la parte contra quien obra o de algún tercero, tal y como lo prescribe el parágrafo segundo del mencionado precepto.<sup>390</sup>

En cuanto al régimen general de impugnación, Ortiz<sup>391</sup> puntualiza los eventuales supuestos de que puede ser objeto: 1) Contra el auto que ordena la ampliación de la prueba conforme al artículo 601 del Código adjetivo civil. Este autor<sup>392</sup> estima que el juez debe establecer un plazo para que el solicitante produzca la prueba necesaria, el cual no puede exceder de los ocho que se conceden para la articulación probatoria de la oposición, y si al cabo de ese tiempo la parte no realiza la actividad probatoria requerida, el juez debe negar la medida por auto razonado, supuesto en el que cabe apelación. 2) Contra el auto que acuerda o niega la medida solicitada por una de las partes. Contra el auto que acuerda o niega la medida solicitada por una de las partes. En el supuesto de que el decreto acuerde la medida peticionada, la parte no puede apelar de esa decisión (art. 601), pero puede, sin embargo, ejercer el recurso de oposición (art. 588, parágrafo segundo). Si por el contrario, el decreto niega la medida no cabe el recurso de oposición, pues no hay medida cautelar alguna que atacar; en cambio, es procedente el recurso

1998, 10 de marzo de 1999 (*Apud.* RAMÍREZ & GARAY. *Ob. Cit.* N° 152. 1999. p. 339-340) y 8 de abril de 1999, caso E. Molina y otros en amparo (*Apud.* RAMÍREZ & GARAY. *Ob. Cit.* N° 153. p. 389-390).

389 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 230.

390 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 350.

391 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 563.

392 *Ibidem.* p. 564.

de apelación ya que se resuelve definitivamente la petición cautelar, causándose gravamen irreparable. 3) Contra la sentencia que decide la oposición a la medida previamente decretada. Según Ortiz<sup>393</sup>, si se declara con lugar la oposición y por consiguiente se suspende la providencia cautelar, la apelación debe oírse al doble efecto; en cambio, si la apelación se declara sin lugar y se confirma la medida decretada, la apelación debe oírse al solo efecto devolutivo, pues en este caso la medida debe continuar vigente y debe garantizarse la finalidad cautelar.<sup>394</sup>

Respecto de la oposición a las medidas cautelares, Ortiz sustenta que es un verdadero mecanismo técnico de impugnación, vale decir, un genuino recurso y como tal es la esencia del derecho de defensa consagrado en el texto del artículo 68 de la Constitución de 1961 (49, num. 1° y 3° de la Constitución de 1999)<sup>395</sup>; sin embargo, lamento apartarme de dicha tesis en lo referente a la consideración técnica de la oposición a la medida como un recurso, pues como bien enseña Alcalá-Zamora<sup>396</sup>, la oposición constituye una institución intermedia entre la contestación y el recurso, en tanto implica la respuesta y a la vez la reclamación respecto a una pretensión adversa acogida en una resolución, sustituyéndose el desenvolvimiento normal de la discusión procesal, el cual sería demanda-contestación-resolución-recurso (eventual), por el de: demanda-resolución-oposición. Por otra parte y en orden a asuntos de competencia –expone a mayor abundamiento el Maestro español–, mientras los recursos implican, como regla, la intervención de un Juez de superior jerarquía a aquel que dictó la resolución recurrida, la oposición

---

393 *Ibidem*. p. 567.

394 Respecto de los efectos en la admisión de los recursos, es oportuno citar al maestro ALCALÁ ZAMORA (*Ob. Cit.* p. 90-92), quien observa que en orden a la jurisdicción del juzgador *a quo* se contraponen el efecto no devolutivo, conservativo o retentivo, conforme al cual el juez de la resolución recurrida conserva o retiene jurisdicción para pronunciarse sobre el recurso, y el efecto devolutivo, el cual deslinda entre tribunal *a quo* y *ad quem*; en orden a la ejecución del proveimiento, el efecto ejecutivo, vale decir, la ejecutoriedad provisional de la resolución impugnada mientras se sustancia el recurso interpuesto, y el efecto suspensivo, en el que la resolución no se ejecuta.

395 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 548.

396 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Cuestiones de terminología procesal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1972. p. 108.

se ventila dentro de la propia instancia o grado en la cual recayó la decisión.

vi) Otro problema de interpretación se presenta cuando el juez alcanza con los efectos de la medida a un tercero no interviniente.<sup>397</sup> La Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 25 de noviembre de 1999, nos dice:

La ley procesal establece que las medidas innominadas se dictan para que surtan efectos entre las partes del juicio, es decir, tanta legitimación procesal debe tener el solicitante de la medida como contra quien ella obre, sin que pueda extenderse la misma a quien no tenga la condición de demandante, demandado o tercero llamado a juicio. En otras palabras la medida no puede extender sus efectos y aplicación a suspensiones o prohibiciones que recaigan sobre personas naturales o jurídicas ajenas al juicio.<sup>398</sup>

¿Qué sucede cuando se afecta mediante una medida cautelar atípica a un tercero no interviniente? Ortiz sostiene que, ante violaciones de derechos de rango legal, el tercero sólo tiene la opción de la demanda de tercería del art. 371 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pero nunca la oposición al embargo prevista en el art. 546 *ejusdem*, ya que el tercero no puede acudir al recurso de oposición en tanto es un

---

397 Problema diferente es la interrogante de si pueden hacerse extensivos los efectos de una sentencia incidental que acordó la medida cautelar, a aquéllos que intervinieron en el proceso con posterioridad al fallo, *exempli gratia*, en el supuesto de que se produzca la acumulación de dos procesos y previamente se haya dictado una medida cautelar en uno de ellos, cuyos efectos pudieran beneficiar a las nuevas partes en el juicio.

Mediante sentencia dictada el 4 de agosto de 1.999, ratificada en su contenido mediante decisión del 14 de diciembre de 1.999, la Corte en Pleno consideró que "... no basta el hecho de verificarse el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* para que le sea acordada la medida preventiva, sino que, tal como sucedió en el caso de autos, quien pretenda en su favor la extensión de los efectos de un fallo incidental que acuerda la cautelar, debe solicitarlo en forma expresa, traer a juicio elementos que comprueben la identidad de situación con respecto al beneficiario originario de la medida cautelar y por último, la extensión de la medida cautelar debe ser acordada mediante sentencia expresa por el tribunal de la causa" (*Apud.* RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1999. N° 160. p. 613-614)

398 *Apud.* RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* N° 159. p. 465.

mecanismo técnico de impugnación concedido de manera exclusiva a las partes. Si en cambio, se trata de violaciones de carácter constitucional considera que la vía de la tercería no constituye un procedimiento breve, sumario y eficaz para evitar la lesión, sino justamente el amparo constitucional.<sup>399</sup> Zoppi piensa por el contrario que el tercero puede solicitar la revocatoria ya que no tiene estrictamente la tercería ni mucho menos la oposición.<sup>400</sup> Nuestra jurisprudencia acertadamente se ha inclinado por la primera tesis en sentencia de la Sala de Casación Civil de la Suprema Corte del 20 de octubre de 1994<sup>401</sup> y también mediante sentencia de 23 de noviembre de 1.999 (Caso: Agropecuaria La Guamita C.A. en amparo).<sup>402</sup> La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia igualmente ha mantenido tal línea jurisprudencial en sentencia N° 72 del 24 de marzo del 2000:

---

399 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XXXX No 94. p. 53-54; ORTIZ-ORTIZ, Rafael *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 557-559.

400 ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 85.

401 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1994. N° 10. p. 214-215.

402 Esta sentencia indica en la parte pertinente:

"...nuestro ordenamiento jurídico ha señalado que las medidas preventivas que se decreten sólo pueden afectar los derechos e intereses de las partes en litigio. Así, el Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 587 que ninguna medida cautelar puede decretarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquel contra quien se libren, salvo en los casos del artículo 599 ejusdem -del secuestro- que no contempla el caso de autos.

"En el caso bajo estudio, como antes se indicó, se decretó medida cautelar innominada contra un tercero, el cual no tiene posibilidad de intervenir de manera excluyente, por vía de oposición, contra dicha medida, es decir, no cuenta el tercero en dicho procedimiento con esa vía ordinaria para que se le restituya la situación jurídica infringida. Tampoco cuenta con la demanda de tercería para impugnar las medidas cautelares innominadas en su contra, por cuanto no es el medio idóneo, por no ser breve, sumario y eficaz para la protección de los derechos y garantías fundamentales de dichos terceros.

"Siendo así, actuó fuera de su competencia el Juzgado de la causa al decretar una medida cautelar innominada contra un tercero que no es parte en el juicio en el que se decretó, lo que acarrea la infracción de los derechos constitucionales aquí denunciados..." (*Apud.* RAMIREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* N° 159. p. 432-433).

Se ratifica la sentencia de la Sala de fecha 20 de octubre de 1994, en la cual se dejó establecido, que el tercero que se sienta afectado contra una medida precautelativa, o alguna de las medidas complementarias señaladas en el artículo 588 del CPC, o de las innominadas o atípicas a que se refiere el párrafo primero del mismo artículo, ese tercero afectado, de conformidad con lo establecido en el artículo 370 ordinal 1° y 317 eiusdem, deberá proponer demanda de tercería contra las partes contendientes ante el Juez de la causa en primera instancia.<sup>403</sup>

vi) Y si la medida innominada se dictara en un juicio de naturaleza mercantil ¿procede la oposición?. Alguna jurisprudencia de instancia<sup>404</sup> ha afirmado que de la interpretación de los arts. 1099 del Código de Comercio y el 602 del Código de Procedimiento Civil surge una radical diferencia en cuanto al procedimiento a aplicar, ya que según la primera norma, que es la que rige para el procedimiento de naturaleza mercantil, en materia de medidas, el juez procederá a su ejecución no obstante apelación, siendo éste el único recurso que se concede contra tales providencias; por el contrario, la norma del Código adjetivo otorga en materia civil la oposición. De modo tal que si se formulara oposición contra una medida en juicio de naturaleza mercantil equivaldría a romper el principio de igualdad entre las partes. Tal interpretación creemos no resulta aplicable, por lo menos, cuando las providencias cautelares son de aquellas atípicas dictadas en un proceso mercantil, ya que tal instituto jurídico se encuentra regulado en el Código procesal y éste tiene el carácter de ley especial en materia procedimental. De modo tal que si en un juicio mercantil una parte apelara la adopción de una medida atípica, el juez *ad quem* debería declarar inadmisibile la apelación por no haberse agotado la vía ordinaria que se encuentra prevista en el Código procesal, vale decir, la oposición de parte por ante el mismo juez que dictó la medida.

La Sala de Casación Civil ha ido más lejos, pues en decisión del 31 de julio de 1997<sup>405</sup>, modificada por sentencia del 23 de abril de 1998,

403 Disponible en: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

404 *Apud*. RAMIREZ Y GARAY, *Ob. Cit.* 1990. CXIV. p. 57-58.

405 Esta importante decisión estableció que:

"... 2.- En un proceso cautelar en el cual se halle en juego la aplicación del especial régimen cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio, cualquier Tribunal que conozca del mismo - a fortiori este Supremo Tribunal- está en el

declaró inconstitucional –derogando virtualmente el precepto en el primer pronunciamiento y desaplicándolo al caso concreto en el segundo– el último aparte del art. 1099 del Código de Comercio (recurso de apelación como vía primaria de impugnación) por violación del derecho a la defensa del art. 68 (hoy 26) de la Constitución, ya que al justiciable se le excluye “(...) consecucionalmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción –primera instancia- de dicho proceso cautelar”, considerando aplicable para integrar el vacío legal la vía procedimental de la oposición del art. 602 del Código Procesal Civil. Tal criterio fue ratificado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 26 de abril de 2.000 (Caso Transconla, C.A. c/ Seguros Pan American, C.A. y Taller Tecno Servicios Mendoza, C.A.) y en la sentencia N° 41 de fecha 23 de febrero de 2.001.<sup>406</sup>

No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha declarado (sentencia del 20 de febrero de 2.002; Caso: Tulio Álvarez en nulidad) la constitucionalidad *ex nunc* del art. 1.099 del Código de Comercio, bajo el argumento de que el recurso de apelación que brinda como medio de impugnación el mencionado precepto, cumple similar función a la oposición del código adjetivo y, por lo tanto, no se considera

---

ineludible deber jurisdiccional que le impone la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución de la República - ‘Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede *derogado* expresa o *implícitamente* por la constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente’-, de declarar virtualmente derogado, CON EFICIENCIA LIMITADA AL CASO PARTICULAR SUB IUDICE, la muy específica norma inserta en el último aparte del susomencionado artículo 1.099 del Código de Comercio, consagradoria del recurso de apelación como única vía jurídica procesal de contradicción, en sede de instancia, de las providencias cautelares correlativas.

“3.- Para integrar el vacío legal configurado por la derogatoria virtual, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la disposición inserta en el último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio Venezolano, lo jurídicamente procedente es, atendiendo a la expresa remisión normativa efectuada por el artículo 1.119 *eiusdem*, utilizar el régimen de contradicción cautelar, constitucionalmente válido, previsto en el título II del Libro III del vigente Código de Procedimiento Civil, en cuanto que la vía procedimental de la oposición allí contemplada –artículo 602 *ibidem*- es plenamente idónea para controvertir los presupuestos jurídicos de esa especial tutela jurisdiccional cautelar mercantil”.



que se viola el derecho a la defensa.<sup>407</sup> A pesar del pronunciamiento de la Sala Constitucional, la Sala de Casación Civil del máximo tribunal, en sentencia N° 343 del 30 de julio de 2002 ratificó la doctrina establecida en el fallo N° 205 de la misma Sala del 31 de julio de 1997 (Caso: caso Electrospace, C.A contra Banco del Orinoco, S.A.C.A):

---

407 La Sala de mayor jerarquía dentro del Supremo Tribunal argumento al efecto: “Al respecto, considera la Sala que, no obstante el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el fallo del 31 de julio de 1997, citado por el recurrente, no comparte esta Sala Constitucional la postura por ella sostenida, en el sentido que esa disposición del Código de Comercio vulnere el derecho a la defensa de la parte procesal que sufre la medida ordenada por el juez. No se viola, por cuanto, como lo dispone la misma norma, el afectado sí cuenta con un recurso para su defensa: la apelación ante el tribunal superior, ante el cual podrá exponer los motivos que posee para oponerse a la medida cautelar y lograr su revocatoria.

“Ha sido jurisprudencia reiterada de este Tribunal, y lo había sido de la Corte Suprema de Justicia, que el derecho a la defensa se viola cuando se priva a una parte de los medios procesales para la tutela de sus intereses o se les restringe de manera tal que éstos quedan desmejorados. Es evidente que en el presente caso no existe tal violación, toda vez que el propio artículo cuya inconstitucionalidad se denuncia prevé un medio de defensa efectivo: el recurso de apelación.

“Tal como se ha declarado repetidamente por la jurisprudencia, el derecho a la defensa no tiene una manera única de ser garantizado, sino que se deja a la ley la determinación de los medios a través de los cuales se asegurará. En el supuesto de las medidas cautelares previstas en el Código de Comercio, ha sido decisión del legislador que las mismas sean otorgadas a criterio del juzgador, luego de un análisis que efectúe con tal objeto según su prudencia, y que sean impugnadas únicamente a través de la apelación y no por un procedimiento de oposición ante el mismo juez que las acuerda.

“Esta opción es perfectamente cónsona con la naturaleza de las medidas cautelares. No debe olvidarse que ellas están justificadas por la urgencia de su concesión; de lo contrario, bien podría esperarse la solución del caso sin que se tenga que dictar, con carácter previo, medidas de protección. Tal urgencia incluso aconseja ordenarlas sin oír al afectado -y así ha sido aceptado en forma casi pacífica-, sin que ello le cause una lesión, ya que no son más que una medida provisional que no prejuzga el resultado del proceso y que tienen como única finalidad proteger al solicitante de la misma. Claro que, con posterioridad, la protección del afectado exige que se le permita exponer sus defensas, pero ello no tiene por qué ser a través de una incidencia de oposición ante el mismo juez, aunque de esa manera se hagan los procesos civiles ordinarios.

“En el caso del artículo 1.099 del Código de Comercio, el legislador consideró apropiado garantizar la defensa del afectado a través de un recurso de apelación, el

De conformidad con la doctrina, antes trascrita en los procesos cautelares en los cuales se halle en juego la aplicación del especial régimen cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio, cualquier Tribunal que conozca del mismo, está en el ineludible deber de declarar su no aplicación, con eficacia jurídica limitada al caso particular, la norma inserta en el último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio, consagratória del recurso de apelación como

---

cual tiene la misma finalidad que la oposición ante el juez que dictó la medida, con la única diferencia de que será conocido por un juez superior a aquél. Incluso, podría pensarse que en un sistema con tales características puede garantizarse aún más el interés particular, pues las alegaciones se harán ante un juez distinto al que decidió en primer término su procedencia, permitiéndose una segunda instancia en el conocimiento del asunto.

“No debe sorprender, por tanto, que el Código de Comercio haya previsto que el cuestionamiento al otorgamiento de la medida se haga únicamente por apelación – a un sólo efecto-, y no ante el mismo juez que se ha pronunciado acerca de su procedencia y en atención a ello la ha dictado. Pudo el legislador haber establecido que el juez dictara la medida sin participación del afectado, pero que la oposición posterior se formulase ante el mismo juez, pero no lo hizo así, sin que ello pueda considerarse como un perjuicio al particular y una desmejora de su derecho a defenderse.

“Esta Sala observa, además, que el régimen previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio es especial, por lo que no debe estimarse como el régimen ordinario respecto de las medidas preventivas en materia mercantil, como lo aseguró el demandante. Al contrario, la redacción del artículo demuestra que se trata de un supuesto especial, en el que la medida se concede en virtud de la urgencia necesaria para la defensa del derecho que se reclama; es más, en caso de ser necesario se le requiere al solicitante fianza o solvencia suficiente para responder de las resultas del juicio. Con ello, se satisface a la vez la pretensión cautelar del demandante y se protege el patrimonio del demandado, quien, bajo este supuesto, siempre dispondrá de una garantía que le permitirá restablecer su situación jurídica inicial en caso de que la demanda se declare improcedente.

“De tal manera que, cuando se prueba la urgencia, es aplicable el artículo 1.099 del Código de Comercio; en cambio, cuando la urgencia no es alegada, o no es probada, las medidas preventivas, así sea en materia mercantil, deben regirse por las normas generales previstas en el Código de Procedimiento Civil, por ser de aplicación supletoria. En esos casos, sí existiría oposición, aparte de la apertura de una articulación probatoria, salvo un supuesto excepcional que es, precisamente, el objeto de la segunda denuncia contenida en este recurso y sobre el cual esta Sala se pronunciará en su oportunidad.

“Por lo expuesto, esta Sala declara que el único aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio no viola el derecho a la defensa y no es, por tanto, inconstitucional. Y así se decide” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

única vía jurídico-procesal de contradicción y, en consecuencia, para llenar el vacío legal se debe aplicar el régimen de contradicción cautelar, previsto en el Título II del Libro III del vigente Código de Procedimiento Civil, en cuanto que la vía procedimental de la oposición allí contemplada –artículo 602 *ibídem*- es plenamente idónea para controvertir los presupuestos jurídicos de esa especial tutela jurisdiccional cautelar mercantil.<sup>408</sup>

vii) En otro sentido, si el Tribunal Superior, al conocer de la apelación contra una negativa de medida cautelar, revoca la decisión de primera instancia y acuerda la tutela preventiva, o si el propio Tribunal de Alzada decreta, en esa instancia, una medida cautelar atípica, a petición de parte interesada, tal decisión ¿sería accionable en Casación de inmediato, o dicho recurso estaría reservado para la misma oportunidad en que se anuncie contra la sentencia definitiva del proceso?. En principio, la Sala de Casación Civil, por ejemplo en sentencia del 25 de mayo de 1988, sostenía el criterio de la admisibilidad inmediata del recurso de casación, pues tales decisiones constituían incidencias autónomas cuya sentencia interlocutoria podía causar gravamen irreparable por la definitiva.<sup>409</sup> A partir de la sentencia del 12 de mayo de 1999 y para satisfacer la garantía constitucional de defensa en los términos de la decisión del 31 de julio de 1997, en tales supuestos el Tribunal Superior, o en su caso la propia Sala de Casación Civil, según opinión de Ortiz<sup>410</sup>, deberá abrir, de inmediato, la incidencia cautelar establecida los arts. 602 y siguientes del Código adjetivo civil, que constituye una fase de contradicción plena. Luego será contra la sentencia definitiva del Tribunal de Alzada que se dicte en ese proceso, contra la que se podrá ejercer el recurso de casación, medio de impugnación extraordinario, de argumentación muy restringida y técnica y sin posibilidad de promoción y evacuación de pruebas.

Ahora bien, tal sentencia no cambia el criterio según el cual si la decisión del Tribunal Superior niega, suspende o modifica (en sentido de negación) la medida, vale decir, "(...) Si la decisión pone fin o resuelve en forma definitiva la incidencia de oposición a la cautelar, y además, se dan los presupuestos de admisibilidad, la sentencia del segundo grado

408 Disponible en: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

409 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1988. N° 5. p. 202.

410 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Ob. Cit.* p. 569-570.

tiene casación de inmediato por tratarse de una providencia autónoma, tramitada en cuaderno separado, y con carácter de sentencia definitiva”, tal y como se sostuvo en sentencia del 19 de julio de 1995<sup>411</sup> la cual reiteró un criterio de la Sala de Casación civil emitido en junio de 1993. Sin embargo, la propia Sala de Casación Civil, en la sentencia N° 064 de 25 de junio de 2.001, estimó que debía atemperarse

(...) la doctrina citada, y considera inadmisibile el recurso de casación cuando éste se interponga contra la decisión que niegue una solicitud de medida preventiva. En cuanto a las otras decisiones recaídas en materia de medidas preventivas, cuando sea acordándolas, suspendiéndolas, modificándolas, o revocándolas se mantiene el criterio de admisibilidad inmediata, por ser asimilables a una sentencia definitiva en cuanto a la materia autónoma que se debate en la incidencia.<sup>412</sup>

viii) Redenti entiende que para conseguir su finalidad las medidas atípicas deben ser susceptibles de ejecución forzada, lo que ocurre normalmente en las formas de la ejecución para las obligaciones de hacer o no hacer, criterio al cual se adhiere Zoppi.<sup>413</sup> En Venezuela, en lo que toca a la ejecución de las medidas atípicas, reconoce la doctrina que existe una laguna jurídica en cuanto a la forma de asegurar su cumplimiento, ambigüedad que se acrecienta por el hecho de que ellas esencialmente contienen una orden de actuar o de abstenerse; sin embargo, en principio, como cualquier resolución cautelar son ejecutables, por lo que a las medidas atípicas deben aplicarse las prescripciones generales del Código de Procedimiento Civil acerca de la ejecución forzosa, pudiendo el Juez utilizar medidas coercitivas para obtener la ejecución de las medidas cautelares.<sup>414</sup>

¿Debe entenderse, entonces, que el Juez puede conminar al cumplimiento de una sentencia, acudiendo a medidas coercitivas para la

---

411 *Apud.* PIERRE TAPLA, Oscar. *Ob. Cit.* 1995. N° 7. p. 117.

412 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>.

413 REDENTI, Enrico. *Ob. Cit.* Tomo III. p. 285; ZOPPI GANEM, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 40.

414 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. “Medidas cautelares innominadas (con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo)”. En: *Derecho procesal civil*. XXII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”. Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. p. 375-376.

consecución de tales fines? La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido, pero limitándose al ámbito del amparo constitucional, la utilización de la *astreinte* o medida conminatoria en una muy interesante decisión del 3 de octubre del 2002, expediente 02-0025 (Caso: Municipio Iribarren del Estado Lara), cuyo ponente fue el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, de la cual nos permitimos hacer una cita parcial:

¿Que puede hacer el órgano jurisdiccional, en condiciones normales, si por ejemplo el sujeto pasivo de la ejecución judicial se muestra reticente a cumplir el mandato?

(...)

Con el fin de garantizar la ejecución del fallo, en el derecho comparado se ha expandido, la figura del *astreinte* o apremio del derecho francés, entendido como '(...) una pena pecuniaria decretada por el juzgador para constreñir al deudor a que cumpla su obligación principal, y se fija, como regla, en una cantidad por día de retardo o por cualquier otra unidad de tiempo; pero puede consistir asimismo en una suma determinada a pagar por el deudor por cada violación en que incurra' (ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Cuestiones de Terminología Procesal*. México. UNAM. 1972. p. 54). Esta institución está regulada positivamente, además de Francia, en Argentina, Brasil, Uruguay, Luxemburgo, Holanda, Bélgica e Italia, y en versiones intermedias, en Alemania y Portugal, configurando el denominado poder conminatorio conferido al juez, el cual constituye la 'conminación al cumplimiento de una sentencia, mediante dictado, y eventual ejecución, de una condena condicional e instrumental'" (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al Estudio del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 233-234) (...)

En cuanto a su naturaleza jurídica, la astringencia, que puede ser provisional o definitiva, dependiendo de si su cuantía puede o no ser modificada libremente por el juez en el momento de su liquidación, es una forma de aseguramiento de la ejecución indirecta, que puede culminar en esta misma ejecución, si la idea primaria de coaccionar con la sola amenaza no tiene éxito. Por otra parte es no cautelar, condicional, instrumental y dada en estructuras sumarias (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al Estudio del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 256). También se ha dicho que se caracteriza por su discrecionalidad, en cuanto a su imposición o no y en cuanto a la fijación de la cuantía de la astringencia; por su conminatoriedad, la cual resulta de la amenaza de ruina pecuniaria para el ejecutado recalcitrante, o por quien deba cumplir una obligación nacida del

proceso, y no lo hace sin causa justificada; por su accesoriedad, ya que son impuestas para obtener el cumplimiento del mandato de una resolución principal, de la cual asegura su eficacia; por su modificabilidad, ya que el juez puede aumentar, disminuir o suprimir las astringencias o constreñimientos (CATALÁ COMAS, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 122-123).

La idea fundamental de este instituto tiene por finalidad transformar una obligación incoercible (hacer o no hacer) por otra coercible, que es la de dar sumas de dinero, a objeto de lograr el acatamiento del mandato judicial (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Juez sus Deberes y Facultades*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1982. p. 288) y ejecutar la sentencia en sus propios términos para completar así el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que se ha ido materializando a lo largo de todo el proceso, esto es, asegurando el interés del ejecutante en que la sentencia se cumpla y obtenga lo que es debido, así como preservando el *imperium* del juez destinado a tutelar el interés público en que se cumplan sus resoluciones (CATALÁ COMAS, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 218 y 121).

(...)

Actualmente, en las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil vigente, se establece para los contumaces una multa que no exceda de mil bolívares o –he aquí la novedad– arresto proporcional (art. 494) y para los expertos una multa de quinientos a dos mil bolívares según la gravedad de la falta (art. 469). En cuanto al apremio, se establece en quinientos bolívares diarios y ya no se duplica diariamente (arts. 683 y 782).

De manera más contundente, la potestad conminatoria del juez en Venezuela deriva de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de 1999 y es congruente con las normas que otorgan a los órganos del Poder Judicial el deber de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias (art. 253 *eiusdem*), autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales (art. 21 del Código de Procedimiento Civil), valiéndose de todos los medios legales coercitivos de que dispongan (art. 11 de la Ley Orgánica de Poder Judicial).

Una de las manifestaciones legales de la potestad conminatoria del juez son los apremios, los cuales han sido previstos bajo la forma de norma genérica en el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, como medidas coercitivas para que peritos, testigos u otras personas cumplan con los deberes que les nacen por motivo del proceso. Tales apremios están destinados a que se cumpla con la orden judicial, y

son independientes de la responsabilidad civil en la que puede incurrir el infractor, como bien lo señala la norma.

“Las ‘otras personas’, a que se refiere el último aparte del artículo 27 citado, son aquellas que con motivo del proceso deben cumplir alguna orden diferente a la de testimoniar o presentar un peritaje. Dentro de este orden de ideas, el juez puede apremiar a quien incumple, sobre todo por las demoras injustificadas, sin que la última parte del artículo 27, al referirse a las personas, distinga si son partes, funcionarios, auxiliares de justicia, etc.

Los apremios son formas de coaccionar a quien debe una conducta, coacción que es típica del deber procesal (multas, arrestos, etc.), y no es posible utilizarlos si lo que se exige a la persona es una obligación. Sin embargo, cuando el obligado incumple el deber de lealtad y probidad (artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil) que le impone la ley -esto en cuanto al cumplimiento del deber- puede ser apremiado a fin que actúe leal y probamente, y este puede ser el caso, cuando el obligado, obrando fraudulentamente o con abuso de derecho no cumple sus obligaciones. El incumplimiento en estos casos involucra una deslealtad.

(...)

Pero las multas en los apremios pueden ser de dos naturalezas distintas, una netamente disciplinaria y otra cuyo fin es lograr coercitivamente el cumplimiento, más que penalizar.

En estos últimos supuestos, como no se está penalizando, sino impulsando el cumplimiento, el astreinte diario debe ser calculado por el juez, en base a los montos de los otros apremios que contempla la ley, a menos que esté señalado expresamente el monto.

Dentro de esos parámetros, el apremio no puede exceder de quinientos bolívares diarios (Bs. 500,00) que debe pagarlos al Fisco Nacional individualmente quien incumpla la orden.

Con base en lo anterior, esta Sala considera que, si del caso bajo análisis consta la resistencia abusiva de la persona privada o pública, en este caso el Municipio, en cumplir la decisión del juzgador, éste, basado en el principio de la tutela judicial efectiva, debe ejercer los poderes de constreñimiento, no sólo los conferidos por la ley sino también los derivados directamente del mencionado principio, en lo específico los poderes conminatorios o astricciones, como natural consecuencia del elemento *executio*, parte integrante de la actividad jurisdiccional, y en forma autónoma respecto de las consecuencias de orden delictual previstas por ejemplo en el artículo 485 del Código

Penal, referido a la desobediencia a la autoridad como falta contra el orden público, y así se declara (...).

Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa por cuanto la eficacia ejecutiva de lo decidido en el proceso judicial se encuentra de por medio, y por otra parte, si bien no existe una norma que prohíba la constricción, también es cierto que no hay tampoco la que la establezca, mas no debe obviarse que el Juez dentro de su potestad jurisdiccional, en última instancia, debe ejecutar coactivamente lo decidido y en tal sentido debe propender la solución que deba otorgarse a tal disyuntiva.

### **3. El problema de la subsidiariedad o del carácter residual**

Henríquez La Roche, con base en la doctrina española (Calderón, Jove), abona en favor de la tesis de que la potestad del órgano judicial queda limitada en orden a la previsión de la cautela en la medida típica o en procesos sumarios, pues, en el primer caso, no existe razón para decretar como innominado aquello que ya esta nominado y regulado por la Ley; y en el segundo supuesto, si el resultado ya esta garantizado en las formas concretas de ciertos procedimientos especiales, la creación de una medida atípica en sustitución de la prevista por la Ley, implicaría subvertir el orden procedimental especial.<sup>415</sup> La doctrina italiana<sup>416</sup>, en sentido similar, se ha pronunciado por el carácter residual o subsidiario, de clausura del sistema cautelar, de las *provvedimenti d'urgenza* del art. 700 del Código peninsular, en cuanto solo podrán ser decretadas cuando ningún otro remedio cautelar sea subsumible al supuesto de hecho. Los argumentos son los que siguen: por una parte, según la redacción de la norma estas medidas solo son admisibles "*fuera de los casos regulados por las precedentes secciones de este capítulo*", vale decir, fuera de los casos regulados por las medidas preventivas típicas previstas en el propio código, interpretación de corte exegético que por vía de un fundamento sistemático también se ha extendido a las medidas cautelares típicas no previstas en el Código de rito; y por otra parte, porque el *periculum in mora* exigido no es solo aquel que amenaza el derecho de manera

---

415 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 331-332.

416 DITTRICH, Lotario. *Ob. Cit.* p. 180-181.



inminente, sino que debe además ser potencialmente idóneo para provocar un “perjuicio irreparable”.<sup>417</sup>

Las opiniones que promueven la subsidiariedad de las medidas atípicas frente las típicas<sup>418</sup>, construyen su planteamiento básicamente sobre la idea de que, cuando se acude al procedimiento de la clausura por casos<sup>419</sup> para conseguir que un sistema jurídico sea completo, correlacionando todos y cada uno de los casos con alguna solución maximal, tal regla de clausura se dice que tiene carácter supletorio pues sólo se puede recurrir ella una vez que se haya demostrado que mediante las reglas ordinarias no se infiere alguna solución para el caso en cuestión.<sup>420</sup>

417 La doctrina italiana (*Ibidem*. p. 184-185), se ha pronunciado incluso por la inadmisibilidad del art. 700 a objeto de, *ad interim*, asegurar los efectos de una medida cautelar típica ya solicitada mas aun no ejecutada. Tal hipótesis tiene vinculación con las “medidas provisionalísimas” decretadas por la Sala Político administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sendas sentencias del año 2000.

418 Una de las características de las medidas innominadas, en criterio de MANDRIOLI (*Ob. Cit.* Tomo I. p. 314-315), es su subsidiariedad, pues la posibilidad de éstas solo emerge cuando no resultan utilizables otras medidas cautelares y ello debido a que el art. 700 del Código Adjetivo italiano dice “fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo”. En opinión de CALDERON (*Ob. Cit.* p. 110-111 y 120), si bien el legislador ha querido dar al órgano jurisdiccional un instrumento particularmente flexible con el fin de poderlo adaptar al caso concreto, la flexibilidad no es absoluta por el carácter residual del precepto, en cuanto estará siempre limitada por la regulación de las medidas típicas que impedirá el acceso al artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española derogada cuando por los mismos presupuestos se solicita la cautela específica. Por su parte, LACERDA (*Ob. Cit.* p. 87-88), luego de informar que la injuncion del sistema anglo-americano, las medidas provisorias de seguridad alemanas, las providencias innominadas en Portugal y las cautelas innominadas italianas, no tienen cabida si existieran en los respectivos ordenamientos jurídicos otros medios típicos de tutela, afirma que Brasil no es la excepción a pesar de que la locución “además de” del art. 798 del Código de su país es menos drástica y perentoria que la frase “fuera de los casos” utilizada por la norma italiana. Finalmente, ARGUELLO (*Ob. Cit.* p. 48) dice que la medida atípica es excepcional y por ende subsidiaria de las medidas típicas.

419 ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1ra reimpresión. 1987. p. 190-191.

420 Es este el criterio acogido en sentencia de la Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de noviembre de 1999, actuando como ponente el Magistrado Hector Grisanti Luciani, en la que se expresa “... las medidas cautelares innominadas

Pero ¿puede ser considerado el párrafo primero del art. 588 del Código de Procedimiento Civil una norma de clausura?<sup>421</sup> Si la regla de

---

se dictan cuando los procedimientos cautelares regulados en la Ley no son eficaces para garantizar el cumplimiento del fallo que se dicte en el proceso. En este sentido, se pronunció esta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencia N° 131 de fecha 15 de marzo de 1.994, así: 'Sin embargo, debe la Sala en esta oportunidad destacar que las instituciones jurídicas innominadas, y entre ellas las medidas cautelares de tal naturaleza, deben en lo posible limitarse o restringirse, por su atipicidad y falta de regulación legal, a los casos en que las instituciones jurídicas nominadas, previstas especial y específicamente por el ordenamiento jurídico, resulten inaplicables o sean insuficientes o ineficaces para producir los efectos deseados en un caso concreto' " (RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* N° 159. p. 340).

- 421 Desde Panamá, FABREGA y ARJONA (*Ob. Cit.* p. 117) son de la opinión que la subsidiariedad puede resultar en algunos casos inconvenientes, ya que los tribunales podrían estimar que otra figura cautelar de las contempladas en la ley es más idónea que la innominada, con lo cual se afectarán desfavorablemente los intereses procesales del demandante quien es, en definitiva, quien conoce mejor las circunstancias que rodean la controversia y puede ponderar con mayor exactitud cuál es la medida más apropiada. En Venezuela, RENGEL-ROMBERG (*Ob. Cit.* p. 86-88) no es partidario de concebir a las medidas atípicas como supletorias de las típicas pues ambas tienen igual función y están ligadas por un vínculo de instrumentalidad con la providencia jurisdiccional definitiva. En todo caso deben ser complementarias. Por su parte, QUINTERO ("Medidas innominadas". En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Ed Vadell Hermanos. Enero - junio 1990. No 7-1. p. 154) afirma con acierto que más importante que exista una medida atípica que satisfaga la necesidad de aseguramiento, es que exista una medida, sea típica o atípica, que se adecue a la necesidad de la tutela. También, SANCHEZ (*Ob. Cit.* p. 87) pareciera apegarse a la tesis de la no subsidiariedad cuando expone que el objeto de las medidas cautelares genéricas es el de garantizar la acción de la justicia en aquellas situaciones en que las medidas nominadas no se adecuen a sus circunstancias, o adecuándose, no sirven al fin de evitar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de las partes. Para ORTIZ-ORTIZ (*Ob. Cit.* p. 391 y 462) no es posible sostener la tesis de la subsidiariedad de las medidas innominadas con respecto a las típicas ni tampoco la pretendida definición de medidas atípicas como aquellas que proceden "cuando no sea procedente una medida nominada", ya que aceptar esta circunstancia implica aceptar la posibilidad de medidas innominadas de embargos sobre inmuebles, o secuestros con base a causales inexistentes, o sobre bienes no litigiosos. Las medidas innominadas –sigue este autor- responden a situaciones que imposibilitan la procedencia de las medidas típicas, pues estas no pueden recaer sobre conductas y además son exclusivamente patrimoniales; por lo que cuando sea procedente una medida típica es improcedente una medida innominada, y viceversa, pero no por subsidiariedad sino por razones

clausura se considera en teoría<sup>422</sup> una regla de segundo nivel, la cual se refiere a los enunciados del sistema (que constituyen el primer nivel) mas no se incluye a sí misma en tal referencia, debemos percatarnos que la norma en comentario comienza enunciando que “*Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas (...)*” (resaltado nuestro), lo cual implica “también”, “igualmente”, “a más de”, “aparte de”, “fuera de”, “asimismo”, “conjuntamente”, con lo cual tal precepto se incluye asimismo como regla de primer nivel dentro del sistema de medidas cautelares, cuestión que nos luce lógica en tanto en sentido estricto las medidas típicas están dirigidas básicamente a tutelar la conservación de bienes para asegurar las resultas del proceso principal, mientras que las medidas atípicas están dirigidas a controlar eventuales conductas dañosas de las partes, las cuales no necesariamente deben afectar a bienes específicos.

A pesar de que la Sala de Casación Civil, en decisión del 16 de junio de 1999, ha llegado a sostener que “(...) las medidas innominadas no pueden tener el mismo contenido de las medidas típicas, pues se convertirían en un modo de burlar los requisitos establecidos por la ley para que éstas se acuerden (...)”<sup>423</sup>, en nuestra opinión el factor determinante en este asunto no es la subsidiariedad *per se* sino, por el contrario, el que la medida cautelar se adecue a las necesidades del caso sub iudice, de modo tal que si entre dos medidas, una típica y otra atípica, existe una aparente analogía de eficacia por la similitud de los efectos en que se traducen, el juez deberá inclinarse por aquella que de manera más perfecta se amolde a las sinuosidades de las circunstancias de que conozca. Por ello resulta atinado el comentario plasmado por el

---

ontológicas ya determinadas. Finalmente, DUQUE CORREDOR (*Ob. Cit.* p. 156 y 157) estima que, si bien las medidas innominadas o indeterminadas son por su naturaleza medidas preventivas que carecen de previsiones legales que las definan por ser una clara manifestación del poder cautelar general del Juez, no obstante, tienen su propia identidad y autonomía procesal al prevenir de daños a las partes, respecto de las medidas típicas que garantizan la ejecución del fallo, hasta el punto que pueden dictarse independientemente o conjuntamente con estas, conforme al prudente arbitrio del Juez, pues hay posibilidad de que la medida típica no asegure la protección de la parte afectada frente a los actos o conductas de la otra.

422 ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Ob. Cit.* p. 191.

423 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1999. N° 6. p. 391.

propio Henríquez, quien, aunque sostiene la subsidiariedad de las medidas cautelares atípicas, reconoce que

(...) la idoneidad de la medida cautelar abierta propende a evitar los excesos. ¿Que causa más daño: el embargo general del patrimonio de una empresa que paraliza su giro ordinario o el nombramiento de un Administrador Judicial Supervisado? Evidentemente que el embargo produce perjuicios más severos, y no obstante es la medida típica; de donde se colige que el carácter innominado de una medida no la hace más ruinosa o inmoderada <sup>424</sup>.

En tal sentido, la extinta Corte Suprema de Justicia, actuando como Corte en Pleno, mediante sentencia de 15 de febrero de 1995, caso “República de Venezuela contra Carlos Andrés Pérez Rodríguez y otros”, explano su posición sobre la subsidiariedad en los siguientes términos:

al intérprete se le ha planteado el problema de si existe necesaria prelación entre las medidas nominales y las innominadas en el sentido de que, si al plantarse para un determinado supuesto la posibilidad de aplicación de una cautela típica, ello excluye la innominada. Dicho en otra forma: ¿Puede el juez acordar una medida cautelar innominada para un caso específico, cuando la protección cautelar podría ser cumplida mediante una de las medidas taxativamente señaladas en la norma del artículo 588 ejusdem?

Aparentemente, la respuesta a favor de la residualidad de las medidas innominadas frente a las típicas pareciera aceptable; sin embargo, el juez no es un autómatas que decide para casos previamente codificados, en relación a los cuales, exista una fórmula única para su decisión; sino que, su amplio poder de apreciación que, en el caso de las medidas innominadas está expresamente consagrado, le permite establecer en cada uno de los supuestos en que le corresponda actuar, si la cautela solicitada por la parte se ubica dentro de las tradicionalmente establecidas, o si, lo conveniente es fijar modalidades que atiendan mejor al fin perseguido por la función que ejerce. Así, por ejemplo, si tal petición careciere de todos los requisitos exigidos para que pueda ser acordada, el uso de la potestad de dictar cautelas innominadas podrá suplir tal falta; o bien, si el alcance de lo pedido excediera a su juicio del que busca la propia figura típica, tal hecho podría igualmente obviarse a través de su sano criterio.

---

424 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 330.

La anterior afirmación se refuerza con el alcance que el legislador le ha dado a las medidas innominadas en el párrafo primero del artículo 588, por cuanto, si bien, las enuncia inicialmente como autorizaciones o prohibiciones que el juez puede acordar a la ejecución de determinados actos; sin embargo, de inmediato señala en forma amplia, la posibilidad del juzgador de ‘adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión’. Con esta última frase, se amplía la facultad acordada, por cuanto excede del simple ámbito de las declaraciones autorizatorias o prohibitivas, para referirse a otras medidas concretas. Se destruye así, la diferencia que los partidarios de la residualidad han establecido entre las medidas típicas o nominadas y las innominadas, al considerar que las primeras, recaen sobre los bienes de la contraparte, en cuanto que las segundas, se agotan en pronunciamientos que han de ser dictados por el órgano jurisdiccional.

“Acogido el criterio amplio respecto a las medidas cautelares innominadas, esta Corte estima que, en base a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en concordancia con el Párrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil; las medidas cautelares innominadas no tienen carácter residual de las típicas, y pueden versar sobre los bienes de las partes, con las modalidades específicas que el Juez establezca y así se declara”.

#### **4. El problema de la sustitución por interpretación extensiva**

Asunto ligado a aquel de la subsidiariedad es el vinculado a la prohibición de sustituir mediante una medida innominada aquella medida típica que por falta de un requisito no puede ser concedida.<sup>425</sup>

---

425 Vinculado al presente punto podemos plantear la hipótesis de que, mediante las medidas cautelares atípicas, se pretenda violentar la regulación específica de figuras legales, diversas a las medidas preventivas, figuras estas que han sido consagradas para fines específicos ajenos a los que derivan de la función estrictamente cautelar. Aparte de lo decidido en la sentencia N° 750 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de noviembre de 1996 (conforme a la cual se concluye que, por estar expresamente previsto el retardo perjudicial, no puede ser objeto de una medida cautelar innominada la evacuación de un medio probatorio cuando se tema su desaparición), nos permitimos mencionar lo que, sobre una hipótesis similar, plantearíamos en un trabajo precedente dedicado a la prueba por informe, prevista en el art. 433 del CPC: “¿Se puede, por vía de las medidas cautelares atípicas del párrafo primero del Art. 588 del CPC, imponer la carga de presentar un informe con efectos probatorios? Si lo cautelar está al servicio de un proceso,

El maestro uruguayo Barrios de Ángelis<sup>426</sup> aporta las hipótesis en que es posible ejercer el poder cautelar general: i) Aplicación de una medida típica a circunstancias distintas a las previstas<sup>427</sup>; ii) Aplicación de una medida distinta a las circunstancias previstas; o iii) Aplicación de una medida distinta a circunstancias distintas. También nos enseña el maestro uruguayo que la sustitución de una medida gravosa por otra menos gravosa sólo requiere la prueba de la mayor adecuación, la que puede resultar de su mayor eficacia o menor daño.<sup>428</sup>

Un ejemplo de una providencia típica aplicada a circunstancias distintas de las previstas y, a la vez, de una medida distinta aplicada a circunstancias previstas, es el caso planteado por Henríquez la Roche<sup>429</sup> de una medida de prohibición de enajenar y gravar que, con fundamento en el párrafo primero del art. 588 del Código Procesal Civil, se decreta con finalidad eminentemente conservativa de la cualidad del litigante a los fines de la sentencia, en juicios reivindicatorios y otros, habida cuenta que dicha medida, al no desposeer la cosa, produce efectos menos

---

actividad, acto o diligencia ulterior, para asegurar su eficacia, no podemos, mediante esta clase de medidas cautelares de naturaleza discrecional, trasladar al proceso los hechos a través de los cuales se posibilite verificar las afirmaciones de las partes, pues como resultado tendremos una prueba obtenida indebidamente.

“La función de las medidas cautelares en lo que toca a la prueba por informe, estriba en garantizar la eficacia probatoria del informe al asumir un contenido conservativo y hasta inhibitorio, para la fijación de la situación de hecho de la fuente del informe respecto de un eventual cambio” (URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto. “La prueba por informe en sentido propio en el Derecho Procesal Civil venezolano”. En: CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo (Dir.) *Revista de Derecho Probatorio*. Caracas. Ed. Alva. 1996. No. 7. p. 217).

426 BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. “Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares”. En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Dir: Sagunto F. Pérez Fontana y otros. Montevideo - Uruguay. Enero - marzo 1962. p. 28.

427 LAZZARI, Eduardo de. *Medidas cautelares*. La Plata. Librería Editora Platense. 2da ed. 1995. Tomo I. p. 575. Este autor comparte el criterio según el cual el art. 232 del Código procesal argentino puede servir de fundamento para el dictado de cualquier medida típica cuando no coincidiendo la plataforma fáctica con la descripción de las normas pertinentes, igualmente hay verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y se otorga suficiente contracautela.

428 *Ibidem*. p. 30.

429 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares*. Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ra ed. 1988. p.116-117.

perjudiciales para el demandado que los que se derivarían del secuestro de la cosa del ord. 2° del art. 599. La aplicación de la mencionada medida a tal hipótesis representa una providencia típica (se especifica en el art. 588, *caput*) aplicada a circunstancias distintas de las previstas (siendo su fin asegurar el resultado práctico de la ejecución forzosa se dicta con fines conservativos); también una medida distinta aplicada a circunstancias previstas, pues ya hemos mencionado que la medida aplicable hubiera sido el secuestro de la cosa.

Otro ejemplo pero ahora de la aplicación de una providencia distinta a un caso distinto, sería aquel en el cual se solicite una medida anticipatoria de restitución de la cosa entregada en comodato a tiempo indeterminado por el comodante que a la vez es su propietario. Demostrado el *periculum in mora* específico del párrafo primero del art. 588, vale decir, el inminente daño, y no siendo aplicable el secuestro por tener establecidas causales específicas, a pesar de que en los numerales 5° y 7° del art. 599 el propietario de la cosa tiene el derecho a exigir su depósito en su persona, ello no obsta a que por vía del poder cautelar discrecional el juez tutele los derechos del comodante que a la vez es propietario, tomando como modelo la *ratio iuris* de los numerales mencionados del art. 599. En tal hipótesis el caso es distinto porque no es de los previstos taxativamente en la norma del art. 599 para que proceda el secuestro, y además constituye una medida distinta al secuestro por ser la aplicación del art. 1731 del Código Civil en sede cautelar-anticipatoria.

Nuestra extinta Corte Suprema de Justicia ha tenido reservas, por ejemplo, cuando por vía del poder cautelar general se ha querido aplicar una medida típica con causales específicas a una situación distinta. Las sentencias de la Sala de Casación Civil de fecha 20 de octubre de 1993<sup>430</sup> y del 16 de junio de 1999<sup>431</sup>, así como de la Sala Político

---

430 RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1993. Tomo CXXVII. p. 424. Este fallo establece: "A juicio de la Sala, la recurrida infringe, por error de interpretación acerca de su contenido y alcance, el Parágrafo Primero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, porque extendió las facultades del Juez en cuanto a la adopción de providencias cautelares innominadas, a la medida de secuestro y limitada a las causales establecidas en el artículo 599 ejsdem, que infringió también la recurrida por negativa de aplicación.  
(...)"

Administrativa del 22 de febrero de 1995<sup>432</sup> son muestra de dicha tendencia.

---

“De aceptarse el criterio de la recurrida, el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil se convertiría en una indicación meramente enunciativa - no taxativa- de algunos casos en los cuales pudiera decretarse la medida de secuestro. Pero el espíritu del legislador ha sido determinar taxativamente las causales en las cuales el Juez puede decretar la medida de secuestro. En tal disposición - de carácter excepcional porque constituye una limitación al derecho de propiedad consagrado en la constitución- se enumeran los casos específicos que deben presentarse para que un Tribunal pueda decretar la medida de secuestro.

“De manera que no puede un Juez, con apoyo en el Parágrafo Primero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, extender la previsión del legislador en cuanto a la procedencia de las medidas preventivas nominadas, a otros casos o situaciones no previstas por la misma norma. La disposición en estudio faculta al tribunal para acordar providencias cautelares que considere adecuadas mediante la autorización o prohibición de ejecución de determinados actos o mediante las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. Pero se deriva de la primera parte de dicho parágrafo, que las providencias cautelares innominadas son distintas de las medidas preventivas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar y además deberán decretarse con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, que las limita al caso de que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”.

431 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1999. N° 6. p. 389-396.

432 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1995. N° 2. p. 270. Tal decisión fue del tenor siguiente:

“Ahora bien, el sentido de esta disposición que contempla una medida cautelar tan concreta, no podría ser desvirtuado por la discrecionalidad del Juez mediante el ejercicio del poder innominado. Admitir lo contrario equivaldría a aceptar, por ejemplo, que el Tribunal puede decretar una medida de secuestro de bienes indeterminados, siendo el secuestro una medida que, a tenor del ordinal 2° del artículo 588 (SIC) del Código de Procedimiento civil, recae sobre bienes determinados; o que el Juez ordene el embargo de bienes inmuebles por la vía descrita, cuando esta medida, en forma expresa, ha sido reservada para bienes muebles.

“En atención a ello debe señalarse, que el poder cautelar innominado previsto en el parágrafo único del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil no es absoluto, ya que el contenido y alcance de las medidas cautelares nominadas o taxativas, constituyen un límite que habrá de tomarse en cuenta para su ejercicio”.



Henríquez La Roche<sup>433</sup>, nos dice:

No puede limitarse el poder discrecional del juez en sede cautelar a los casos tipificados por el legislador como medidas preventivas reglamentadas, porque la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente los casos previstos por la ley, se fundamenta en la legalidad y no en la legitimidad (razón de equidad). De modo que el juez, en uso del poder discrecional cautelar, puede adoptar a casos distintos el *tatbestand* de una medida preventiva, mas no porque la interprete extensivamente, sino porque la utiliza como modelo o referencia para la solución del caso concreto.

El mismo autor posteriormente ha expresado<sup>434</sup>, en crítica a la tesis judicial de la exclusión del decreto de secuestros mimetizados o disfrazados con denominaciones distintas (sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1993), que la potestad cautelar amplia que otorga el párrafo primero en estudio reduce y anula el denominado carácter restrictivo de las medidas cautelares (Sentencia de la Corte suprema de Justicia del 27 de junio de 1985), y por otra parte, la falta de subsunción de la medida indeterminada a la causal de secuestro, no impide que tenga base legal en el poder cautelar general, pues, de lo contrario, si entendiéramos la frase “además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas...”, en el sentido de que lo que no encaje en las medidas típicas esta desautorizado, eliminaríamos de un todo la potestad cautelar genérica y con ello la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas.<sup>435</sup>

433 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 48.

434 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 332-333.

435 ORTIZ-ORTIZ (“Las medidas cautelares innominadas y su función en el futuro del derecho procesal”. En: *Revista venezolana de estudios de derecho procesal*. Invedepro. Caracas. Ed. Livrosca. 2000. No 3. p. 63) ha criticado la posición de HENRÍQUEZ LA ROCHE, en el sentido que no considera que se puedan crear, por vía de las cautelares atípicas, causales de secuestro fuera de las taxativamente establecidas en el art. 599, pues, en caso afirmativo, se anularía el sistema creado por el código adjetivo. Sin embargo, no consideramos que la interpretación que de la ley hace el reconocido jurista zuliano conduzca a consecuencias ilógicas o inicuas. Por el contrario, demuestra que el Derecho es algo ordenado y que sus diferentes partes constituyen un sistema. Así, resulta una verdad meridiana que los supuestos de hecho que se encuentran en el límite cercano a los objetos de regulación de las medidas cautelares

Las rígidas interpretaciones de nuestro máximo tribunal no encuentran asidero en un sistema cautelar mixto como el venezolano. Interpretar extensivamente o integrativamente implica ampliar el alcance de una norma, formulando la parte no expresada pero implícita de la misma norma. El juez que decreta una medida innominada no realiza una interpretación con resultado extensivo respecto de las medidas típicas, pues no aplica la norma que prevé estas sino aquella que consagra el poder cautelar general para que, por virtud de la discrecionalidad que se le concede, adopte las providencias más adecuadas a los hechos y al derecho.<sup>436</sup>

### **5. El problema de la calificación como derecho subjetivo de la situación jurídica deducida**

Según Andrioli y Arieta<sup>437</sup>, en el sistema procesal italiano no son tutelables mediante providencias cautelares atípicas los intereses de hecho, los intereses legítimos y las obligaciones naturales, insusceptibles de tutela jurisdiccional por no estar protegidas por la norma jurídica, contrariamente al derecho subjetivo, que es una pretensión fundamentada en una norma jurídica previa<sup>438</sup>.

---

típicas, no necesariamente pueden ser satisfechos en su necesidad de garantía por la reglamentación legal taxativa prevista para las mismas. Sostener una posición en contrario implica, en hipótesis, una denegación de justicia para el justiciable, no fundamentada en alguna norma legal.

436 En Argentina, Lino Enrique PALACIO (*Ob. Cit.* 1989. Tomo XIII. p. 82-83) admite que a pesar del prevalente carácter residual que le reconoce Carlos COLOMBO al art. 232 del Código Procesal argentino (el cual establece en el país austral la potestad cautelar genérica), entiende que las valoraciones de seguridad y poder que le acuerdan sentido lo llevan a compartir el criterio de Alfredo DI IORIO cuando señala que dicha norma habilita no sólo a adoptar una medida absolutamente diferente a las reguladas en el Código, sino también a admitir una flexibilidad en el otorgamiento de las típicas mediante su adaptación a las particulares situaciones de hecho que se tienen en mira y en la combinación de dos o más medidas.

437 *Apud.* CARPI, Federico y otros. p. 1026.

438 MANDRIOLI (*Ob. Cit.* Tomo III. p. 318-319) informa que en Italia se tiende a negar que las medidas innominadas puedan ser empleadas en función de la tutela de los derechos que tengan por objeto bienes fungibles (pues se observa que el género no perece), o en función de la fructuosidad de la ejecución (no de la condena), o para asegurar los efectos de una tutela en vía no ordinaria o la tutela de una situación que presupone un pronunciamiento de inconstitucionalidad, o, peor aún, para paralizar o anular los efectos de una providencia jurisdiccional.

En nuestra opinión el punto se debe dilucidar en torno al concepto de la instrumentalidad de la providencia cautelar atípica con relación al proceso principal. En Venezuela, por regla general, si no se ha ejercido la acción no puede hacerse petición de la tutela cautelar indeterminada, y si el derecho objetivo no le reconoce protección al interés de una persona, vale decir, ésta no es titular de un derecho subjetivo, en consecuencia no hay acción procesal. Por lo tanto, si no hay derecho subjetivo, no hay acción y por ende no puede haber tutela cautelar. Por ello, deben quedar excluidos de la aplicación de las medidas atípicas las denominadas en doctrina meras expectativas de derecho<sup>439</sup>, intereses de hecho y legítimos, así como las obligaciones naturales, en las cuales si bien existe un derecho subjetivo de crédito, el mismo no puede ser exigido ante tribunales. Debemos admitir además su procedencia sólo respecto de acciones de condena, constitutivas y merodeclaratorias<sup>440</sup>, así como en casos de jurisdicción voluntaria “contradicientes” o contradictorios, que tengan por objeto la tutela de cualquier derecho subjetivo, siempre que la pretensión ejercida en sede cautelar resulte razonable, cumpla con los extremos legales, no afecte a terceros al proceso y no colida con el orden público o las buenas costumbres.

---

439 LACERDA (*Ob. Cit.* p. 90-91) admite la tutela atípica en las hipótesis de las acciones constitutivas (aunque no hay todavía un poder directo sobre el bien, existe un derecho potestativo al reconocimiento judicial, a partir de los hechos que le favorezcan), y de los derechos condicionales y las modalidades, en general, de los actos jurídicos (pues siempre que haya acción, podrá la parte hacer valer la cautela pertinente, atendiendo a los requisitos de ésta); pero no la admite cuando solo existen meras expectativas de derecho, ya que la imposibilidad de una acción principal impide el uso de la cautela.

440 En Venezuela, Mario PESCI - FELTRI (*Ob. Cit.* p. 166) acoge la tesis de la procedencia de medidas cautelares atípicas cuando la acción intentada sea constitutiva o mero declarativa. Un ejemplo del primer caso sería en una solicitud de disolución de una sociedad mercantil o civil que se logra mediante una acción constitutiva, el juez podrá acordar la designación de un administrador o liquidador provisional. Un ejemplo del segundo caso es el de aquella acción mero declarativa que pretende el reconocimiento de un determinado derecho de propiedad, el juez podrá prohibir a la persona que públicamente desconoce tal derecho a que continúe efectuando tales actos, como cuando el demandado en la acción mero declarativa, ponga en duda la potestad del actor mediante avisos en la prensa aconsejando al público de no adquirir parcelas en una urbanización determinada so pretexto de que el vendedor no es propietario del bien parcelado.

## **6. El problema de la instrumentalidad en orden a la sentencia de mérito**

La doctrina brasileña en general se ha adherido al planteamiento según el cual no puede el juez conceder de manera provisoria una tutela más amplia que aquella que la parte pudiera hipotéticamente obtener en el proceso definitivo de conocimiento.<sup>441</sup> Según tal principio, la instrumentalidad hipotética no permite obtener, por ejemplo, una providencia cautelar anticipatoria de condena, si en vía principal la demanda tiende a satisfacer una sentencia mero declarativa<sup>442</sup>; o cuando se pretende asegurar un derecho de crédito mediante un secuestro preventivo; o cuando se precave un derecho del actor no postulado en su pretension (inidoneidad de la cautela), verbigracia, si se pide la resolución de un contrato de servicios, no se puede pretender intervenir o auditar la administración de la demandada que ha incumplido el contrato.<sup>443</sup>

Asimismo, un sector de la doctrina española (Carreras y otros), el cual es seguido en Venezuela por Ortiz<sup>444</sup> así como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 1 de febrero de 2000, asevera que, como toda medida cautelar está íntimamente preordenada a la ejecución, debe existir una homogeneidad entre el contenido de la medida cautelar decretada y la relación sustancial debatida en el proceso principal, para que aquella pueda ejecutarse sobre el contenido de éste; pero tal relación no puede comportar una identidad pues estaríamos en presencia de una ejecución anticipada de la sentencia que podría hacer inejecutable la decisión definitiva en caso de que sea adversa a quien salió favorecido con la medida cautelar de que se trate.<sup>445</sup>

---

441 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 87; SANCHES, Sydney. *Ob. Cit.* p. 90; GRECO FILHO, Vicente. *Ob. Cit.* p. 89.

442 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ob. Cit.* p. 332.

443 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 334.

444 ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 476.

445 En similar sentido, la sentencia de Sala de Casación Civil del 8 de julio de 1997, con ponencia del Magistrado Alirio Abreu Burelli, según la cual: "... En ningún caso el Juez está facultado para decretar medidas cautelares típicas o innominadas cuyo objeto sea dar satisfacción a la pretensión alegada por el actor en su solicitud, pues en este caso ya no se trataría de una medida cautelar, sino de una medida que satisface totalmente lo pretendido y que como en el caso de autos, sustituiría una decisión que compete a la Asamblea, como órgano de la sociedad y que al tocar al

Ahora bien, a pesar de que Greco Filho nos dice que no se puede anticipar la ejecución para ganar tiempo en la satisfacción del posible acreedor, ni debe el juez pretender sustituir por la providencia cautelar la posibilidad de un proceso de conocimiento o ejecutivo<sup>446</sup>, Lacerda sostiene que si bien la medida cautelar no puede crear una situación de hecho que corresponda al derecho del solicitante (entrega de la cosa, extinción de la hipoteca, desocupación del inmueble), eventualmente, en situaciones de extrema gravedad, se puede producir la anticipación provisoria y satisfactiva de la prestación jurisdiccional, la cual no pierde el carácter condicional y provisorio, ni significa un prejuzgamiento definitivo.<sup>447</sup> Calderón va más allá y critica la tesis de la homogeneidad pero no-identidad de las medidas cautelares respecto de la ejecución forzosa. Esta autora considera que al hablar el legislador español de “asegurar la efectividad” de la sentencia, dicha efectividad puede garantizarse a través de una medida no simplemente parecida sino incluso idéntica en todo o en parte a la ejecutiva, para modificar e incluso innovar el mundo exterior con el fin de que la resolución despliegue toda su eficacia, con lo cual se estará dentro del cumplimiento estricto de la función encomendada, siempre y cuando se respeten a todo evento la concurrencia de los presupuestos y características exigidos por la Ley<sup>448</sup>.

---

mérito del asunto, impediría al juez de la causa un pronunciamiento sobre el fondo...”  
 “... Por esta razón es que el Juez de comercio tiene limitadas sus atribuciones de intervención dentro de las sociedades, y en ningún caso puede, mediante una decisión cautelar ni aún definitiva, en un procedimiento de nulidad de asamblea o por irregularidades en la administración suplir las funciones de la asamblea, como órgano encargado de discutir, aprobar o modificar el balance que presenten los administradores y de removerlos y designarlos entre otras...”

Tal criterio también ha sido acogido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 3 de diciembre de 1.999 (caso K. S. Gudiño contra Federación Venezolana de Canotaje), según la cual al acordar la medida cautelar innominada solicitada, ordenando a la Federación Venezolana de Canotaje expedir al quejoso en amparo ficha deportiva como atleta del Estado Miranda, se estaría resolviendo la materia que constituye el fondo de la cuestión principal planteada, vale decir, su presunta pertenencia a la Asociación de Canotaje del Estado Miranda, lo que constituiría un adelantamiento indebido de la sentencia definitiva *in limine litis* (Apud. RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.*, N° 160. p. 151).

446 GRECO FILHO, Vicente. *Ob. Cit.* p. 89.

447 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 87.

448 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Ob. Cit.* p. 61 y 71.

En conclusión, si finalidad inherente a toda función cautelar es asegurar la efectividad del contenido sentencial, como parte integrante que es de la tutela judicial efectiva del art. 26 de la Constitución venezolana, conduce a consecuencias ilógicas o inicuas limitar los efectos cautelares a una, valga la extrapolación, *capitis diminutio* frente a la probable decisión sobre el fondo, ya que por su propia naturaleza la amenaza de eventos dañosos en muchas ocasiones resulta más inminente y peligrosa durante el propio proceso, situación está que debe controlar la función cautelar, tanto es así que actualmente resulta permisible, a nivel del derecho comparado, utilizar la técnica de la anticipación a fin de evitar la consumación del daño.

### **7. El problema de los poderes públicos, del abuso de poder y de la usurpación de funciones en sede cautelar**

Rondón<sup>449</sup> se hace la interrogante sobre si a través de una cautelar atípica puede el juez obligar a un órgano público a abstenerse de ejercer o a proceder al ejercicio de una función pública propiamente dicha. En su opinión el Juez no puede ordenar a la Administración o demás poderes públicos en general que dicten una norma o que la deroguen, mas si puede inaplicarla a los recurrentes, incluso cuando sean numerosos, no así cuando se trata de una disposición general que ordene la adopción de una norma de conducta aplicable a toda la comunidad, pues en tal caso se estará penetrando en la noción de función y lesionándose los intereses que corresponden a los restantes miembros de la sociedad. Por su parte, nuestra Sala de Casación Civil en la sentencia del 19 de julio de 1995<sup>450</sup> ha diferenciado la usurpación de funciones no conferidas por la ley del abuso de poder por incompetencia, ratificando sentencias del año 1989 y de enero de 1995:

Hay usurpación de funciones cuando un órgano en ejercicio de una rama del Poder Público realiza funciones que le corresponden a otro órgano distinto en ejercicio de otra rama del Poder Público. Existe abuso de poder, por incompetencia, cuando un órgano del Poder Judicial se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones o realiza

---

449 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Ob. Cit.* p. 329.

450 *Apud.* PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1995. N° 7. p. 108.

actuaciones para las cuales no está autorizado, pero sin invadir atribuciones conferidas a otros órganos distintos de la rama del Poder Judicial.

La misma sentencia encara como un caso de abuso de poder por incompetencia la lesión flagrante mediante una medida innominada de derechos subjetivos de carácter constitucional como, por ejemplo, los derechos laborales.<sup>451</sup>

Otra sentencia de la Sala de Casación Civil, la del 30 de marzo de 1995, asimiló, en cambio, a la usurpación de funciones, el caso en que un Tribunal de Primera Instancia, por vía del poder cautelar, prohibió la ejecución de una medida cautelar dictada por un Tribunal distinto también de Primera Instancia, anulando la efectividad de las mismas, en detrimento de los derechos constitucionales referentes al derecho a la defensa y al debido proceso. El fundamento de tal decisión lo podemos encontrar en una sentencia de la Sala de Casación Penal del 23 de febrero de 1999<sup>452</sup> conforme a la cual "(...) hay usurpación de funciones, no sólo cuando se invade los límites de los demás poderes (Legislativo y Ejecutivo), sino también, entre autoridades de la misma naturaleza, lo cual se puede manifestar invadiendo funciones en razón de la materia, de la cuantía, del territorio o, simplemente, de jerarquía".

En Brasil, por otra parte, tanto Theodoro Junior<sup>453</sup> como Greco Filho<sup>454</sup> admiten expresamente que las medidas innominadas no pueden violar la cosa juzgada. El primero de los nombrados aclara que no se permite la suspensión de la eficacia o la ejecutoriedad de una sentencia u otro proveimiento judicial de mérito pues ello violentaría el principio que impide al juez decidir nuevamente cuestiones ya decididas y ofendería la garantía de intangibilidad de la cosa juzgada. Por otra parte, en Italia Enrico Redenti ha advertido, que "en ocasiones, en la práctica, se ha intentado y en ocasiones también obtenido la aplicación del art. 700 contra las consecuencias, respecto de los terceros (o hasta respecto de las partes mismas), de providencias judiciales ejecutivas o constitutivas,

451 *Ibidem*. p. 104.

452 *Apud*. PIERRE TAPIA, Oscar. *Ob. Cit.* 1999. N° 2. p. 57.

453 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. Cit.* p. 109.

454 GRECO FILHO, Vicente. *Ob. Cit.* p. 89.

pero nos parecen casos sumamente discutibles, cuando no sean abiertamente aberrantes (...)»<sup>455</sup>.

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en sentencia del 27 de abril de 1993<sup>456</sup>:

se observa que si bien la norma citada permite se autorice o prohíba la ejecución de determinados “actos”, esta autorización o prohibición se contrae a actos de las partes cuando exista temor de que una de ellas pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, pero nunca puede extenderse tal aplicación a suspender o prohibir la ejecución de una decisión judicial firme, pues ésta sólo es suspendible por motivos que, expresa y directamente, prevea la ley. En efecto, la ejecución de una decisión judicial firme - que es lo pedido- no puede suspenderse sino por los motivos que establezca la Ley (v.g. acuerdo de las partes; tercerías; amparo constitucional; supuestos contemplados en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, etc.), más no por la vía de una medida cautelar, que no esté expresamente establecida en una disposición legal.

La violación del principio de intangibilidad de la cosa juzgada mediante una medida atípica la calificamos, entonces, como un abuso de poder por incompetencia según los conceptos explanados.

Podemos concluir afirmando, que las instituciones del abuso de poder por incompetencia y la usurpación de funciones constituyen dos fuentes de limitación a la discrecionalidad del juez en materia cautelar.

### **8. La remisión a principios del derecho**

Theodoro Junior afirma que la mayor limitación al arbitrio del juez, en materia de poder cautelar, se localiza en el requisito de la necesidad, pues solo la medida realmente necesaria, dentro de los objetivos propios de la tutela cautelar, es la que debe ser deferida.<sup>457</sup> A su vez, Lacerda nos habla de la prudencia como límite a la discrecionalidad del juez, pues este debe ponderar con equilibrio, las exigencias contrastantes de las

---

455 REDENTI, Enrico. *Ob. Cit.* Tomo II. p. 284.

456 RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1993. Tomo CXXV. p. 579.

457 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. Cit.* p. 108.



partes con el interés de la administración de justicia, siempre incito en las providencias cautelares.<sup>458</sup> A manera de ejemplo, en Venezuela los Jueces deben limitar las medidas preventivas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio (art. 586 del Código de Procedimiento Civil). Opina la doctrina que tal limitación se justifica en las acciones patrimoniales de condena porque la satisfacción del crédito del demandante, en el supuesto de que se negare a cumplir voluntariamente con la sentencia el demandado, se obtiene mediante la venta en subasta de tales bienes dentro del procedimiento de ejecución de las sentencias definitivamente firmes.<sup>459</sup>

Siendo que consideramos las medidas atípicas procedentes no solo respecto de pretensiones de condena sino también en aquellas constitutivas y/o de mero accertamiento, ¿podemos sostener que la aplicación de la restricción esbozada se extiende también a estos últimos tipos de pretensión? El principio inmerso en el precepto mencionado es el de la proporcionalidad, el cual, según asienta Karl Larenz, implica que "(...) la intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir mas allá de lo que sea necesario para la protección de otro bien o de un interés de mayor peso, que entre los varios medios posibles hay que elegir el 'mas moderado', que el medio empleado y los inconvenientes unidos a ello para el interesado no pueden ser excesivos en relación con los fines justificados a que se aspira."<sup>460</sup>

Conforme a los criterios del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>461</sup>, el principio de proporcionalidad tiene por finalidad llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, esto es, del campo de protección de los derechos fundamentales, por un lado, y de los intereses dignos de defensa, por el otro, ya que "los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular" (BVerfGE, 17, 314).<sup>462</sup>

458 LACERDA, Galeno. *Ob. Cit.* p. 89.

459 DUQUE CORREDOR, Román José. *Ob. Cit.* p. 183.

460 LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica. Tr. Luis Diez-Picazo. Madrid. Ed. Civitas. Reimpresión. 1993. p. 144.

461 *Ibidem.* p. 144-145.

462 La Sala de Casación Penal del máximo tribunal venezolano se ha pronunciado sobre el principio de proporcionalidad en la sentencia N° 070 del 26 de febrero de 2003, en los siguientes términos: "En la Constitución de la República Bolivariana de

En consideración, entonces, a estar sustentada en la vigencia del principio general de proporcionalidad como "prohibición de la excesividad", podemos sostener que la limitación a los bienes necesarios impuesta a las medidas cautelares por imperio del art. 586 del Código de Procedimiento Civil, resulta aplicable en el supuesto de las medidas innominadas, no solo a las pretensiones de condena, sino también *mutatis mutandis* a los procesos con eventuales sentencias constitutivas y de declaración de simple o de mera certeza. Por otra parte, según el art. 587 *eiusdem*, toda medida cautelar debe ejecutarse sobre bienes que sean propiedad de aquel contra quien se libra, pues cuando la medida se ejecuta sobre bienes ajenos faltaría la instrumentalidad<sup>463</sup>, excepción hecha de los casos de secuestro (art. 599), que puede recaer sobre bienes del que este poseyendo, aunque no sea su propietario.

Una interpretación adecuada del art. 23 del Código procesal puede generar una aplicación de tales principios dentro del proceso civil. Así la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sentenciado el 20 de abril de 1989<sup>464</sup>:

la discrecionalidad no significa arbitrariedad; antes bien, constituye el ejercicio de una jurisdicción ahora marcada por la equidad. Y con el fin de que no se desnaturalice o invalide la intención del legislador, la

---

Venezuela en varias disposiciones, donde se hace referencia la justicia se acoge el principio de la proporcionalidad: en el artículo 2, cuando se refiere a que 'Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...' El concepto de Justicia está inspirado en todas las Constituciones del Mundo en la ya señalada clásica definición de lo que se entiende por Justicia, en donde aparece como elemento indispensable el principio de la proporcionalidad como un elemento supra constitucional reconocido universalmente; en los artículos 19 y 20 donde se garantiza el goce y ejercicio de los derechos humanos, en su más amplia concepción conforme a éste último artículo, siendo precisamente el principio de la proporcionalidad un derecho inherente a la persona humana; en el artículo 26, donde se señala expresamente: 'el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita...' La equidad es sinónimo de Justicia que en su concepto más acabado y en sentido distributivo le da a cada cual lo que le corresponde acude al principio de la proporcionalidad en la forma de repartirse las recompensas y los castigos" (Disponibile en: <http://www.tsj.gov.ve>).

463 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Ob. Cit.* Tomo IV. p. 334.

464 RAMIREZ Y GARAY. *Ob. Cit.* 1989. Tomo CVIII. p. 344-345.

doctrina actualmente vigente de la Corte, permite controlar jurisdiccionalmente en la Alzada el fundamento de legalidad, que no es otro sino la regla general de permisión que contempla el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, según la doctrina moderna, un buen uso del poder discrecional significaría, que si bien al Juez se le otorgan posibilidades diferentes para que actúe, esa Autoridad debe escoger la alternativa que sirva mejor a los objetivos para los cuales la discrecionalidad fue concedida. Es la llamada (SIC) fundamento de legitimidad o fundamento de legalidad material del acto discrecional.

(...)

Por consiguiente, justamente porque el poder discrecional no supone la reglamentación anticipada de las condiciones materiales del ejercicio de la competencia, es por lo que deben existir controles para determinar si la Autoridad competente ha procedido conforme a lo que el ordenamiento jurídico quiere; y esa es la razón por la cual la doctrina moderna expresa que es la 'racionalidad' el límite axiológico de la competencia discrecional, en el sentido de que toda decisión, basada en el criterio discrecional del juez, debe ser razonable, y cuando efectivamente lo es, se considera que la Autoridad competente ha hecho buen uso de su poder.

La remisión que en última instancia se hace a los conceptos generales del proceso cautelar (necesidad y provisoriedad) y a los principios generales del derecho (prudencia, racionalidad, legitimidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad) se deben basar, como lo prevé la excelente sentencia antes citada, en el art. 23 del Código adjetivo y se debe concatenar con los demás principios legales específicos, como por ejemplo el de la suficiencia cautelar previsto en el art. 586 *eiusdem*, para así conformar un sistema de valoración eficaz por virtud del cual no se exceda el juez en el ejercicio de su poder cautelar general.