



**UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CIVIL**

**PODER CAUTELAR DEL JUEZ COMO ELEMENTO PARA LA
MATERIALIZACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Trabajo Especial presentado para optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal Civil

Autora: Zoralis E. Moreno M.

Tutor: Edgar Figuera

Maracaibo, noviembre de 2.015

**PODER CAUTELAR DEL JUEZ COMO ELEMENTO PARA LA
MATERIALIZACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Autora: Zoralis E. Moreno M.
C.I.: 14.422.048
Dirección: Urb. La california residencias
"El Bosque"
Teléfono: 0414-6384343

Fdo: _____

Correo electrónico:
zoralismoreno@gmail.com

Tutor: Abog. Edgar Figuera

**UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CIVIL**

**PODER CAUTELAR DEL JUEZ COMO ELEMENTO PARA LA
MATERIALIZACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Autora: Moreno Madueño, Zoralis

Tutor: Edgar Figuera

Fecha: noviembre de 2015

RESUMEN

El propósito de esta investigación es establecer el alcance del Poder Cautelar del Juez como herramienta para la materialización de la tutela Judicial Efectiva; es decir si la parte que solicita la medida, tiene un derecho subjetivo a obtener el decreto de la misma una vez llenos los extremos de ley. Al respecto, se establecieron como objetivos específicos: a) Indicar las diferencias entre tutela preventiva y la tutela cautelar de las medidas; b) Identificar los requisitos del procedimiento cautelar dentro del procedimiento civil ordinario; c) Determinar la función del poder cautelar general del juez en el procedimiento civil ordinario; d) explicar la necesidad de lograr la tutela judicial efectiva en las peticiones dirigidas por los particulares al órgano jurisdiccional. Las interrogantes que se planteó la investigación fueron: 1. ¿El poder cautelar del juez constituye un aspecto discrecional o un deber del Juez, una vez cubiertos los requisitos de procedencia?, 2. ¿El poder cautelar puede ser ejercido de oficio?, 3. ¿Existe una relación directa entre el poder cautelar del juez y la tutela judicial efectiva?. La metodología empleada fue de carácter cualitativa. El nivel de análisis está referido a la investigación documental, para lo cual se consideró la lectura de leyes, textos, y la jurisprudencia. Se emplearon técnicas de investigación documental fundamentadas en el análisis de las fuentes consultadas. Así, este trabajo se estructura en tres capítulos: El Capítulo I, de diferencias entre tutela preventiva y tutela cautelar. El Capítulo II, requisitos del procedimiento cautelar dentro del procedimiento civil ordinario. Capítulo III, función del poder cautelar del juez en el procedimiento civil ordinario. Capítulo IV, necesidad de lograr la tutela judicial efectiva en las peticiones. Finalmente, se establecen las conclusiones y reflexiones a las que llegó la investigación y por último, se hace referencia a las fuentes consultadas.

Descriptor: medida cautelar, medida preventiva, poder cautelar, tutela judicial efectiva, debido proceso.

PODER CAUTELAR DEL JUEZ COMO ELEMENTO PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Autora: Moreno Madueño, Zoralis

Tutor: Edgar Figuera

Fecha: noviembre de 2015

ABSTRACT

The purpose of this research is to establish the scope of the judge's precautionary power as a tool for the realization of an effective judicial protection; i.e. if the party requesting the measure has a subjective right to obtain a decree once the full extent of the law is reached. To this matter, the specific objectives were settled as: a) to establish the differences between preventive protection and precautionary protection of the measures; b) to identify the requirements of the precautionary procedure within the ordinary civil procedure; c) to determine the function of the general precautionary power of the judge in the ordinary civil procedure; d) to explain the need for an effective protection on requests directed by individuals to the court. The questions that raised from this research were: 1) is precautionary power a discretionary aspect or is it a duty of the judge, once all requirements are met? 2) can precautionary power be exercised as a disposition? 3) is there a direct relationship between the judge's precautionary power and an effective judicial protection? The methodology used was of qualitative character. The level of analysis is referred to documentary research, for which the reading of laws, texts and jurisprudence were considered. Documentary research techniques were used based on the analysis of the sources consulted. Thus this paper is divided into four chapters: Chapter I. Differences between preventive protection and precautionary protection. Chapter II. Requirements of the precautionary procedure within the ordinary civil procedure. Chapter III. Function of the judge's precautionary power in the ordinary civil procedure. Chapter IV. The need for an effective judicial protection on requests directed by individuals to the court. Finally, conclusions and reflexions that came from the investigation are set, and lastly, reference to the sources is made.

Descriptors: precautionary measures, preventive measures, preventive power, effective judicial protection, due process.

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. Diferencias entre tutela preventiva y la tutela cautelar de las medidas.	11
1.1. Conceptualización de Estado de Derecho	11
1.2. Conceptualización de lo preventivo y lo cautelar	12
1.3. Consideraciones relativas a las diferencias entre tutela preventiva y tutela cautelar.....	15
CÁPITULO II. Requisitos del procedimiento cautelar dentro del procedimiento civil ordinario.	18
2.1. Conceptualización de medidas cautelares.....	18
2.2. Características de las medidas cautelares.	20
2.3. Tipos de medidas cautelares según Calamandrei:	24
2.4. Medidas Cautelares Innominadas.....	25
2.4.1. Definición	25
2.4.2. Finalidad de las medidas cautelares innominadas	27
2.4.3. Requisitos de Procedencia.	30
2.4.3.1. Pendente Litis	32
2.4.3.2. Fumus Boni Iuris.	33
2.4.3.3. Fumus Periculum in Mora.	35
2.4.3.4. Periculum in Damni.....	36
2.5. Requisitos por Caucionamiento.	38
2.6. Cautela sustitutiva.....	39
2.7. Contra Cautela.	42

CAPÍTULO III. Función del Poder Cautelar del Juez en el Procedimiento Civil Ordinario.	43
3.1. Poder Cautelar General del Juez.....	43
3.2. Características del Poder Cautelar General del Juez	47
3.3. Clasificación del poder cautelar general	49
3.4. Finalidad del Poder Cautelar General del Juez en el Procedimiento Civil ordinario	51
CAPÍTULO IV. Necesidad de lograr la tutela judicial efectiva en las peticiones dirigidas por los particulares al órgano jurisdiccional.	55
4.1. Derecho a la Tutela Jurisdiccional.	55
4.1.1. Concepto.	59
4.1.2. Atributos.....	64
4.1.3. Doctrina Jurisprudencial respecto a la tutela Judicial efectiva. .	77
4.2. Medidas cautelares como parte del derecho a la tutela judicial efectiva	81
4.3. La Tutela Diferenciada.	83
4.3.1. Tutela anticipada y autosatisfactiva.....	84
CONCLUSIONES	96
RECOMENDACIONES	98
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

INTRODUCCIÓN

La presente investigación aborda el tema relativo al poder Cautelar General del Juez y su íntima relación con la tutela judicial efectiva; como una necesidad propia del proceso, pues el juez como director del mismo, debe contar con herramientas para hacer esa justicia manifiesta. Así se tiene que el fenómeno cautela, entendido como la posibilidad de asegurar preventivamente las resultas de un juicio de cognición y en aras de obtener no sólo la justicia formal, la cual es el principal objetivo del juicio de cognición, sino también, la justicia material preventiva, que es el fin concreto de la institución cautelar. Es por ello que las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva, resultan términos tan cercanos, donde el poder cautelar del juez juega un papel importante para alcanzar la tutela judicial efectiva.

Acercarse a este fenómeno procesal de una jurisdicción preventiva, se entiende que la misión de la jurisdicción, es la de componer conflictos o resolverlos. Cuenca¹ define la jurisdicción como: “*toda actividad pública del Estado destinada a dirimir conflictos*”, pero se habla de esta facultad de componer conflictos en el ámbito jurisdiccional y esta facultad preventiva de competencia de los Tribunales, es la que se abordará en la presente investigación, se estudiará, es decir, la actuación preventiva cautelar, que sólo se da en el área jurisdiccional bajo el cobijo y dirección del juez. Todo esto en atención a lo establecido en el artículo 588 en su párrafo primero del Código de Procedimiento Civil Venezolano², el cual establece:

“Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción de los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de una lesión”

¹Humberto Cuenca: *Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Caracas. Ediciones de la Biblioteca Universidad Central de Venezuela. 2008, p.73

² Código de Procedimiento Civil Venezolano:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

La normativa citada se hace necesaria para poder estudiar y analizar el poder cautelar del juez, ya que, la potestad del operador de justicia, de poder decretar medidas que no están reguladas, por la legislación, es decir, que da la posibilidad creadora de derecho a las partes, porque como regla general las medidas cautelares son peticionadas por las partes y otorgadas por el Juez como árbitro del proceso, donde ante tal petición de decretar una medida que tienda a asegurar las resultas del juicio, su discrecionalidad juega un papel importante, estudiándose también en esta investigación, la proporcionalidad de esa discrecionalidad.

Aspecto relevante, puesto que se examinará si la potestad de decretar la medida cautelar por parte del Juez, constituye una facultad que atiende a su libre albedrío o discrecionalidad o si la misma constituye un deber, una vez cubiertos los requisitos de procedencia como él: *pendente litis, el fomis bonis iuris, periculun in mora, el peligro in danni*; esta última en el caso de las medidas innominadas, punto de relevancia en la práctica forense para los jueces ya que se muestran prudentes a la hora de decretar dichas medidas cautelares.

Asimismo, se examinarán las medidas anticipativas dirigidas a garantizar la tutela judicial efectiva, ésta tratan de medidas especialísimas que requieren una disertación; en virtud de que la tutela judicial efectiva debe ser el derecho al fin último de todo proceso jurisdiccional, donde el debido proceso juega un papel primordial, porque comporta una serie de garantías que deben prevalecer en todo proceso, para que el mismo pueda llegar al final del juicio y sea la llamada *-verdad verdadera-* la que reposa en autos, acorde con los hechos plasmados y la tutela judicial efectiva alcance su máximo esplendor en la ejecución del fallo.

Todo ello en el entendido, de que el Juez, en la esfera del Poder Judicial, está sometido al principio de la legalidad, que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela está definido en el artículo 137. En

este sentido, aporta la jurista venezolana Rondón de Sansó Hildegard, de que la Constitución y las Leyes son las que determinan las atribuciones de los órganos que lo ejercen y es a tales fuentes a las que se sujetan las actividades que los mismos realizan.

CAPÍTULO I. Diferencias entre tutela preventiva y la tutela cautelar de las medidas.

1.1. Conceptualización de Estado de Derecho

Establecer un criterio de conceptualización de lo que ha de denominarse "*Estado de Derecho*", nos conlleva necesariamente a traer a colación a Kelsen, quien iguala al estado autocrático y al democrático porque según él, ambos son estado de Derecho, ya que es el orden Jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quien debe mandar y quien obedecer.

Se tiene conocimiento que la palabra autocracia proviene del griego (ojo), y significa el gobierno de uno mismo, que asume por su cuenta y gobierna sin sujeción a leyes. Las leyes existen, pero a ella sólo están sometidos los gobernados, y son producto de la voluntad arbitraria y despótica del gobernante.

En criterio del citado autor, la idea del Estado de Derecho debe concebirse como un modelo organizativo potencialmente democrático, pues el mismo debe responder a concretas exigencias de la sociedad, como es la protección a ciertos derechos fundamentales como el valioso derecho de la libertad en sus diferentes formas (libertad de tránsito, pensamiento, religión), la propiedad; respondiendo también a garantías de derechos de diversa índole (procesales, penales).

Todo en virtud de que el "*Estado de Derecho*" consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del *poder público*, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas, y la observancia de los derechos humanos, individuales, colectivos, culturales y políticos.

Es importante traer a colación la conceptualización de éste termino, pues el materializar la tutela judicial efectiva, forma parte de lo que se conoce como “*Estado de Derecho*”, así pues para Ortiz³ quien concibe el estado de derecho como:

“El Estado de Derecho es en sí mismo un estado de tutela, un conjunto de disposiciones o normas de conducta, destinadas por una parte a dirimir conflictos entre particulares o atender sus peticiones y por otra, a tutelar o garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades.”

Por su parte Cabanellas⁴ dice:

“Estado de derecho se entiende aquella sociedad, políticamente organizada, donde la ley esta sobre los gobernantes, y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos”

En el mismo orden de ideas afirma Escarra⁵ que:

“El estado de derecho, tiene por finalidad última hacer prevalecer el orden jurídico y en definitiva el respeto al reinado del derecho y la ley, lo cual logra asegurando la preservación del conjunto de derechos legítimos que el ordenamiento jurídico establece y que conforman la esfera plurisubjetiva de todo ciudadano, otorgando a los mismos la certeza de que los mismo serán debidamente asegurados y resguardados, a los efectos de lograr su efectiva vigencia”

Partiendo de las definiciones antes expuestas, se podría afirmar que el Estado de Derecho es la garantía que el “*Estado*” proporciona a los administrados de que sus derechos serán tutelados y respetados haciéndose efectivos en las diferentes esferas que componen el Poder Público, pues de esta manera se garantiza el cumplimiento de los preceptos legales establecidos en el ordenamiento jurídico vigente y en consecuencia, en el orden irrestricto del Estado.

1.2. Conceptualización de lo preventivo y lo cautelar

Se entra a realizar un análisis cuando se está en presencia de actividades preventivas y cautelares desplegadas por los distintos órganos

³ Rafael Ortiz: *La Tutela Constitucional Preventiva*. Caracas. Editorial Fronesis. 2001, p.156

⁴ Guillermo Cabanellas: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1996,p.571

⁵ Jesús María Casal: “Tendencias Actuales del Derecho Procesal”. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.2007, p.12

del poder público en pro de garantizar el “*Estado de Derecho*” ya que la misma no es exclusiva del órgano jurisdiccional, así lo establece el artículo 136 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela⁶, el cual reza:

“El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”

Del artículo antes transcrito se evidencia que uno de los fines del estado es el de mantener el mencionado “*Estado de Derecho*” y que corresponde tanto a los órganos de la función jurisdiccional como administrativa preservarlo, siempre dentro del ejercicio de sus atribuciones, en el caso de los órganos jurisdiccionales a través del cumplimiento de las sentencias, es aquí donde intervienen las medidas cautelares y en el caso de los órganos administrativos, mediante la emisión de los actos administrativos que en ningún momento pueden ser catalogados como medidas cautelares, más sin embargo, tienen un carácter preventivo, puesto que las medida de prevención que pueden tomar los órganos administrativos son actos administrativos de carácter preventivo.

En este sentido, cabe señalar que los actos de la administración pública están sujetos al control jurisdiccional, al respecto señala Ortiz⁷ que los actos de la administración nunca son definitivos, sino sólo cuando son ratificados por los órganos jurisdiccionales, o que transcurra el lapso pertinente para llevar la situación de que se trate al conocimiento de los órganos del contencioso administrativo, en cuyo caso, opera la legitimidad del acto administrativo por el silencio y la conformidad del afectado. En consecuencia. las medidas administrativas nunca son de carácter

⁶Constitución de la Republica de Venezuela: Gaceta Oficial N° 5453 – Extraordinario de 24 de marzo de 2000.

⁷ Rafael Ortiz: *El Poder Cautelar General y las Medidas Inominadas*. Caracas, Editorial Fronesis. 2002 p. 152

jurisdiccional, puesto que su origen es administrativo, siendo siempre preventivas destinadas a evitar un daño.

Así también los órganos jurisdiccionales pueden dictar medidas preventivas, teniendo entonces:

- a) Medidas preventivas sobre pruebas (artículo 813 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).
- b) Medidas de tutela anticipada por mandato de la Constitución.
- c) Medidas preventivas de tutela de derechos.

Pero cuando se presentan medidas de carácter “cautelar”, también es preventiva y dictada para evitar que la futura ejecución del fallo se haga ilusoria, garantizando de esta manera la tutela judicial efectiva, por ser dictada por un órgano jurisdiccional.

En el mismo orden de ideas Rendetti⁸ señala, que la función cautelar permite el aseguramiento previo de la eficacia práctica de futuras providencias ordinarias.

Entendiendo entonces por función “preventiva”, aquella que le compete a todos los órganos del poder público del Estado para evitar la ocurrencia de un daño o eventos lesivos en pro de mantener el “Estado de Derecho” al que todos están llamados a garantizar. Mientras que la función “cautelar” se circunscribe específicamente al órgano jurisdiccional como parte del Poder Publico, consistiendo en dictar medidas regladas o no con el fin de evitar que una sentencia producto de un proceso judicial, quede ilusoria, protegiendo así el “Estado de Derecho” y los derechos subjetivos de las partes intervinientes en el proceso judicial de que se trate.

⁸ Enrico, Rendetti: *Derecho Procesal Civil* Tomo II. Argentina, Ejea. 1957 p.245

1.3. Consideraciones relativas a las diferencias entre tutela preventiva y tutela cautelar

Se puede decir que el derecho objetivo nace para conseguir la implantación del mantenimiento del orden y la seguridad jurídica, que lógicamente vienen a constituir valores de mediación así como de respeto; en los que deben vivir en una sociedad. Derivado de esto, en el derecho se establece una característica de prevención, la cual se acierta en diversas formas en la ley, bien cuando ordena o impide una línea de conducta, o bien, cuando regla una situación, siendo así en el derecho objetivo. Cada persona tiene un derecho subjetivo de prevención que antes que hacer cesar la violación de un derecho o restablecer el equilibrio patrimonial, pretende impedir y ahorrar la comisión de un daño eventual inminente.

Pero es menester señalar que esta actividad de prevención abarca a todos los órganos del poder público y no es exclusiva de los órganos de la función jurisdiccional, sino que, por el contrario constituye una verdadera obligación para todos los órganos del Poder Público, como se señaló antes. Al respecto Ortiz⁹, acertadamente comenta que:

“La prevención es una potestad establecida en la ley, por medio de la cual los órganos del Poder Público pueden y deben procurar el cumplimiento de los fines del Estado y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero tal posibilidad legal es, también, una actividad reglada y obligatoria en el caso de darse los supuestos de hecho especificados exigidos por la habilitación legal”.

De igual manera, en ese orden el artículo 19 de nuestra Carta Magna¹⁰ establece:

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

En el contenido de éste artículo, queda claro que tanto los órganos de la función jurisdiccional como los órganos de la administración, tienen la

⁹ R.Ortiz.O.: *El Poder Cautelar General y las Medidas...op. cit.*, p.190

¹⁰ Constitución de la Republica de Venezuela: Gaceta Oficial N° 5453 – Extraordinario de 24 de marzo de 2000.

posibilidad y las atribuciones necesarias para hacer valer o cumplir el “Estado de Derecho”, a través de la tutela o cautela. Siendo que los órganos de la administración pública dictarán actos administrativos concretos específicos que atañen a un sujeto o sujetos en particular, o generales que corresponden a un conglomerado, ambos con el fin de evitar la actuación de potenciales situaciones lesivas, estos órganos administrativos pueden dictar medidas preventivas en el ámbito de su competencia.

Debiendo recordar que lo cautelar se circunscribe a las medidas preventivas que tienen como finalidad la salvaguarda de la futura ejecución de un fallo y la efectividad del proceso, es decir, son todas aquellas disposiciones que tienden a evitar una situación lesiva o potencialmente dañosa con vista a una futura sentencia que será pronunciada en el marco de un procedimiento estrictamente jurisdiccional.

En síntesis las medidas sean “cautelares” o “preventivas” tienen en común que son “preventivas”, esto es, evitan la ocurrencia de un evento lesivo o dañoso, o una situación de peligro; pero su causa y su objeto son diferentes. Lo específicamente “cautelar” se da cuando la medida preventiva tiende a evitar que la futura ejecución del fallo sea ilusoria, o tienda a garantizar la efectividad del proceso judicial mismo. En consecuencia, se entiende, que “no todas las medidas preventivas son medidas cautelares aun cuando todas las medidas cautelares son preventivas”.

Así pues, la diferencia apunta a que la “tutela preventiva” tiene como finalidad la salvaguarda de situaciones concretas que interesan al Estado, una prevención de derechos constitucionales, y que puede ser adoptada por todos los órganos del Poder Público, mientras que la “tutela cautelar” ésta en función asegurativa de los efectos del proceso, es decir a precaver la eficacia de un fallo y, sólo puede ser adoptada por órganos jurisdiccionales.

Ahora bien vistas las diferencias entre tutela preventiva y la tutela cautelar, se debe cuestionar el derecho que se tiene a éstas bajo el amparo

de lo que se conoce como “Estado de Derecho” del cual se hablo anteriormente, debiendo partir por lo estipulado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 26 ,¹¹ el cual contempla el derecho de acción o acceso a la justicia:

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

Así también el artículo 51 del instrumento jurídico up supra estable:

“Toda persona tiene derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo”.

De los artículos transcritos se evidencia el derecho que tienen los ciudadanos a la tutela jurisdiccional definiéndola Jesús González Pérez¹², de la siguiente manera:

“(…)el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con una garantías mínimas”.

Pudiendo decir entonces, que en vía jurisdiccional a través del decreto de medidas cautelares, se logra la tutela efectiva de los derechos en el proceso, en aras de mantener el Estado de Derecho, siendo la justicia uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe contemplar y perseguir como una de sus directrices bajo los fines que está llamado a lograr, siendo su realización una misión primordial de la actividad de cualquier Estado, y en aras de alcanzar esta justicia pueden decretarse medidas preventivas o cautelares según las circunstancias e instancias que se trate.

¹¹ Constitución de la Republica de Venezuela: Gaceta Oficial N° 5453 – Extraordinario de 24 de marzo de 2000.

¹² Jesús Gonzalez Pérez:*El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Madrid, Editorial Civitas. 2001, p. 33

Todo ello en aras de lograr la tutela de los derechos que buscan ser amparados en un procedimiento, porque la tutela judicial efectiva debe percibirse como una protección o amparo de los ciudadanos y de sus intereses, lo que lleva al Estado a crear un conjunto normativo de conducta destinado y necesarios para la convivencia de una sociedad y a su vez, ese conjunto normativo será destinado a dirimir conflictos entre particulares a los que se le garantizará el pleno ejercicio de los derechos y libertades los cuales fueron desarrollados por éste.

Pero esta tutela de los derechos se hace efectiva mediante decreto de medidas sean estas preventivas o cautelares, reiterando que las medidas cautelares siempre tendrán el carácter de preventiva, mientras que las medidas preventivas no siempre son cautelares, pero ambas están llamadas a la tutela de los derechos que le amparan a los ciudadanos.

CÁPITULO II. Requisitos del procedimiento cautelar dentro del procedimiento civil ordinario.

2.1. Conceptualización de medidas cautelares.

No es fácil dar un concepto unitario de medida cautelar, pues cada autor tiene su definición propia y no se alcanza a dar un concepto unificado de lo que se debe interpretar por medida cautelar. A éstas medidas se le atribuyen numerosas denominaciones, tales como, medidas de seguridad, acción asegurativa, medidas precautorias, acciones preventivas entre otras, las que pueden compartir el carácter cautelar, dependiendo del análisis del autor.

Para Calamandrei¹³, quien conceptualiza las medidas cautelares como la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva

¹³ Piero, Calamandrei: Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares, trad. Marino Arraya, Buenos Aires, El Faro, 1996, p.45

encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma; dejando evidenciar que las providencias cautelares son particulares y específicas distintas de cualquier otra que emite la jurisdicción, a su entender no puede hablarse de un proceso cautelar debido a que el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y un tipo separado, tampoco acepta se las ubique como acción.

Couture¹⁴, las define como:

“Dícese de 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.”

Por su parte Ramiro Podetti¹⁵, citando a Chiovenda, dice que éste autor entendió las cautelas como acción, refiriéndose incluso a sentencias provisionales o asegurativas, relación fuertemente criticada, quienes ven a la acción como un concepto unitario.

Micheli citado por Henríquez¹⁶, la ha conceptualizado como la acción preventiva definitiva, como la que persigue evitar la violación de un derecho ante la amenaza seria de ser violado, presuponiendo un fundado temor, o sea, el interés actual y serio en el demandante, para evitar peticiones relativas a ilusas y utópicas amenazas.

De allí, que en la práctica generalizada se le llamen “medidas”, término éste que da idea del objeto y del resultado. Si bien el vocablo significa decisión, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, porque indica algo que se cumple. Esta es una medida acogida para reparar o solucionar una dificultad, o asegurar un resultado con miras a una futura decisión definitiva que pone fin a un procedimiento jurisdiccional.

¹⁴ Eduardo, Couture: Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 405

¹⁵ Ramiro, Podetti: Tratado de medidas cautelares. Argentina. Editar, 1969, p.22

¹⁶ Ricardo, Henríquez La Roche: Instituciones del Derecho Procesal. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, 2010, p.377

Pudiendo establecer qué medidas cautelares son dictámenes tomados en sede jurisdiccional tendente a evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de presentarse la pretensión ante el órgano jurisdiccional, o la desaparición de bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia definitiva y las cuales tienen una característica de instrumentalidad.

Ejemplos de medidas cautelares son los siguientes: a) Embargo cautelar de bienes muebles o de una cantidad que pertenece al deudor, b) El secuestro judicial de los bienes objeto de litigio, que deben mantenerse en el mismo estado hasta el juicio definitivo, c) La prohibición de la venta de un inmueble, cuando el inmueble es el objeto del litigio.

2.2. Características de las medidas cautelares.

-Instrumentalidad: Es quizás una de las características de mayor relevancia de las medidas cautelares, pues las medidas que tengan el carácter cautelar son instrumentales, es decir, no constituyen un fin en sí mismas, sino que están predeterminadas mediata o inmediatamente a un juicio principal; es decir están preestablecidas a garantizar los resultados de un juicio.

Ahora bien, esto es algo típico de las providencias cautelares; sin embargo, desarrollos en la doctrina procesal han cuestionado su instrumentalidad a la luz de nuevas figuras procesales, las cuales también tienen un fin asegurativo como “las medidas autosatisfactivas”.

Expuesto esto, la instrumentalidad como característica de las medidas cautelares, se explica en razón del proceso principal del que se pretenden asegurar su resultado definitivo, ya que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están pre ordenadas a la emanación de una ulterior

providencia definitiva, el resultado práctico de lo cual aseguran preventivamente, para que el fallo de la decisión de fondo no quede ilusorio.

Encontrándose previsto en nuestro Código de Procedimiento Civil cuando establece: “las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (...)”

Evidenciando así que el carácter de instrumentalidad que abraza a las medidas cautelares, se encuentran en una conexión inexorable con lo que se conoce como tutela jurisdiccional cautelar, que no es más que aquella que va dirigida a hacer cesar un peligro en potencia, impidiendo la comisión o continuación de un acto perjudicial al interesado, o facilitando la acción futura del derecho mismo, pues la medida cautelar no es un fin sino un medio para garantizar las resultas de un proceso.

-Provisionalidad: Esta característica se encuentra en íntima relación con la instrumentalidad, pues ésta consiste en una relación de servicio de la medida cautelar para con el proceso principal para garantizar la resultas del mismo como señala Ricardo Henríquez¹⁷ la providencia cautelar sufre un efecto de la providencia definitiva, consistiendo su provisionalidad en que sus efectos se mantendrán en el mejor de los casos hasta la decisión final, o hasta el dictado de la resolución que disponga su levantamiento (de la medida cautelar) o cuando se produzca una circunstancia que la deje sin efecto. Así pues, las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, que culminará cuando sobrevenga un evento jurisdiccional sucesivo.

-Judicialidad: Si las medidas cautelares se encuentran al servicio de la providencia principal, necesariamente se supone que se está instaurando

¹⁷ Ricardo, Henríquez La Roche.: Instituciones del Derecho Procesal...op.cit., p. 381

un juicio, es decir, que ya se hizo uso del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales.

-Variabilidad: Esta característica alude a que toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a la forma, monto y bienes. En efecto, la obtención de una medida cautelar no implica su invariabilidad, sino que ella puede ser modificada, sea a pedido del accionante o del afectado, supuestos que, por lo demás, son considerados por el Código Procesal Civil en el artículo 617.

Puesto que las medidas cautelares se encuentran implícita, la aplicación del principio *rebus sic stantibus*¹⁸ según la cual aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de las cosas para la que fueron dictadas.

Los motivos que den cabida a la variación de la medida cautelar pueden ser diversos: porque a lo largo del proceso se ha visto disminuida la posibilidad de que la pretensión se declare fundada (y el afectado con la medida quiere una medida menos gravosa), porque ha incrementado esta posibilidad (y ahora requiere el solicitante una medida más gravosa), porque se ha alterado la relación material respecto al momento en que se otorgó la medida cautelar, porque ha desaparecido el peligro en la demora o porque la actual medida se considere inadecuada.

-Urgencia: La urgencia es la característica fundamental de las medidas cautelares tal como lo señala Ricardo Henríquez¹⁹ la causa

¹⁸ "Estando así las cosas", expresión latina que hace referencia a un principio de Derecho por el que las estipulaciones establecidas en el contrato son válidas y vinculan a las partes, en tanto se mantengan las circunstancias iniciales en que se sustentó dicho contrato, por lo que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de tales estipulaciones

¹⁹ Ricardo, Henríquez La Roche.: Instituciones del Derecho Procesal...op.cit., p. 384

impulsiva de las medidas cautelares, está presente en el peligro de que la sentencia que resuelve la controversia quede ilusoria por retardo de la administración de justicia, dada la tardanza de los trámites procesales hasta que se llega al pronunciamiento de la sentencia.

-Generalidad: Sobre esta característica refiere Ortiz²⁰ que atañe a las medidas cautelares innominadas y al respecto señala:

“(…) no se trata de un catálogo de medidas, previamente establecidas por el legislador, y que el juez pueda dictar sino de verdadera creación del Derecho en la razón de que el juez mide cada situación en concreto y determina la orden jurisdiccional mas adecuada para regular la conducta de las partes en el marco de un proceso.”

Tal generalidad atiende a que las medidas innominadas no se encuentran preestablecidas en el Código de Procedimiento Civil, por tanto abre un amplio abanico de posibilidades a las partes para solicitar la medida que a su criterio se ajuste mejor a la situación de hecho concreta y el juez de decretarla, aparejando creación de Derecho a la hora de decretar tal medida.

-Adecuación: Esta característica hace alusión a que debe existir una correspondencia entre la medida cautelar decretada y la circunstancia de fondo debatida en el proceso, la cual se pretende tutelar con dicha medida, para que dicha medida pueda ejecutarse sobre el contenido del proceso, pero como apunta Urdaneta Sandoval²¹:

“(…) 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.”

En consecuencia la medida solicitada debe ser adecuada y suficiente para que el daño temido no se concrete en la realidad.

²⁰ Rafael, Ortiz: *Las Medidas Cautelares innominadas*. Caracas. Paredes Editores, 1999, p.24

²¹ Carlos Alberto, Urdaneta Sandoval: “*Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil*”. Revista de la Facultad de Derecho N°. 59. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello

2.3. Tipos de medidas cautelares según Calamandrei:

Calamandrei distinguía cuatro tipos de providencias cautelares. El primer grupo está constituido por las providencias instructorias anticipadas, con las cuales se trata de obtener y conservar ciertas pruebas, que podrán ser utilizadas después en un futuro proceso de conocimiento. En este sentido, se habla de providencias de *conservación o aseguramiento de pruebas*, tal como lo expresa el propio autor²² al exponer:

“(…) estas providencias, al determinar preventivamente la adquisición de un dato probatorio, positivo o negativo que podrá ser utilizado como premisa lógica de una futura providencia de cognición, contribuyen al mejor éxito práctico de ésta en cuanto al exacto y completo conocimiento de los hechos de la causa es uno de los coeficientes que sirven para lograr un buen juicio.”

En el segundo grupo se ubican las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la disposición de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Dentro de este segundo grupo el autor incluye el secuestro conservativo y el secuestro judicial.

El tercer grupo está formado por las providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, en espera de que a través del proceso se perfeccione la decisión definitiva, en virtud de que si la indecisión de la relación controvertida perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes, daños irreparables. Dentro de ese grupo se encuentran, entre otras, las providencias de obra nueva y de daño temido, así como las que se dictan en el proceso de separación personal entre cónyuges y las providencias urgentes de materia de alimentos.

Advertía que mientras que en los dos primeros grupos la providencia cautelar no regula el mérito de la relación substancial controvertida,

²² Piero, Calamandrei: *Providencias Cautelares*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Argentina. Editorial Bibliografica Argentina, 1984, p55

limitándose a aportar medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito, en el tercer grupo, en cambio, la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y (provisional) del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación (provisional) de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.

En este tercer grupo, al igual que en los anteriores, la providencia cautelar no puede aspirar a convertirse ella misma en definitiva, sino que está siempre pre ordenada a la emanación de una providencia principal, a la llegada de la cual los efectos provisionales de la medida cautelar están destinados a extinguirse totalmente, porque aun cuando la decisión principal reproduzca substancialmente y haga suyas las disposiciones de la providencia cautelar, no puede aspirar a convertirse en definitiva dado que depende de un proceso principal.

Por último, dentro del cuarto grupo el autor, ubica aquellas providencias que consisten en la imposición por parte del juez de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

2.4. Medidas Cautelares Innominadas

2.4.1. Definición

Para Ortiz²³ las medidas cautelares innominadas pueden ser definidas de la siguiente manera:

“Las medidas innominadas constituyen un tipo de medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no está expresamente determinado en la ley sino que constituye el producto del poder cautelar general de los jueces quienes, a solicitud de parte, pueden decretar y ejecutar las medidas adecuadas y

²³ Rafael, Ortiz.: Las Medidas Cautelares Innominadas... op.cit., p.11

pertinentes para evitar cualquier lesión o daño que una de las partes amenace infringir en el derecho de la otra y con la finalidad de garantizar tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional misma.”

Carlos Alberto Sandoval²⁴ las define como:

“Las medidas o providencias cautelares atípicas son aquellas disposiciones judiciales caracterizadas porque se basan en un criterio discrecional en virtud del cual se valorada su oportunidad, urgencia y contenido, y porque, como corolario, no se adecuen necesariamente a un tipo legal sino a las necesidades de una situación, persona u objeto y a un resultado concreto, 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 del aseguramiento provisorio de los efectos de la decisión sobre el fondo para que no se haga ilusoria.”

Ugo, Rocco²⁵ dice:

“Aquella acción que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas y que según la naturaleza del interés, el 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 mas idonea para obviar las consecuencias dañosas de un evento que podría producir la supresión o 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”

La jurisprudencia patria²⁶ la ha señalado, que corresponde ser una “*institución autónoma e instrumental*” a favor de un proceso principal al cual tiende a proteger. Son una especie de “*amparo en el proceso*”, para evitar que acaezca un daño inminente de difícil o imposible reparación en la definitiva.

Así planteado, cuando se habla de medidas innominadas, de lo que se trata es que existen otras providencias que el juez puede dictar, medidas asegurativas o conservadoras que no son ni secuestros, ni embargos, ni prohibición de enajenar o gravar, por el contrario, pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes.

En el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil²⁷ están establecidas las medidas nominadas e innominadas, las últimas en el único aparte del artículo, el cual expresamente dice:

²⁴ C. Sandoval: “Introducción al análisis sistemático...” *op.cit.*,p. 105

²⁵ Ugo, Rocco: *Tratado de derecho procesal civil, tomo V*. 2da reimpresión. trd. Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1977, p.421

²⁶ Sentencia N° 1265 del 02-10-2000 de la Corte Primero Administrativa, ponente Juan Carlos Apitz B.

²⁷ Código de Procedimiento Civil:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

"(...)Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

Las medidas cautelares innominadas son aquellas medidas inherentes a la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado que puede otorgar el juez en el curso del contradictorio para proteger a alguna de las partes contra una lesión a que puede estar expuesta por la prolongación del proceso. Un ejemplo de medida cautelar innominada, sería: a) En el caso de tratarse de un juicio por cumplimiento de contrato una medida cautelar innominada a solicitar en juicio sería, el nombramiento de persona encargada de verificar el cumplimiento de lo pautado en las cláusulas del contrato en cuestión.

En el ejemplo detallado arriba, se puede observar que la medida cautelar recae sobre la conducta que debe tener una de las partes propio de éste tipo de medidas. Pudiendo afirmar que las medidas innominadas es donde el poder cautelar alcanza su máxima expresión.

2.4.2. Finalidad de las medidas cautelares innominadas

Al respecto de la finalidad de las medidas cautelares innominadas, sostiene Ortiz²⁸ que las cautelares innominadas tienen como finalidad prevenir conductas y muy excepcionalmente, sobre bienes cuando a través de éstos se puede concretar la conducta dañosa; al respecto Sandoval sostiene que las medidas innominadas no solo tienen como finalidad prevenir conductas sino que en atención a la interpretación del párrafo primero 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 adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión,"

²⁸ R. Ortiz O.: Las Medidas Cautelares Innominadas... op. Cit., p. 23

Por lo que con la redacción de la norma se traspasa 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, así también Márquez Añez²⁹, interpretó que la finalidad de las mismas, estriba en asegurar la ejecución del fallo a través del mantenimiento de la situación existente al día de la demanda, o al día en que la medida se practique, cualquiera sea su especie. Para decretarlo el Juez debe realizar un cálculo preventivo de probabilidades de la pretensión que se persigue amparar, con el examen y apreciación del medio de prueba que constituya la presunción grave al derecho que se reclama, o sea, la apreciación del *fumus boni iuris*.

En criterio de ésta investigadora la finalidad de las medidas innominadas es la de prevenir conductas dañosa, pero en los casos que lo amerite podrá recaer sobre bienes, pues la norma adjetiva le concede esa amplitud, tales como: bloqueo de cuentas bancarias, detención de vehículos, retenciones de acreencias

Ahora bien, el encabezamiento del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil señala que las medidas cautelares pueden ser decretadas en cualquier estado y grado de la causa. Más adelante, dicho artículo establece en su párrafo primero, que el tribunal podrá acordar "las providencias cautelares que considere adecuadas" (cautelares innominadas), cuando hubiere fundado temor de que "una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra". Esta última expresión sugiere la idea de la existencia de una demanda intentada y admitida, de un litigio en curso.

La procedencia de las medidas cautelares innominadas, está determinada

²⁹ Márquez Añez, Leopoldo: *Estudios de Procedimiento Civil*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1985, pag.176.

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 según enseña Calamandrei tiene como causa constante y notoria, la 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. 2) La existencia de un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama y del riesgo definido en el requisito anterior, el *fumus boni iuris* o presunción del buen derecho, 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. Vale decir, que se presume la existencia del buen derecho que se busca proteger con la cautelar. 3) Por último, específicamente para el caso de las medidas cautelares innominadas, la existencia de un temor fundado acerca de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En relación con este último requisito milita la exigencia de que el riesgo sea manifiesto, esto es, patente o inminente. *Periculum in damni*.

La medida cautelar innominada encuentra sustento en el temor manifiesto de que hechos de una de las partes causen a otra lesiones graves o de difícil reparación y en esto consiste el "mayor riesgo" que, respecto de las medidas cautelares nominadas, plantea la medida cautelar innominada, encontrando la finalidad en prevenir conductas o dictar otro tipo de providencia distinta a las medidas típicas que evite la continuación del daño .

Además, el solicitante de una medida cautelar innominada debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio -siquiera presuntivos- sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto la medida cautelar innominada.

2.4.3. Requisitos de Procedencia.

Las medidas cautelares son esenciales para evitar que la sentencia definitivamente firme quede ilusoria, es decir, se sirven de apoyo en el proceso principal protegiendo el derecho que eventualmente pueda ser declarado a favor del solicitante. Ahora bien, el juez cuando dicta la medida debe observar los extremos de ley. En tal sentido, Emilio Calvo Baca³⁰ señala como requisitos de procedencia los siguientes:

- Que exista un juicio pendiente.
- La presunción grave del derecho que se reclama (fomus boni iuris)
- Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

Carlos A. Urdaneta Sandoval³¹ citando a Barrios de Ángelis, explica que las medidas cautelares únicamente consisten en la expresión de un modo particular de 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 integro (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.

³⁰ Emilio Calvo Baca: *Código de procedimiento Civil de Venezuela*. Caracas. Impresos Lithobinder, 1992,p.810

³¹ Carlos A. Urdaneta Sandoval: *Las medidas cautelares y provisionales en el Derecho Administrativo Formal Venezolano*. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2004, pp. 135-136

El artículo 585 del Código de Procedimiento Civil³² establece:

“Las medidas preventivas establecidas en este título las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la decisión 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 Doctor Simón Jiménez Salas³³ señala que en función del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil explica que debe existir un riesgo manifiesto de que quede ilusoria la eventual ejecución de la sentencia, - *periculum in mora*-, y debe haberse acompañado, con el libelo de la demanda, o con la solicitud de cautela, una presunción grave del derecho reclamado, un elemento fehaciente o suficiente como para estimar o creer que es posible o cierto, el derecho del solicitante de la cautela. Cálculo preventivo de probabilidades que el juez debe apreciar con los medios de prueba que le sean presentados para demostrar (*el fumus boni iuris*).

La sentencia³⁴ de fecha dos de marzo de 2011 dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia hizo mención a los requisitos por la vía de la causalidad:

“...Todo en anuencia a los presupuestos y requisitos exigidos por la vía de causalidad contenidos en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, a saber del FUMUS BONIS IURIS, o verosimilitud del buen Derecho, PERICULUM IN MORA, condición que traduce el temor objetivo por parte del pretensor, de ver frustrado su derecho, por conductas inherentes a la parte demandada y además, el PERICULUM IN DAMNI, que es el peligro inminente del daño rodeado de todas las circunstancias fácticas necesarias que permitan al juez apreciar la gravedad, seriedad e inminencia del daño. Bajo esta óptica, los extremos exigidos en la disposición cuyo tenor se aplica, comportan igualmente las condiciones necesarias para el uso del poder cautelar general reconocido al juez por el parágrafo primero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el cual circunscribe o delimita la potestad jurisdiccional, al cumplimiento de los requisitos exigidos por la vía de causalidad. Es por ello que se requiere de la ponderación de los elementos necesarios para el otorgamiento de la cautela, sin que ello suponga emitir opinión sobre la procedencia del derecho que se reclama...”

³² Código de Procedimiento Civil:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

³³ Simón Jiménez Salas: *Medidas Cautelares*. Caracas. Kelran Editores, 1999, p.26

³⁴ <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/diciembre/514-20-47992-3706-A.html>

La existencia de un juicio pendiente (litispendente), la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus bonis iuris*), que la sentencia definitivamente firme quede ilusoria (*periculum in mora*) y que una de las partes le cause un daño a la otra (*periculum in damni*) son los cuatro requisitos en la vía de la causalidad legitimadores para la adopción de medidas cautelares que constituyen garantía suficiente de que la sentencia de fondo dictaminada sea plenamente ejecutable, evitando que los efectos del proceso, perjudiquen a quienes tienen razón, quedando así garantizado el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva.

2.4.3.1. Pendente Litis

De igual manera, el jurista Jiménez Salas³⁵ plantea que la Litis nace a partir de un supuesto incumplimiento de una obligación por existir en el accionante un derecho insatisfecho. Acude a la jurisdicción por cuanto los requerimientos de cumplimiento voluntario han sido inútiles, y ante el temor fundado, de tener la verdad, no materializable, por las posibilidades, nunca descartables que tiene el demandado, de burlar los cumplimientos, quiere que concurrentemente con la admisión de su acción en sede judicial, le sean preservados sus derechos reclamados, a la vez que significa un respeto a la voluntad de la ley contenida en una sentencia. Nace así, más que el derecho, la necesidad de la cautela, que fundado en una verosimilitud del derecho reclamado, permita un proceso con un final justo.

De tal manera que la Pendente Litis es uno de los requisitos que establece la ley para decretar las medidas cautelares así lo indica el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil³⁶ cuando expresa:

“...El tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

1. Embargo de bienes muebles.

³⁵ S. Jimenes S.: Medidas...op. cit., pp. 17-218

³⁶ Código de Procedimiento Civil:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

2. El secuestro de bienes determinados.
3. La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles...”

Explica La Roche, que la razón legal de este requisito estriba en la relación de instrumentalidad que hay entre la medida preventiva y la causa principal, en virtud de la cual, la medida no constituye un fin en sí misma; está al servicio de la providencia que emana del juicio principal, y en consecuencia éste debe haber sido incoado, por regla general, para que la medida cumpla su finalidad asegurativa de la sentencia subsecuente.

2.4.3.2. Fumus Boni Iuris.

Carlos Alberto Urdaneta Sandoval³⁷ cita a Garberi Llobregat define el Fumus Boni Iuris como la valoración por parte de la autoridad competente de los indicios, elementos o circunstancias que rodean la fundamentación de la solicitud de la medida cautelar, dotándola de una apariencia probable de legitimidad.

Según Ricardo Henrique la Roche el fundamento o ratio legis del requisito legal de la presunción grave del derecho que se reclama radica en la necesidad de que se pueda presumir al menos el contenido de la sentencia definitiva de juicio sea de condena, como justificación de las consecuencias limitativas al derecho de propiedad que conlleva la medida. Resulta conveniente un juicio que previamente haga presumir la garantía de que la medida preventiva va a cumplir su función, instrumentalizada, de garantizar el resultado práctico de la ejecución forzosa, la cual, a su vez depende de la estimación de la demanda.

La constatación judicial del derecho que se reclama es un elemento de juicio, no descartable, en el ámbito de la mera probabilidad o verosimilitud a que se refiere el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil. Así lo

³⁷ C. Sandoval.: Las medidas cautelares... op. Cit., p. 239

implementa el legislador al conceder el secuestro de la cosa litigiosa cuando se hubiere apelado del fallo definitivo sin haber prestado fianza en el ordinal 6º del artículo 599 del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado el Doctor Simón Jiménez Salas³⁸, señala que el Fumus Boni Iuris está constituido por la existencia de un medio de prueba de la condición anterior y del derecho que se reclama.

Explica que el fumus boni iuris, o humo del buen derecho, o apariencia del derecho reclamado o presunción grave del derecho que se reclama, no es otra cosa que la existencia de elementos probatorios que lleven al espíritu del juzgador que está justificado el derecho sostenido por el solicitante, aun cuando en la definitiva resulte lo contrario, ya que el juzgador por considerar que existe esa probabilidad no prejuzga sobre el asunto debatido.

La apariencia del derecho no supone que el juzgador ha prejuzgado, ni que tenga por cierto los hechos y el derecho alegado por el actor. El juicio es incidental como la medida misma, nunca valorativo de cuanto constituye lo principal del pleito, pues esa presunción grave del derecho reclamado, puede desvirtuarse durante el debate procesal. Al decretarse una medida preventiva, no se dicta una sentencia anticipada, ni el juez emite un criterio sobre el fondo del asunto.

Se acepta para un momento dado y dentro de un síndrome probatorio acompañado, que el derecho reclamado es posible, de manera pues que el Fumus Boni Iuris viene a ser el primer requisito que analiza el Juez al encontrarse con la obligación de dictar una medida cautelar, en donde ejerce una valoración discrecional sobre la posibilidad de que existan intereses amparados por el ordenamiento jurídico a favor del solicitante.

³⁸ S. Jimenes S.: Medidas...op. cit., pp. 24-214-215

2.4.3.3. Fumus Periculum in Mora.

Emilio Calvo Baca³⁹ señala que el Fumus Periculum in Mora se refiere a que debe alegarse el temor de un daño jurídico posible, inminente o inmediato, o evita notorios prejuicios que un demandado de mala fe pueda causar, con consecuencias directas en el proceso principal.

Este riesgo denominado e la doctrina, “el periculum in mora” queda plasmado en las frases: “cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la decisión del fallo”.

La Roche⁴⁰ expone que no requiere la ley determinados supuestos de peligro en la mora, tipificado en varios ordinales este requisito a quedado comprendido genéricamente en la frase: “...cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la decisión del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituye presunción grave de esta circunstancia...” (Artículo 585 del Código de Procedimiento Civil).

Asimismo cita a Calamandei quien distingue entre dos tipos de periculum in mora: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal, éste último reside en la situación de hecho en la que se encuentra el solicitante de la medida, lo que se quiere es, que mientras dure el juico, su espera no sea en vana y aun la seguridad de poder encontrar en el patrimonio del deudor, después de un cierto periodo de espera, los medios para satisfacerse, quiere sobre todo escapar a los daños que se derivarían de tal espera, a fin de la cual la providencia principal siendo objetivamente eficaz, llegaría demasiado tarde para pode ayudar. Lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios

³⁹ E. Calvo.B.: Código de Procedimiento... op.cit., p. 810

⁴⁰ Ricardo Henrique La Roche: *Medidas Cautelares según el Código de Prrocedimiento Civil*. Caracas. Ediciones Liber,2000, p. 192

actos e idóneos para determinar que la providencia principal sea eficaz en sus resultados prácticos.

Por otro lado, Salas nos explica el *periculum in mora* o peligro en la demora, que el legislador refleja en la frase de que “exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo” está referido al temor fundado de que la voluntad de la ley, contenida en una sentencia definitiva, sea nugatoria. Es la previsión contra la insolvencia o contra conductas que tiendan a evitar la ejecución de la sentencia definitiva. Es la verdadera garantía de la acción y de la existencia de la jurisdicción. Como el proceso es una marcha lentamente hacia el esclarecimiento de la verdad, como condición *sine qua non* para poder dictar el fallo definitivo, puede ser indispensable recurrir a las medidas preventivas para asegurar la eficacia de la ley.

2.4.3.4. Periculum in Damni

El fundamento legal de este requisito se encuentra establecido en el artículo 588 del código de procedimiento Civil⁴¹ en su párrafo primero que señala:

“(...)el tribunal podrá acodar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesione graves o de difícil reparación al derecho de la otra(...)”.

De este artículo se desprende el requisito del *periculum in Damni* el cual representa uno de los sustentos de la medida cautelar innominada para que el Juez pueda actuar, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos, adoptando las providencias necesarias a fin de evitar las lesiones que una de las partes pueda ocasionar a la otra.

⁴¹ Código de Procedimiento Civil:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

Mientras tanto, la jurisprudencia venezolana desde siempre ha sostenido los requisitos de procedencia, de tal suerte que las ha resumido de esta forma:

“De esta manera se ha establecido que para la procedencia de medidas cautelares innominadas se requiere el cumplimiento concurrente de tres requisitos establecidos en el artículo 585y párrafo primero del artículo 588, a saber:

1.-“*La verosimilitud del buen derecho*”, conocido comúnmente como “*fumus boni iuris*”, constituido por un cálculo de probabilidades, según lo decía el maestro Piero Calamandrei , que quien se presente como solicitante sea, el titular del derecho protegido.

2.-En segundo lugar, el peligro de infructuosidad del daño, conocido comúnmente como “*periculum mora*”, esto es, el fundado temor del que el daño quede ilusorio en su ejecución, o que no se pueda reparar daños colaterales mientras no se actúa la voluntad definitiva de la ley por conducto de la sentencia de mérito.

3.-En tercer lugar, el párrafo primero del artículo 588 ejusdem establece un requisito adicional constituido por el fundado temor de daño inminente, o continuidad de la lesión, conocido en doctrina como “*periculum in damni*”, recordando su más remoto antecedente en la “*cautio demni infecti*” en los procedimientos pretorianos concebidos a modo de las “estipulaciones”

Se señala también, que su naturaleza, no son medidas cautelares “facultativas”, muy por el contrario, porque toda cautela comporta una obligación cuando están dadas las circunstancias de hecho que demuestren el cumplimiento de su requisitos de procedencia.

En esa progresión de ideas, la Magistrada Evelín Marrero Ortiz, Sala Político enfatizó en Sentencia No. 6082⁴² de fecha: 03-11-2005, lo siguiente:

“(…)Por otra parte, respecto a la medida cautelar innominada solicitada en forma subsidiaria por los recurrentes de conformidad con lo establecido en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, la Sala observa:

Es criterio de este Alto Tribunal que el poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que le confieren, por lo que la providencia cautelar solo se concede cuando existan en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo, así como del derecho que se reclama; y, en el caso de las medidas innominadas, se requiere que exista el temor fundado de que una de las partes pudiera causarles lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

Por tal razón, es imperativo examinar los requisitos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y el peligro grave de que resulta ilusoria la ejecución de la decisión definitiva (*periculum in mora*); y referente a la medida innominada el artículo 588 *eiusdem*, se impone como condición adicional, el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra(…)”

2.5. Requisitos por Cauccionamiento.

El artículo 590 del Código de Procedimiento Civil⁴³ señala:

“podrá también el juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se constituya caución o garantía suficiente para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que esta pudiera ocasionarle...”

La Roche⁴⁴, señala que es conveniente analizar, respecto del artículo antes transcrito el alcance de la frase “sin estar llenos los extremos de ley...” referente al decreto con base a la caución de la prohibición de enajenar y gravar y el embargo de bienes muebles; ello con el fin de establecer si dicha frase implica el no requerimiento para el decreto de la medida de los tres requisitos antes estudiados, atinentes a la vía de la causalidad; esto es la *Litis pendente*, la presunción grave del derecho que se reclama y la presunción de peligro en el retardo.

⁴² Sala Político Administrativa, No. 6082 de fecha 03 de noviembre de 2005, (Edui Nicomedes Alfonso Mota y otros Vs. Ministerio de Interior y Justicia) revista de derecho público No. 104 p. 171

⁴³ Código de Procedimiento Civil:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

⁴⁴ R. La Roche.: Medidas Cautelares... op. Cit., pp. 196-198

La doctrina y la jurisprudencia patrias están de acuerdo en admitir que las mencionadas disposiciones legales exime al solicitante de la medida de probar el peligro en la mora y la presunción grave de su derecho, pero igualmente han coincidido en mantener la vigencia de la Pendente Lite, en tal forma que aun cuando se ofrezca garantía bastante y saneada para el decreto del embargo, a solicitud debe proceder la demanda.

Ahora bien, continua la Roche, la interpretación gramatical de la frase antes dicha trae como consecuencia la necesidad de admitir que el requisito de la Litis pendiente tampoco debe ser exigido como condición de procedibilidad al solicitante de la medida; porque es evidente que la Pendente lite constituye también un extremo de ley.

También señala que la caución o garantía tiene que ser suficiente, que en algunos casos es equivalente a eficacia. Como se sabe caución significa precaución o prevención; y en derecho tiene, el significado específico de seguridad que da una persona a otra de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado.

Igualmente es sabido que aparte de la caución juratoria, las cauciones se clasifican en reales y personales. Las primeras consisten en afectar al cumplimiento de la obligación un bien determinado, que otorgan al acreedor el derecho de perseguir en manos de tercero el bien dado en garantía y el de pagarse preferentemente con el producto del remate, valor de la expropiación o monto del seguro.

2.6. Cautela sustitutiva.

El artículo 589 del código de procedimiento civil⁴⁵ establece:

⁴⁵ Código de Procedimiento Civil:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

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

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

Según Salas⁴⁶, este artículo determina que la solicitud cautelar de embargo o prohibición de enajenar y gravar (no aplica para la medida de secuestro ni para las medidas innominadas) solicitada por una de las partes en el proceso, no se acordara o se suspenderá si ya estuvieren decretadas, practicadas, o si la parte contra quien se hubiere pedido la cautela diere caución, o garantía suficiente, para cuyo efecto se estima eficaz la fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia; la hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos; la prenda sobre bienes o valores; la consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señala el juez.

El autor nos menciona en materia de oportunidad para objetar la eficacia y suficiencia de la caución sobre la norma en comento, solo señala que de producirse tal objeción, el tribunal abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a esta sin que se aclare nada sobre la oportunidad para formular la objeción.

Para La Roche⁴⁷, la caución o garantía suficiente a que se refiere el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil, constituye ciertamente una medida cautelar por sí misma, diferente a la medida de contra cautela que se presenta como condición de procedibilidad en la vía de caucionamiento.

Ella no es propiamente una contra cautela, sino una cautela sustituyente, que no implica ningún elemento de contraposición, sino de

⁴⁶ S. Jimenes S.: Medidas...op. cit., pp.322

⁴⁷ R. La Roche.: Medidas Cautelares... op. Cit., p.281

sustitución, porque los eminentes efectos de la medida preventiva, son suplidos y obviados por la caución que se ofrece y constituye de manera eficaz. Su relación de instrumentalidad se refiere, pues, a la ejecución forzosa posterior al fallo, en la hipótesis que esté sea estimativo de la demanda; a diferencia de la medida de contra cautela que está pre ordenada a un eventual y futuro juicio de responsabilidad civil. Para ser efectivo el pago que garantiza la contra cautela es preciso un juicio autónomo que solo podrá dilucidarse cuando termine el actual, y para la cautela sustituyente basta proceder a la ejecución de la sentencia condenatoria del juicio del cual se ofreció.

En el mismo orden de ideas el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil⁴⁸ establece:

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

Para los fines de esta disposición sólo se admitirán:

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

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

3° Prenda sobre bienes o valores.

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

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

En base a estos artículos se puede precisar que en el caso de que al demandado le decreten una medida, bien sea de embargo o prohibición de enajenar y gravar, el mismo cuenta con la posibilidad de suspender los efectos de las mismas, mediante el caucionamiento o las garantías respectivamente señaladas en el artículo 590 del Código de Procedimiento

⁴⁸ Código de Procedimiento Civil:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

Civil, a saber: fianza, hipoteca, prenda y consignación de una suma de dinero.

Explica Salas que el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil no deja lugar a dudas cuando expresa que la caución o garantía constituida es: “para responder a la parte contra quien se dirigida la medida de los daños y perjuicios que esta pudiera ocasionarle”. Lo que es válido para la fianza es válido para las demás garantías sustitutivas referidas.

La Roche sostiene que “la caución o garantía suficiente” mencionada en el artículo 589 del referido Código, es una medida cautelar por si misma, es decir, una cautela sustituyente porque implica un elemento de sustitución y que no es una contra cautela en virtud de que ésta se presenta como condición de procedibilidad en la vía del caucionamiento. Mientras que Salas señala que las garantías sustituyente es lo que se conoce en la doctrina como contra cautela, asumiendo que es lo mismo, pero la jurisprudencia venezolana concuerda con la posición del Doctor La Roche.

2.7. Contra Cautela.

Luis Álvarez Juliá⁴⁹ explica que la contracautela es la garantía que deben aportar aquellos que solicitan alguna medida cautelar, para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran generar por la traba de ella en el supuesto de haber sido decretada indebidamente.

Asimismo señala respecto a su función que tratándose de medidas cautelares, las provisiones de la ley han debido contemplar un problema que es de responsabilidad reciproca de las partes. Para asegurar a una de ellas la posibilidad de hacer efectiva la que podrá corresponder a la otra por el contenido de la condena que eventualmente dispondrá la sentencia, instituye

⁴⁹ Luis Álvarez Juliá Germán: Manual de Derecho Procesal 2da edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 428-429

las medidas precautorias, la cautela; pero como ellas deben ser emitidas sin cognición exhaustiva previa, el ejercicio indudablemente, abusivo de esta facultad ha de tener un límite preventivo, porque las medidas cautelares son gravosas y en ocasiones pueden producir muy serios perjuicios materiales y morales, en cuanto inmovilizan parte del patrimonio y desprestigian; de allí la exigencia de la llamada contracautela, la cautela que la ley toma contra quien pide la cautela.

En este sentido explica que una de las causas que más han diluido la determinación del concepto de las medidas precautorias autentica es dejar de advertir que no es suficiente que una medida persigue seguridad para que únicamente por esa razón quede automáticamente convertida en medida cautelar en sentido procesal. Ocurre, en este caso un hecho semejante: la contracautela tiene en miras la seguridad, pero no exige verosimilitud del derecho (si la tuviera el demandado no procedería la medida precautoria), ni se funda en el peligro en la demora, ni tiene la menor relación con el proceso principal incoado o a iniciarse; en otros términos, carece de toda autonomía conceptual y estructural.

CAPÍTULO III. Función del Poder Cautelar del Juez en el Procedimiento Civil Ordinario.

3.1. Poder Cautelar General del Juez

En referencia al Poder Cautelar General del Juez, Ortiz⁵⁰, lo concibe como:

“El poder cautelar general aludido a la facultad preventiva concedida a los jueces en orden a evitar no solo que el fallo principal quede desprotegido con la consecuente situación de quedar ilusoria la ejecución de la sentencia, sino también y fundamentalmente para evitar que el transcurso del proceso, una de las partes pueda causar un daño a los derechos de la otra”.

Bajo esta óptica del autor, se concibe al Poder Cautelar General, como un verdadero amparo dentro del proceso, por circunstancias previas al mismo o sobrevenidas en el transcurso del juicio. De allí se puede indicar

⁵⁰ R.Ortiz O.: *El Poder Cautelar General y las Medidas... op. Cit.,p.385*

que el poder cautelar le permite al Juez, en cada caso concreto, buscar la medida más ajustada al asunto que se trate, en aras para asegurar las resultas del proceso y que de esta manera, se asegure la decisión emanada del órgano jurisdiccional, así como también, el decreto de medidas cautelares ya establecidas en la ley.

Concretamente en el área procesal, se afirma que el Poder Cautelar del Juez es aquella facultad que le permite decretar medidas de carácter preventivo para asegurar las resultas del fallo y a su vez, alcanzar la tutela judicial efectiva. Al respecto nos dice el autor Jesús González Pérez⁵¹:

“La tutela jurisdiccional no será efectiva si, al pronunciarse, la sentencia resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión. La lentitud de los procesos puede dar lugar a que, cuando llegue la decisión carezca de sentido. De allí la necesidad de arbitrar medidas “medidas cautelares” que aseguren los efectos de la sentencia, lo que se trata es de establecer unos instrumentos que garanticen frente a este riesgo, por lo que las medidas cautelares tiene carácter accesorio respecto a otro proceso al que se atribuye carácter principal.

Si, por no adoptarse una medida cautelar, al llegar la sentencia la situación contraria al Ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso es irreversible, se habrá lesionado la tutela judicial”.

Esta facultad preventiva le está dada al juez en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, al tener éste la potestad de decretar medidas cautelares, poder cautelar que está implícito en la función jurisdiccional, y se cumplen de manera determinada a través de las medidas cautelares típicas o de manera indeterminada, mediante las medidas innominadas ,las cuales ya han sido apuntadas en el presente trabajo de investigación.

También reseña Podetti respecto al poder cautelar de los jueces, sea en virtud de facultades que le corresponda por su ministerio, sea por la aplicación analógica de la ley, que éstos pueden proveer medidas especiales, no exclusivamente previstas, sea por así haberlo solicitado los litigantes, o en sustitución de una expresamente pedida, y pueden conceder otra expresamente predicha en la ley, en lugar de la pedida. Como también, cuando es otorgada la cautelar sin señalar su especie el juez, quien puede

⁵¹ J. González P.: *El Derecho a la tutela... op. cit.,p.369*

acordar la que más convenga al caso, es decir, el fin de seguridad perseguido, con menor daño del interés contrario o de terceros.

Lo que destaca el maestro Podetti, es la exaltación de la función del juez en materia cautelar, que es prudente y cierta. Razón por la cual las medidas cautelares se hacen necesarias, en especial, las medidas innominadas sobre las cuales se crea el derecho a una situación particular y el juez dicta el ejecútese de la misma, con el fin de no afectar a quien tenga la razón dentro del proceso y el perdidoso no se vea obligado a tomar la justicia por su propia mano, existiendo organismos jurisdiccionales que como función son los encargados de dirimir las controversias suscitadas.

Por todo lo expuesto, se comprende que las medidas innominadas consisten, en autorizaciones o prohibiciones de realización de determinados actos por una de las partes en juicio o la eliminación de actos lesivos, como se desprende en la parte final del Parágrafo Primero del artículo 588 de la norma adjetiva.

Es por ello que el juez se encuentra en el deber de hacer uso de sus facultades como director del proceso tal como lo señala el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, las cuales les han sido otorgadas por el Estado, para que haga justicia en su nombre y no exista la posibilidad de que quede ilusorio el fallo, de manera que no exista la posibilidad de que le cause un gravamen irreparable o de difícil reparación al derecho de una de las partes en el proceso, por ello los jueces en los actuales momentos, poseen facultades amplias y suficientes en cuanto a materia cautelar se refiere, con el objetivo de que el justiciable tenga acceso a la tutela judicial efectiva y el justiciero, mantener el Estado de Derecho y hacer efectivo dicho derecho.

Haciendo un estudio y una valoración adecuada del caso concreto ,para dictar la medida que más se adecue al caso puesto bajo la

consideración del Juez, por esto no es válido hablar de poder general cautelar, sino un poder cautelar general, definido por Ortiz⁵², como:

“El poder cautelar general se concibe como una institución propiamente cautelar en el sentido que está preordenada a la preservación del fallo definitivo del juicio principal y por ello mismo puede concebirse como una verdadera garantía procesal de las partes en litigio. Esto es el resultado de pensar que la tutela preventiva de la cual la tutela cautelar es sólo una de sus múltiples manifestaciones, y permite diferenciar las medidas cautelares innominadas de otro tipo que son de prevención de un bien a la vida diferente; como la familia, el patrimonio conyugal, los niños y adolescentes, entre otros”.

Es decir el poder cautelar general, puede ser visto como la facultad preventiva concedida a los jueces en orden a evitar no solo que el fallo principal quede desprotegido con la consecuente situación de quedar ilusoria la ejecución de la sentencia, sino también y fundamentalmente para evitar, que en el transcurso del proceso, una de las partes pueda causar un daño a los derechos de la otra; encontrando su materialización práctica en la institución de las medidas innominadas.

Al respecto ha señalado el Juzgado Superior Civil Y Contencioso Administrativo De La Circunscripción Judicial De La Región Los Andes Barinas, Sentencia⁵³ de fecha 10-10-2011 (Hender Adrián Laguado Torrado)

“(…)Pasa este Tribunal Superior a pronunciarse sobre la suspensión de efectos solicitada y al respecto se observa: en sede jurisdiccional, se reconoce la existencia de un poder cautelar general del juez, el cual tiene su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Derecho, del cual como bien lo señala ORTIZ ALVAREZ: “puede extraerse sin dificultad otro derecho que, por tanto, adquiere el mismo rango constitucional: el derecho de los ciudadanos a una protección cautelar efectiva”. (Ortiz-Álvarez, Luis A.: La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo. Colección Tratados y Estudios de Derecho Comparado N° 1. Editorial Sherwood. Caracas. 1999. p. 26)…”

“...En cuanto al poder cautelar general del Juez ha señalado la doctrina patria que el mismo es parte de la competencia de los jueces de decidir y ejecutar lo decidido, no resultando “imperioso para los juzgadores, entonces, atenerse a la consagración expresa en disposiciones legales de medidas cautelares para poder hacer uso, dentro de los estrictos términos en ellas contempladas, de providencias provisionales que garanticen la efectividad plena del fallo”. (Canova González Antonio: Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano. Editorial Sherwood. Caracas. 1998. p. 277). En este sentido, “sostuvo el máximo intérprete de la Constitución española que las medidas cautelares forman parte de un poder general de los jueces, quienes podrían decidir libremente la clase y naturaleza de providencias a ser dictadas en determinado proceso, siempre que tengan éstas por norte la efectividad del fallo principal y que sean respetados los requisitos pertinentes” (Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de abril de 1999 citada por A. Canova G.: Reflexiones para la Reforma... op. cit., p. 276). Asimismo, nuestra jurisprudencia patria en sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 00662 de fecha 17 de Abril de 2001, caso Sociedad de Corretaje de Seguros Casbu, C.A., estableció que “(...) todo Juez, por el hecho de tener la potestad de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, ostenta un poder cautelar general que le

⁵² R.Ortiz O.: *El Poder Cautelar General y las Medidas... op. Cit.*,p.384

⁵³<http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/octubre/800-10-8564-11-.html>

permite tomar cualquier medida cautelar que resulte necesaria para la eficaz ejecución de lo juzgado (...) el Juez tiene un 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”(...)

3.2. Características del Poder Cautelar General del Juez

a) Se define como un poder- deber: pues este poder cautelar general del Juez debe ser utilizado para evitar infracciones al ordenamiento jurídico de un estado, al respecto Ortiz⁵⁴, señala que dado que el Estado de Derecho es el sistema de protección diseñado para la defensa de los derechos y las libertades de los ciudadanos, y si, por otra parte las medidas cautelares es una de las principales maneras de defender el Estado de Derecho, puede afirmarse entonces, que una de las funciones de los jueces es evitar que se infrinja el sistema de derechos y libertades de los ciudadanos y la propia majestad de la justicia.

b) Es de carácter preventivo y no satisfactivo de la pretensión de fondo: El poder cautelar se vincula con la protección de la futura ejecución del fallo y la efectividad del proceso, y por ello, no tiene nunca un carácter restablecedor sino estrictamente preventivo, siendo esta la justa diferencia entre el procedimiento cautelar y el procedimiento de amparo.

c) Significa un verdadero acto de creación del derecho: señala el aludido autor, que puede existir para cada daño o lesión una medida que se adecue a su entidad en orden a prevenir su acaecimiento.

d) Protege los derechos subjetivos de las partes en un proceso y, además está al servicio de una justa y adecuada administración de justicia: Para el desarrollo de este punto se debe tener en cuenta que las cautelas no responden a un capricho de las partes o del juez, antes bien, constituyen

⁵⁴ R. Ortiz.O.: *Las Medidas Cautelares...op. cit.*, p.8 y ss

para las partes un derecho o una petición y para el juez, un deber cuando se han demostrado los requisitos de procedibilidad de las mismas.

En esta última característica, signada con la letra d es necesario realizar la siguiente observación, se han observado procedimientos jurisdiccionales en las cuales las partes han demostrado los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares y no obstante el juez, no las decreta, lo que podría traducirse, según la doctrina y la jurisprudencia patria, como un acto de denegación de justicia, ya que si realmente están probados los extremos de procedibilidad el juez está en el “deber de decretarlo”.

Pues este poder cautelar está investido de una discrecionalidad dirigida por el legislador, esto quiere decir, que el ordenamiento jurídico positivo en este caso el Código de Procedimiento Civil, establece los parámetros (fomus bonis iuris, fomus periculum in mora y el peligro en el daño en el caso de las medidas innominadas), para que el juez decrete las medidas solicitadas por las partes. En atención a el texto expuesto en el artículo 588, del instrumento jurídico aludido, establece:

“Además de las medidas anteriormente enumeradas y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Juez podrá decretar las providencias cautelares que considere adecuadas...”

Se puede apreciar del texto del artículo up supra, que se utiliza el término “podrá” por lo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del mismo instrumento legal, se evidencia que cuando la ley dice expresamente puede o “podrá” se entiende que es una potestad para el juez, que lo habilita para obrar según su prudente arbitrio, debe asomarse lo equitativo y racional en atención a la justicia y a la imparcialidad que debe ser el norte de la Administración de justicia, pero esta discrecionalidad racional solo es aplicable a verificar los requisitos exigidos por la norma para decretar la medida, entiéndase que no es una facultad pura que permita a el juez rechazar la petición de la medida, sino que deben existir los requisitos de procedencia planteados por parte del solicitante y el juez analizar su comprobación.

3.3. Clasificación del poder cautelar general

La clasificación del poder cautelar dado al juez como director del proceso, está vista por la naturaleza de las medidas cautelares preventivas que puede dictar éste en aras del buen fin del proceso. Al analizar la clasificación del poder cautelar debe mencionarse que según Ortiz⁵⁵, quien expone la clasificación del poder cautelar de la siguiente manera: típico o especial, determinado o específico y atípico o general.

En cuanto al poder cautelar típico especial, determinado o específico se refiere, el citado autor, a aquel poder cautelar en el cual la posibilidad que los órganos jurisdiccionales pueden dictar las medidas preventivas cautelares en orden a la eficacia y efectividad de un proceso al final del mismo.

Aclara el jurista, que no siempre se presenta de la misma manera, ya que dependiendo de su finalidad y amplitud, pueden ser típicos o especiales y atípicos o generales. La relación entre uno y otro va a depender de la tipicidad o especialidad del procedimiento y la determinación legislativa de su contenido.

Cuando se trata de especialidad por su contenido, Ortiz afirma que la propia ley determina el contenido de la medida, finalidad y límites y su alcance comprende, todas aquellas medidas que en doctrina se han denominado “determinadas”, e incluyen las medidas típicas de todos los procedimientos especiales.

En cuanto al poder cautelar general, caracterizado por especialidad en el procedimiento, se denomina típico precisamente porque su procedencia depende la previa existencia de una norma que lo permita en determinado procedimiento, es decir, la tipicidad corresponde con la especialidad de la

⁵⁵ R.Ortiz O.: *El Poder Cautelar General y las Medidas... op. Cit.*,p387-389

materia dentro de la cual el legislador ha considerado conveniente la previsión de medidas cautelares.

Estas medidas cautelares típicas o especiales también pueden señalarse que son “determinadas” o “específicas” por cuanto la propia ley establece el contenido de la medida que se establece ante supuestos especiales de estricto cumplimiento.

Ahora bien, el poder cautelar atípico o general para el mencionado autor, es una verdadera institución procesal, se trata de una generalidad determinada por los diferentes tipos de medidas cautelares que su ejercicio pueda comportar, pues lo que es general no es el poder sino las cautelares ya que el poder cautelar implica la potestad reglada y el deber que tienen los jueces para evitar cualquier daño que se pretenda como probable en perjuicio de las partes, así como en detrimento de la majestad de la justicia.

Esta modalidad de las cautelas se denomina atípicas por cuanto su contenido no está expresamente regulado en la ley, sino que se deja a la parte la creación “ad hoc” de la medida más adecuada y pertinente y al juez su evaluación. Para que estas medidas puedan ser decretadas deben cumplir con los requisitos legalmente establecidos (humo del buen derecho, peligro en la mora, peligro del daño) dichos requisitos deben ser evaluados por el juez bajo una discrecionalidad racional ya atendida por esta investigación. Este poder cautelar general, Ortiz⁵⁶, lo divide en:

- Generalidad Material: deriva la no determinación del contenido de la medida, es decir el legislador sabiamente ha dejado a las partes la determinación de la medida que mejor se adecue a su necesidad de protección, y cada modalidad de daño que pueda presentarse durante el proceso, pues no se trata de un catálogo de medidas previamente establecido por el legislador sino de profunda creación judicial de derecho

⁵⁶ R.Ortiz O.: *El Poder Cautelar General y las Medidas... op. Cit.*,p.389-390

por parte del juez en tanto que el juez mide cada situación en concreto y determina la orden jurisdiccional más adecuada para regular la conducta de las partes en el marco de un proceso, sea prohibiendo la conducta que se ha denunciado como lesiva, sea autorizando al solicitante para que despliegue una conducta destinada a evitar el daño.

- Generalidad Formal: Atiende al hecho que las cautelas innominadas pueden aplicarse a cualquier tipo de procedimiento, haya o no una remisión expresa al Código de Procedimiento Civil, atendiendo a que una de las características de las medidas cautelares típicas, es que no pueden dictarse sino con el contenido y en los procedimientos que previamente el legislador ha definido, pues bien, las cautelas innominadas (poder cautelar general) rompen con esta limitación y en consecuencia pueden dictarse en cualquier tipo de procedimiento.

Se puede aseverar, que el poder cautelar, va a radicar en la naturaleza de los hechos, pues el juez los analiza y valora para dictar la medida que se adecue al caso planteado cuando las medida típicas establecidas por el Código de Procedimiento Civil no cubran las expectativas para asegurar la ejecutoriedad del fallo del juicio principal, al cual debe su instrumentalidad.

3.4. Finalidad del Poder Cautelar General del Juez en el Procedimiento Civil ordinario

Atendiendo a esta finalidad Carnelutti, distingue el llamado proceso cautelar instrumental y proceso cautelar final, el primero tiene que ver con la garantía de los medios del proceso definitivo (secuestro judicial, proceso de instrucción preventiva, secuestro conservativo); y los segundos sirven para

garantizar la practicidad del proceso definitivo. Por su parte Ortiz⁵⁷, nos habla de una finalidad mediata e inmediata.

Así pues, la finalidad mediata consiste en garantizar el ejercicio de la jurisdicción, tanto en los derechos de los particulares, como en la función del Estado, y así cumplir con las exigencias de un verdadero Estado de Derecho, cuyas normas no solo sean vigentes y duraderas, sino fundamentalmente eficaces, como lo expone Peyrano citado por Ortiz, “el valor de la eficacia no es otra cosa que la traducción axiológica de una realidad que pasa desapercibida, el proceso es un organismo teleológico, pensado por y para el valor, justicia”.

Es decir, con el decreto de las medidas por parte del juez lo que se busca es asegurar la majestad de la justicia y plenitud del Estado de Derecho, persiguiendo la justicia desde el punto de vista de la colectividad y la existencia del Estado. Además debe estar en perfecta concordancia con lo que se ha denominado causa mediata de las medidas, esto es, “el peligro en la demora” de la sentencia definitiva sobre el fondo.

Finalidad Inmediata, esta función afecta a la parte solicitante de la medida, y que constituye la justicia en concreto del caso particular, evitar el daño o hacer cesar la continuación de la lesión a través de un mandato del Juez de hacer o no hacer, es decir, el órgano judicial autoriza o prohíbe la ejecución de ciertos actos que menoscaban los derechos de la parte afectada.

Concluyéndose que la finalidad del poder cautelar del juez, se traduce que haciendo uso de su majestad y de las potestades otorgadas por el Estado en razón de su investidura, dicta las medidas destinadas a asegurar las resultas del juicio y así hacer efectiva la tutela judicial efectiva como

⁵⁷ Rafael Ortiz Ortiz: “Las Medidas innominadas en el Proceso Civil Venezolano” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 94. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1995, pp. 30-32.

derecho de los particulares, cuyo único fin es mantener el orden social y el Estado de Derecho al que están llamados como órganos de justicia.

Para, Parés Salas, Alfredo⁵⁸, en su estudio sobre “El juez único, Tutela judicial efectiva y protector cautelar inmediata”, plantea que para prevenir el “buen fin del proceso” y la consecución de la justicia, las medidas cautelares deben ser efectivas. Para ello, estas medidas deben poder asegurar el congelamiento inmediato de la situación que se pretende tutelar, *litis pendente nihil innovetur*” o el veloz adelantamiento de ciertos efectos del fallo de fondo, indispensables para la realización de la tutela judicial efectiva.

Puntualiza, el citado autor, que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas. Ellas, son sólo un instrumento cuyo principal objetivo es asegurar la eficacia del proceso principal y, consecuentemente, de la sentencia definitiva. De allí deriva su denominado carácter de instrumentalidad. Para parte de la doctrina, por ejemplo la del jurista La Roche, es en esta nota donde radica su esencia, ya que los demás caracteres, tales como la provisionalidad, la flexibilidad, y la urgencia, entre otros, no son más que consecuencias de esa instrumentalidad.

Habrà de afirmarse entonces, que es el elemento teleológico el que determina la efectividad de las medidas cautelares: solo en la medida en que la protección cautelar responda al cumplimiento de su finalidad, será efectiva y por ende, realmente instrumental.

Por argumento en contrario, Parés Salas indica, que cuando las cautelares no responden a ese fin, esto es, no aseguran la eficacia de la sentencia, sencillamente se desnaturalizan, dejan de ser instrumentales y, en consecuencia, pierden su razón de ser y existir.

Para que esto no ocurra, dos factores claves deben de coexistir. Estos dos factores son esenciales para determinar la efectividad de la

⁵⁸ Revista de Derecho Público Administrativo N° 15 mayo-diciembre 2002, Editorial Sherwood

protección cautelar, debido a que inciden de manera directa e inmediata en el cumplimiento de su finalidad y conllevan la verificación del elemento teleológico al que se hace referencia. En primer lugar, su contenido *flexibilidad* y en segundo lugar, su celeridad, *urgencia*. Si las cautelares no son expeditas e integrales, su protección no puede ser nunca efectiva y, por ende, no le será dable cumplir su objetivo.

Más adelante señala el citado autor, que en el ámbito de las medidas cautelares, la incidencia de la tutela judicial efectiva es palpable y tiene dos focos centrales: La amplitud de los poderes del juez y la celeridad con que deben ser dictadas

Canova González⁵⁹, Antonio, en su obra “Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional” sostiene al respecto “...no hay discusión alguna, en la actualidad, de la conexión plena entre el derecho a la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares, sean estas anticipadas o conservativas. Estas han quedado constitucionalizadas de forma tal que...los jueces están en la obligación de adoptar tales providencias provisorias, cualquiera que fuera idónea, para atestiguar la efectividad plena de sus sentencias...”

Concluye Parés Salas, que resta únicamente recordar, una vez más que la amplitud de las medidas cautelares garantizan su efectividad. La oportunidad en que estas son dictadas es tan importante como su contenido. La lucha por el desarrollo del poder cautelar general del Juez no debe olvidar nunca que ese poder ha de ser ejercido velozmente, caso contrario, de nada servirá.

Quien investiga, apuesta, en pro de preservar el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva al justiciable, continuar lidiando a que la celeridad de las medidas cautelares se materialicen e inquirir los

⁵⁹ Revista de Derecho Público N° 7, Editorial Sherwood, Caracas

mecanismos apropiados que conlleven a facilitar al Juez el decreto expedito de la medida cautelar.

CAPÍTULO IV. Necesidad de lograr la tutela judicial efectiva en las peticiones dirigidas por los particulares al órgano jurisdiccional.

4.1. Derecho a la Tutela Jurisdiccional.

A los fines de que se tenga mayor visión del derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Comparado, se hace conveniente transcribir algunos artículos de Constituciones extranjeras, cuyo premisa determinante es el derecho del justiciable de acceder a los órganos jurisdiccionales sin más formalismo que la de cumplir con los requisitos de procedencia para hacer valer sus derechos e intereses jurídicos.

Se registra la Constitución española, su artículo 24, señala:

Artículo 24. "Todas las personas tienen el derecho de obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión."

La Constitución italiana, reseña en sus artículos 24 y 113 lo siguiente:

Artículo 24. "Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales."

Artículo 113. "Contra los actos de la Administración Pública se dará siempre la protección jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante cualesquiera órganos judiciales ordinarios o administrativos. Dicha protección jurisdiccional no podrá quedar excluida o limitada a medios determinados de impugnación o para determinadas categorías de actos. La ley especificará los órganos jurisdiccionales con facultad para anular los actos de la Administración Pública en los casos y con los efectos previstos por la ley misma."

Como se puede observar, en la legislación comparada transcrita, el legislador consagró el derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser

eficaz en todo Estado democrático que impere la justicia como principio fundamental y como Estado de Derecho.

Ahora bien , el Derecho a la Tutela judicial Efectiva, en Venezuela se remonta a la Constitución del 1961, consagrado en el artículo 68 el cual era del tenor siguiente:

Artículo 68: "Todos pueden usar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones de la Ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso."

En la Constitución del 1999, este derecho se encuentra establecido en forma explícita en su artículo 26, consagrando también un conjunto de normas que garantizan el ejercicio pleno y efectivo de ese derecho en forma homogénea, a saber:

Así se tiene que Venezuela se constituye en un estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. Lo que en todo su contexto establece el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En éste mismo sentido, el artículo 3 ejusdem, anuncia los Fines del Estado, cuando afirma, que el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

Por otra parte, el artículo 19 del Texto Constitucional, a su letra regula la garantía de los Derechos Humanos, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce, y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de este derecho.

Así como también, la posibilidad cierta de la nulidad de los actos estatales violatorios de los derechos, recogido en la norma constitucional del artículo 25.

Y por supuesto el derecho a la defensa y al debido proceso, artículo 49 eiusdem, que las consecuencias de ese derecho es extensiva a sede administrativa, concatenado dicha normativa con el contenido del artículo 257 y 334 eiusdem. La primera define el proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia y el secundó artículo señalado, la obligatoriedad judicial de asegurar la integridad de la Constitución.

Por su parte Carlos Urdaneta Sandoval⁶⁰ cita Brewer Carías quien explica que en Venezuela, rige un Estado social y democrático de derecho y de justicia conforme a los términos del artículo 2 de la constitución vigente de 1999. Se ha dicho que el **Estado democrático** es lo que fundamenta toda la organización política de la nación en los principios fundamentales, lo cual se inicia por el ejercicio de la soberanía mediante el mecanismo de la democracia directa y participativa; el **Estado social** es aquel que tiene por objeto la búsqueda de la justicia social, que lo lleva a intervenir en la actividad económica como **Estado prestacional**; Estado de derecho es el que esta sometido al imperio de la ley, vale decir, a la legalidad, lo cual se vincula con el principio de supremacía constitucional (art. 7 de la constitución), con el sometimiento de los órganos del poder publico a la constitución y a las leyes (art. 137 eiusdem), a los sistemas de control de la constitucionalidad (art. 334 y 336 eiusdem); **Estado de justicia** es el que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, lo que le lleva

⁶⁰C. Urdaneta S.: las medidas cautelares ... op. Cit., p.25

a prever de manera expresa el principio de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia.

El Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 00659⁶¹ del 24 de marzo del 2000, Sala Política Administrativa, caso Rosario Novel en contra de la Resolución N° 614 de fecha 09 de noviembre de 1999, dictada por la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura y la Comisión de Emergencia Judicial señala sobre la concepción del Estado de Justicia:

“existe un nuevo paradigma en cuanto a los valores y principios constitucionales que se vinculan a la justicia como hecho social, político y democrático. Esta nueva concepción de estado de justicia trae consigo no tan sólo una transformación orgánica del sistema judicial (artículo 253 y 254 de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también un cambio por la razón íntima que cada ciudadano, y especialmente el Juez (...).

“en este sentido el Juez, a quien se le reclame y exige Justicia, debe ser igualmente un producto de un hecho democrático que establezca un vínculo de afinidad entre la sociedad que exige y el poder que interpreta los valores y principios constitucionales para alcanzar los fines del Estado. Así, es el Juez quien debe amparar y tutelar en nombre de la república y como expresión soberana del pueblo a quien pide restablecimiento de la situación jurídica, es el quien tutela y armoniza los derechos e intereses con los fines del Estado (artículo 26 y 27 de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela), y está obligación la identifica la constitución con el Juez cuando lo obliga a asegurar la integridad de la constitución, y por ende, le da potestad de desaplicar las normas que colidan con el texto constitucional. (Artículo 334 de la constitución de la república bolivariana de Venezuela)”

Por su parte Ricardo La Roche⁶² expone que la justicia el bien común, la dignidad y la libertad del hombre han sido erigidos como fines últimos del Derecho positivo; presuponiendo la necesidad de lograr la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva; así pues en normativa patria, aglomera una serie de articulados que en conjunto, proporcionan la garantía de que verdaderamente el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva se manifieste en las pretensiones del justiciable.

⁶¹ Sala Política Administrativa N°00659 , 24 de marzo del 2000, (Rosario Novel) , disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00659-240300-0015.htm>

⁶² Ricardo Henrique la Roche: medidas cautelares según el Código de procedimiento Civil, Caracas, Ediciones Liber 2000, p21

4.1.1. Concepto.

Una de las formas de garantizar el mencionado “Estado de Derecho”, es a través de los órganos jurisdiccionales, como parte de los órganos del Poder Público que están llamados a mantener dicho “Estado”; así pues el maestro González Pérez⁶³ nos menciona en referencia a la tutela jurisdiccional lo siguiente:

“El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”

Así también, el autor Molina Galicia René⁶⁴, expresa que cuando la Constitución vigente consagró la garantía de la tutela judicial efectiva, amplió y consolidó el concepto de acción, que ya no se queda en lo que en el pasado se conoció como la enunciada garantía “*del derecho de petición*”, sino que va mucho más allá porque la tutela judicial efectiva garantiza el cabal ejercicio de todos los derechos procesales constitucionalmente establecidos, que van desde el acceso a la justicia, hasta la eficaz ejecución del fallo.

Agrega el nombrado jurista, que la tutela judicial efectiva no garantiza el derecho de obtener una sentencia favorable, pero sí, a que la misma sea acertada, es decir que no sea jurídicamente errónea; igualmente garantiza la ejecutoriedad de las decisiones judiciales.

Así también, el mencionado autor, citando a Chamorro Bernal, Francisco; señala que la tutela judicial efectiva es una garantía predominantemente formal o procesal que participa del carácter progresivo del proceso. Sobre lo dicho, por los citados autores, Molina analiza y concluye que para éste, la tutela judicial efectiva en sentido estricto es el

⁶³ Jesús González Pérez: *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Madrid, Editorial Civitas. 2001, p. 33

⁶⁴ René Molina Galicia: *Reflexiones Sobre una Visión Constitucional del Proceso y su Tendencia Jurisprudencial*. Caracas, Ediciones Paredes. 2002, pp. 187y ss

derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos haya planteado ante los órganos judiciales. Concluyendo que, el artículo 26 de la Constitución de 1999, que consagra el derecho de acceso a la justicia, es a través de esa norma, que el derecho procesal venezolano se incorpora a la problemática central del proceso judicial contemporáneo, la palabra clave de esta nueva concepción social de la justicia y de la ley, es la efectividad del acceso.

Acceso para todo el Sistema Legal, para sus derechos, libertades y beneficios. Prosigue el autor, acceso a los instrumentos incluyendo a los tribunales ante los que se pueden hacer valer aquellos derechos, libertades y beneficios, en forma significativa y eficaz, en fin de lo que se trata es de hacer el proceso más humano, lo que implica un cambio de perspectiva en donde el proceso ya no es visto en función del juez o de los estudiantes del Derecho sino desde la óptica del justiciable, de la ley y de la justicia, por lo que afirma que se se está en un cambio de paradigma.

Otra opinión es la del autor Juan José Ávila⁶⁵, quien acierta que el derecho a la tutela judicial efectiva, es el derecho fundamental que tiene todo justiciable a que el Estado tutele sus intereses de forma efectiva a través de los órganos que ejercen la potestad-función jurisdiccional, es lo que la doctrina junto con la jurisprudencia ha denominado el derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Persiste el autor señalando, que el estudio de éstas, como derecho fundamental es considerado de suma importancia, pues en torno a él gira una amplia gama de derechos que no vienen a ser otra cosa, sino la manifestación de la tutela judicial efectiva “*in concreto*”

⁶⁵ Juan José Ávila: “Jurisdicción Contencioso Administrativa y tutela judicial efectiva”. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17. Caracas. Editorial Sherwood, 2003, p. 48

Pues a través de ella (la tutela judicial efectiva) se persigue la justicia, siendo ésta uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe seguir, pues su realización constituye la misión primordial de la actividad de cualquier Estado.

En este sentido señala el autor Jesús González Pérez⁶⁶ citando a Gusap refiriéndose a la tutela jurisdiccional lo siguiente que:

“(...) sin temor a equívocos es una exigencia derivada inmediatamente del Derecho Natural la que impide al Estado desentenderse del problema si existen o no en el conjunto de sus actividades algunas dirigidas fundamentalmente a la realización de la “justicia” como valor. No es difícil por tanto deducir de esta exigencia evidente del Derecho Natural la existencia en conjunto para los súbditos de un Estado, de un auténtico derecho subjetivo a que el Poder Público se organice de modo que los imperativos de la justicia queden por lo menos en cierta medida, satisfechos sin que pueda acogerse en esto una respuesta negativa pretextando las dificultades que el reconocimiento y la garantía de tal derecho subjetivo llevaría consigo”.

De lo citado se desprende que el maestro Gusap, nos dice que el proceso no es el único medio que tiene el Poder Público para realizar tal misión, pero al acudir a la institución procesal de los órganos jurisdiccionales, debe atenerse a ello y éste se encuentra en la obligación de poner a disposición de los justiciables los medios necesarios para lograr la justicia buscada por ellos al acudir de manera activa ante los Tribunales del Estado. En nuestra Carta Magna los artículos 26 y el 51 establecen ese Derecho a la Tutela Judicial.

Estos artículos, anteriormente citados contemplan el derecho de todos los ciudadanos a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional, al analizar la tutela jurisdiccionales menester mencionar que no solo supone el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que comporta también, la obligación que tiene la administración de justicia, con respeto del derecho constitucional de igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución Nacional que establece la obligación de decidir una controversia de una manera imparcial y equitativa.

De igual manera señala Bello Tabares⁶⁷ aludiendo al profesor Rodrigo Rivera, que el derecho a la tutela comprende el derecho a ser oído por los

⁶⁶ Jesús González Pérez.: *Derecho a la Tutela Jurisdiccional...op.cit.*, p. 33

órganos de administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses en los términos y condiciones establecidos por la ley, correspondiéndole la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, a cualquier persona venezolana o extranjera.

Este derecho a la tutela judicial está integrado por una serie de principios dentro de los cuales se destacan: a. Libre acceso a los juzgados y tribunales (artículo 26 de la Constitución de Venezuela) b. Derecho de toda persona a dirigirse a los órganos jurisdiccionales con la pretensión de que actúen (artículo 26 de la Constitución de Venezuela). Así mismo, Bello Tavares⁶⁸ alude a Ortiz Álvarez, quien define la Tutela Judicial efectiva como:

“Es la esencia de todo estado de derecho el que los ciudadanos tengan derecho a que se les haga justicia en el entendido que esa justicia sea efectiva, pues resultaría ilógico pensar que los ciudadanos tienen derecho a una justicia ineficaz. Puede que en la práctica alguien pueda decir que los ciudadanos tienen derecho a una justicia ineficaz. Puede que en la práctica alguien pueda decir que cuando los ciudadanos acuden a los tribunales están ejerciendo un derecho a la injusticia que a la verdadera justicia, pues las limitaciones y concepciones jurisprudenciales restrictivas a todos los niveles del proceso, una especie de caricatura de justicia. Sin embargo, desde todo plano práctico y real puede decirse que en todo estado de Derecho los ciudadanos tienen un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”.

Por su parte el Tribunal Supremo de Justicia⁶⁹, con Ponencia del Magistrado Jesús E. Cabrera Romero, Sentencia N° 576, 27-4-2001 (María Josefina Hernández Marsán contra el Juez Superior Provisorio (Civil) Saúl Bravo Romero) ha mencionado en relación a la definición de tutela judicial efectiva lo siguiente:

“(…) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su

⁶⁷ Humberto Bello Tabares: *Tutela Judicial Efectiva*. 2da Edición. 1ra reimpresión. Caracas, 2009, pp. 48 y ss

⁶⁸ H. Bello T.: *Tutela Judicial...* op. cit., p. 49

⁶⁹ Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 576 Sala constitucional, Exp. N° 00-2794, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/576-270401-00-2794.htm>

pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades”(...).

El magistrado Jesús Eduardo Cabrera señaló en dicha sentencia que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho, la misma percepción la tiene el Doctor Simón Jiménez Salas⁷⁰ al considerar que la propia jerarquía del órgano jurisdiccional exige que sus decisiones puedan ser ejecutadas y que cuanto contiene una dispositiva sea efectivamente cumplida. Al simbolizarse la justicia se le vendió los ojos, señalando de esa manera que la misma no podía tener parcialidades. La justicia es ciega porque da la razón a quien la tiene, sin ver a quien, pero esa razón no puede ser abstracta, debe poseer la instrumentación para ejecutarla y debe incidir en un mundo de posibilidades.

El aparato judicial es complejo y su marcha supone tiempo, inversión, reflexión, y el principio mismo de confianza ciudadana, y ella no puede conducir a la inutilidad o a la sin razón. Es necesario que se ejecuten efectivamente las decisiones judiciales para que el equilibrio social pueda mantenerse. Es de humano, por excepción o por principio, buscar eludir el cumplimiento de obligaciones y corresponde al órgano especial del Estado, que es el Poder Judicial impedir conductas de ese género o evitar que se generalicen y se abuse de ella; para ello es necesario la protección de los derechos ciudadanos, y por ende, la factibilidad de ejecutar las decisiones judiciales.

En definitiva se puede decir, que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia;

⁷⁰Simón Jiménez Salas: Medidas cautelares, Caracas, Kelran Editores 1999, C.A. p. 19

derecho a obtener una decisión motivada, razonada, justa, congruente y que no sea jurídicamente errónea; derecho a recurrir de la decisión y derecho a ejecutar la decisión, por lo que si se amenazan o violan en el proceso judicial algunas de estas garantías o derechos, se vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva y consecuentemente el artículo 26 de nuestra Carta Magna.

4.1.2. Atributos.

a.- Derecho de acceso a los Órganos Jurisdiccionales

En el marco de la garantía o derecho de acceso a los órganos de la administración de justicia como parte de la tutela judicial efectiva, también se ubica el deber que tiene el estado de ofrecer jurisdicción y sobre todo proceso, pues si bien el derecho de acceder a la jurisdicción encuentra su constitucionalización en los artículos 26 y 51 de nuestra carta magna, pues este deber es consecuencia del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, ya que el estado en teoría mantiene el monopolio de la jurisdicción.

Siendo éste, el sujeto por excelencia dirimente de conflictos intersubjetivos y se afirma que es teóricamente, pues en la Constitución de 1999 donde se crea la justicia alternativa con los Tribunales de Paz, también existen la justicia arbitral, la conciliación, la mediación, estos son medios alternativos de solución de conflictos, igualmente de rango constitucional que aunque tienen una jurisdicción limitada, pues sólo tienen poder de conocimiento, documentación y decisión, careciendo del poder de ejecución, tienen el poder de resolver conflictos con la misma fuerza que los jueces del estado, respetando igualmente los derechos y garantías constitucionales.

Así pues afirma Bello⁷¹, que el estado y la justicia alternativa, donde se encuentra monopolizado el poder de jurisdicción, tiene el deber de prestar su labor, de resolver conflictos, de aplicar, en el ámbito de su competencia la ley en el caso concreto y decretar o declarar su voluntad, deber que se activa por el requerimiento del ciudadano que acude a ellos, mediante el ejercicio de la acción también pues es parte de ese derecho.

Luego, el ejercicio de la acción genera la obligación de la justicia, jurisdiccional –Poder judicial- y de la justicia alternativa –jurisdiccional pero no como parte del poder judicial pero sí del sistema de justicia- de emitir pronunciamiento de dar respuesta a la petición del ciudadano, de dar proceso y de ser el caso, dictar una decisión, fallo, laudo, o acuerdo vinculante que declare la voluntad de la ley o las partes según sea el caso.

b.- Confianza legítima en los órganos jurisdiccionales y especialmente en los jueces

Según Bello⁷², la confianza en el sistema de justicia, en el Poder Judicial, en los jueces de la República, también forma parte del derecho o garantía de acceso a los órganos de administración de justicia, del derecho de petición y consecuentemente del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que partiendo de la premisa que en teoría, el estado a través de su Poder Judicial mantiene el monopolio de la justicia para resolver la conflictividad de los ciudadanos, la falta de confianza en las instituciones, especialmente la Judicial, traería como consecuencia la ausencia de un árbitro en quien depositar la confianza para que de manera imparcial y objetiva solucione el problema intersubjetivo.

Ahora bien de no existir confianza en el árbitro judicial, si no existe confianza en el Poder Judicial y especialmente en sus jueces, puede traer como consecuencia que el ciudadano no tienda a resolver sus conflictos por

⁷¹ Humberto Bello: “Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales”.Caracas. Ediciones Paredes. 2009, pp. 87-88

⁷² H. Bello T.: “*Tutela judicial efectiva... op. Cit., pp.88-89*”

la vía jurisdiccional, lo que producirá una merma en el ejercicio del derecho de petición jurisdiccional que producirá un colapso del sistema; ocasionando que las personas acudan a los centros arbitrales a dirimir sus conflictos.

Luego, quien acude a estrados, quien pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional ejercitando su derecho de petición, es porque no solo tiene un problema que requiera la intervención de la justicia y del derecho, sino porque tiene confianza en que será resuelto de manera adecuada, y por jueces imparciales.

Así pues en criterio de Bello⁷³, quien conoce que el sistema judicial está colapsado, que el Poder Judicial no merece confianza, que las reglas del proceso no se respetan, que las soluciones no se obtienen en plazos razonables y principalmente que los jueces son, arbitrarios y parcializados en algunos casos, no se desgastará en un proceso utópico y sádico, en una justicia no responsable y confiable, no ejercitara su derecho de petición y consecuentemente quedara inerte el deber de jurisdicción, situación que a la postre llevara al sistema al caos social por volver a los tiempos de la Ley del Talión.

Un Poder Judicial respetable y sobre todo jueces respetables, debe ser el producto de un sistema de justicia donde el caos a los tribunales por los causes regulares sea efectivo, donde el pronunciamiento de admisión de la demanda, de la solicitud o de cualquier petición se haga en tiempo oportuno, debido, razonable, donde las decisiones se dicten en los tiempos establecidos en las leyes y que sean el producto de un estudio del caso donde se aplica la voluntad de la ley, previo el análisis de los argumentos contrapuestos, debatidos y según las pruebas aportadas, decisiones que deben ser democráticas con justicia y ajustadas a derecho garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷³ H. Bello T.: *“Tutela judicial efectiva... op. Cit., p.89*

La justicia confiable es aquella impartida por jueces honorables, sabedores del derecho, justos y equitativos, honrados; se trata de jueces especialistas en su materia, ganadores de concursos de manera limpia, sin política, sin amiguismo, sin elementos externos, pues una justicia política, una justicia impartida por incapaces, por desconocedores del derecho, de la especialidad, que acceden a los cargos como consecuencia de la política de turno, de los compromisos adquiridos, es todo menos justicia, es un asalto al poder y una zancadilla a los derechos constitucionales, de manera que una justicia con estas características no ofrece garantías y lo más importante, confianza.

Conscientes que siempre la justicia tiene algo de política, siempre debe procurarse su independencia para que existan fallos jurisdiccionales ajustados a la ley y a las necesidades de los justiciables. Asimismo la misma legislación ha dado a los justiciables mecanismos para buscar y asegurar esa imparcialidad al respecto expone Pérez⁷⁴ la trascendencia de la recusación como garantía de la imparcialidad del juzgador, y por tanto, de la efectividad de la tutela jurisdiccional, en orden a evitar que el asunto pueda juzgarse a aquel en quien concurren alguna de las circunstancias que permitirían dudar de su imparcialidad a la hora de decidir la causa puesta bajo su consideración. En atención a esto *Ossorio*, define la recusación como:

“La facultad que la ley concede a las partes en un juicio civil, penal o laboral, para reclamar que un juez, o uno o varios miembros de un tribunal colegiado, se aparten del conocimiento de un determinado asunto, por considerar que tienen interés en el mismo o que lo han prejuzgado”.

Al respecto nuestro Código de Procedimiento Civil, establece en el artículo 82 las causales de inhabilitación para impedir que un juez continúe en el conocimiento de la causa de que se trate. Pero en el mismo orden de ideas y en aras de la imparcialidad a la hora de la toma de decisión, existe y está regulado el elemento contrario a la recusación, y no es otro que el de la

⁷⁴ Jesús González Pérez.: *Derecho a la Tutela Jurisdiccional...op.cit.*, p. 171

Inhabilitación de la causa; el cual constituye, la abstención voluntaria del funcionario en el conocimiento de la causa. Pero lo importante es que en uno u otro caso lo que se persigue es la imparcialidad en el fallo definitivo de la causa.

c. Derecho a la motivación de las decisiones judiciales

Las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas, pues la motivación elimina todo bestijio de arbitrariedad, convence a la colectividad del criterio seguido para aplicar la voluntad de la ley, permite a las partes conocer el criterio del Estado representado en la magistratura de los tribunales, en el caso concreto permite ejercer un control social y jurisdiccional sobre la legalidad y constitucionalidad de la misma, de modo que el deber de sentenciar implica el deber de motivar dicha sentencia, pues la inmotivación es síntoma de arbitrariedad jurisdiccional, en virtud que la motivación es otro elemento que conforma la tutela judicial efectiva.

La sentencia debe estar motivada y esta motivación se hace a través de los argumentos de hecho y de derecho que expliquen las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión, es decir, el dispositivo del fallo debe ser el producto de una motivación donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas (mayor y menor) que forman la sentencia y la determinación de la consecuencia jurídica de la misma.

En nuestro ordenamiento jurídico el Código de Procedimiento Civil en su artículo 243 establece los requisitos que debe contener la sentencia estipulado este (motivación) en su numeral 4°. Así también para Cuenca⁷⁵ la motivación de la sentencia es un conjunto metódico y organizado de razonamiento que comprende los alegatos de hecho y de derecho expuestos

⁷⁵ Humberto Cuenca: Curso de Csación Civil. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1980, p132

por las partes, su análisis a la luz de las pruebas y pospreceptos legales y el criterio del juez sobre el núcleo de la controversia.

Para el profesor Humberto Bello Lozano, citado por Bello Tabares⁷⁶, la motivación de la sentencia son las razones de hecho y de derecho que el juez explica en el cuerpo de la sentencia, y que lo inducen a declarar con o sin lugar la pretensión que el actor ha ejercido en contra del demandado en el entendido que las razones de hecho, están formuladas por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que lo demuestren y los razonamientos de derecho, están conformado por la aplicación a éstos de los preceptos legales y a los principios doctrinarios atinentes.

La motivación de la sentencia tiene dos propósitos esenciales: a) el permitir a las partes y a la comunidad entender las razones de la decisión, de manera que la sentencia cumpla no solo por el peso de la autoridad de la cual emana, sino también convenza con la fuerza de la razón; b) Como elemento determinante, para el examen de la casación, que permite a la Sala de Casación Civil controlar la legalidad de la sentencia.

En el mismo orden de ideas la sentencia debe bastarse por sí misma, lo que en la doctrina se denomina principio de autosuficiencia, lo que se traduce que debe contener su legalidad, sin tener que remitirse a las actas del proceso, en otras palabras, que el juez debe motivar su decisión de manera precisa, esto es, exacta, fija, cierta, determinada, debe ser suficiente, esto es, bastante apto o idóneo, en su contenido consistente, esto es, duración, estabilidad solidez; y al mismo tiempo debe ser coherente, lo que quiere decir, que debe existir una relación lógica de elementos para asegurar la solidez e imparcialidad del fallo.

⁷⁶ H. Bello T.: *“Tutela judicial efectiva... op. Cit., pp.104*

En relación al principio de “autosuficiencia” la Sentencia⁷⁷ de la sala de Casación Civil de fecha 7 de marzo de 2002, con ponencia del magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, exp. N° 20001-000416 expone:

“En relación con los argumentos planteados por el recurrente, se observa que el requisito de motivación previsto en el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, impone al juez el deber de expresar en su sentencia los motivos de hecho y de derecho de la decisión. El fin perseguido es permitir el conocimiento del razonamiento del juez, pues ello constituye el presupuesto necesario para obtener un posterior control sobre la legalidad de lo decidido.

Los motivos de hecho están conformados por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que los demuestran, y los motivos de derecho por la aplicación de los principios y las normas jurídicas a los hechos establecidos en el caso concreto.

(...)La ausencia de los motivos de hecho por los cuales el juez de alzada declaró el derecho de cobro de los honorarios profesionales reclamados, determina la insuficiencia del fallo e impide a las partes proponer el control de su legalidad, porque desconocen el proceso intelectual seguido para establecer los hechos. Además, cabe advertir que declarado el derecho al cobro de los honorarios profesionales culmina la fase declarativa y tiene lugar la retasa, si fuere pedida, en cuyo caso serán estimados los honorarios profesionales cuyo derecho de cobro fue declarado, labor ésta de imposible realización si el fallo no determina las actuaciones judiciales que deben ser retasadas.

Sobre este particular, la Sala reitera que toda sentencia debe bastarse a sí misma y debe llevar la prueba de su legalidad, sin depender de elementos extraños que la complementen o perfeccionen. En aplicación del referido principio de autosuficiencia de la sentencia, la Sala ha establecido que los jueces de instancia en la redacción de los fallos, deben ser claros y precisos, de manera que no ocasionen confusiones, diferentes interpretaciones o conflictos que deban ser resueltos con posterioridad. En este sentido, dejó sentada la Sala, entre otras, en decisión de fecha 23 de mayo de 1990, (Caso: Héctor López Parra c/ Mercedes Mendive de Bolívar), que:

(...) las sentencias deben ser redactadas de manera tal, que pueda (sic) ser entendida sin confusión, dudas ni ambigüedades; de suerte que lo que se disponga o declare quede bien determinado y lo entienda todo el que lo lea, no quedando sujeto a condiciones ni eventualidades, de forma que lo decidido no quede dependiendo de ningún hecho futuro, de ningún acontecimiento por venir, de ninguna prueba por hacer, sin cuestiones ni pleitos pendientes, redactada en términos correctos, exactos, bien definidos, sin agregaciones innecesarias. Las sentencias por otra parte deben reflejar el grado de conocimiento del juez, así como también el cuidado que debe tener al dictarla, pues en ello va envuelto el concepto de una sana y eficiente administración de justicia. Los jueces deben evitar que sus fallos contengan errores que después resultan costosos para las partes, con el consiguiente retardo en la solución de los asuntos sometidos a su consideración”. En este orden de ideas, es conveniente asentar que los jueces de fondo deben cuidar mucho en dar cumplimiento a los requisitos intrínsecos de la sentencia (...).”

Expuesto lo anterior podemos señalar que la motivación de las sentencias son las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo, que es producto del silogismo procesal y de la actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma puesto que esta está basada en supuestos genéricos.

d.- Congruencia de la sentencia como parte del derecho a la tutela judicial efectiva

Para ello se tomará como base el artículo 12 de nuestro Código de Procedimiento Civil⁷⁸, el cual establece:

⁷⁷ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RC-0138-070302-01416.htm>

“(…) En sus decisiones el juez debe atenerse lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, si suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados no probados” concatenado esto con el artículo 243 numeral 5° ejusdem, el cual establece: “Toda sentencia debe contener una decisión expresa, positiva, precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia”.

En atención a lo arriba expuesto el juez debe enmarcar su decisión, sobre los hechos que han sido alegados en la demanda y contradichos en la contestación, es decir que debe pronunciarse, sólo sobre aquellos hechos que han sido debatidos o controvertidos por las partes en el proceso, y sobre los cuales ha recaído la actividad probatoria de éstos, pues si se pronuncia sobre algún hecho no expuesto por las partes en la fase alegatoria del proceso, se configura el vicio de incongruencia positiva; en tanto que si deja de pronunciarse sobre algún hecho controvertido en la litis, se produce el vicio de incongruencia negativa.

Para Bello⁷⁹, la congruencia de la sentencia es uno de los requisitos que debe cumplir la sentencia y que consiste en la identidad o correspondencia formal que debe existir entre la decisión y las contrarias pretensiones de las partes, por lo que cuando existe diferencia entre lo decidido y lo controvertido se produce el vicio de incongruencia que decreta la nulidad del fallo. El juez debe resolver sólo lo pedido y todo lo pedido.

Esta congruencia de elementos debe darse o explicarse en la parte motiva de la sentencia, en caso de que el juez decida sobre hechos no debatidos en el proceso estaremos en presencia de la llamada “*incongruencia positiva*”; y si el juez en la parte motiva del fallo deja de pronunciarse sobre hechos debatidos en el proceso estaremos en presencia de la “*incongruencia negativa*”. Dicho que ambos vicios lesionan lo preceptuado por el artículo 12 ya analizado en la presente investigación y de igual manera estaría atentando a la tutela judicial efectiva a la que están llamados los fallos dictados por el tribunal.

⁷⁸ Código de Procedimiento Civil:Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha 18/09/2009, Imprenta Nacional

⁷⁹ H. Bello T.: “*Tutela judicial efectiva... op. Cit., p.179*”

Al respecto el Tribunal Supremo de Justicia, en la Sala de Casación Civil, sentencia N° RC 00094 , 24-03-03 (José Leonardo Chirinos Goitia, Contra La Sociedad Mercantil Seguros Orinoco C.A.), estableció:

“En tal sentido, en sentencia de esta Sala, de fecha 11 de abril de 1996, en el juicio de Rolando José Piñango contra Banco Unión, S.A.C.A., se estableció:

“El ordinal 5° del artículo 243 del Código de procedimiento Civil establece los presupuestos para que la sentencia llene el requisito de la congruencia, entendiéndose por tal, como lo afirma Hernando DevisEchandía, el principio normativo que delimita el contenido y alcance de tal instancia, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones (en sentido general) y excepciones de los litigantes, oportunamente aducidas, a menos que la Ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas y que tal principio es una consecuencia lógica de la relación de jurisdicción como derecho y deber del Estado. El derecho de acción y de contradicción no sólo impone al Estado el deber de proveer mediante un proceso en una instancia, sino que al complementarse con el ejercicio de la pretensión y la oposición de excepciones, delimita el alcance y contenido de este procedimiento. La relación de jurisdicción comprende tanto la acción y la contradicción, como la pretensión y la excepción que en ejercicio de estos derechos se formulan al Juez para determinar los fines mediatos y concretos del proceso (Nociones Generales de Derecho Procesal Civil...)

El primer presupuesto es el de que toda sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa; y el segundo presupuesto prevé que la decisión debe ser con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas.

Según Guasp, la congruencia es la causa jurídica del fallo y Prietro Castro agrega, como otra derivación de la congruencia, el principio de la exhaustividad, esto es, la prohibición de omitir decisión sobre ninguno de los pedimentos formulados por las partes.

La sentencia es congruente cuando se ajusta a las pretensiones de las partes, tanto del actor como del demandado, independientemente de si es acertada o errónea. No se puede apreciar, más ni menos, de las cuestiones controvertidas, ni dejar de resolver algunas. Cuando se deja de examinar la prueba, todos o algunos de sus hechos fundamentales, la sentencia está viciada por omisión de análisis fáctico y cuando se considere innecesario el análisis de algunos elementos probatorios, el juez debe dejar constancia motivada de ello.

De allí que la incongruencia adopta dos modalidades y tres aspectos. Las modalidades son: incongruencia positiva, cuando el juez extiende su decisión más allá de los límites del problema judicial que le fue sometido, o la incongruencia negativa, cuando el juez omite el debido pronunciamiento sobre alguno de los términos del problema judicial, y los aspectos son: a) cuando se otorga más de lo pedido (ultrapetita); b) cuando se otorga algo distinto de lo pedido (extrapetita), y c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido u excepcionado (citrapetita).”

e.- Derecho a recurrir de la decisión judicial

En todo juicio al final de éste siempre existe una parte perdidosa y una parte ganadora, siendo que la parte perdidosa tiene el derecho de impugnar la decisión por la vía de los recursos legales que le proporciona la ley. Al

respecto Gozaine citado por Bello⁸⁰, nos dice que al referirse del derecho a los recursos, expresa que la doble instancia o el derecho a obtener dos resoluciones judiciales sobre el mismo hecho, es un principio emblemático del derecho procesal, que se afianza en la seguridad jurídica y en el derecho que tiene el justiciable al control jerárquico de la sentencia.

Así pues todo sujeto perjudicado por una decisión judicial tiene derecho a recurrir de la misma salvo las excepciones preceptuadas en la ley, y al recurrir se activa el derecho del doble grado de jurisdicción consagrado en el artículo 49 en su numeral 1° de la Constitución Nacional⁸¹ el cual establece:

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

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

Así también esta garantía de recurrir de los fallos la encontramos en el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil el cual establece: "De toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se da apelación, salvo disposición especial en contrario"

El derecho a recurrir de las decisiones es una garantía tanto al debido proceso como a la tutela judicial efectiva, pues esta es una manera de mantener y asegurar la legalidad de las decisiones; pero como materializar esta garantía constitucional de recurrir de los fallos dictados por los tribunales, el medio establecido es a través de los recursos o apelación de la sentencia, al respecto expresa Henríquez⁸², que la apelación es un sistema

⁸⁰ H. Bello T.: "*Tutela judicial efectiva... op. Cit., p.193*

⁸¹ Constitución de la Republica de Venezuela: Gaceta Oficial N° 5453 – Extraordinario de 24 de marzo de 2000.

⁸² R. Henríquez.: *Instituciones del Derecho... op. Cit., pp.521-522*

procesal patrio, que tiene por finalidad la anulación o rescisión de la sentencia recurrida.

Puede ser definida como el recurso concedido a favor de todo litigante que haya sufrido un agravio por una resolución judicial, con el objeto que el Tribunal superior correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, la reforme, revoque o anule. Pero en cuanto a las facultades del juez de segunda instancia si anula la decisión puesta bajo su consideración deberá éste resolver el merito de la causa, sino declara la nulidad puede entonces sustituirla por un fallo contrario o cambiar alguna de sus decisiones y si lo confirma el apelante será condenado a pagar las costas procesales que origine el recurso.

En definitiva el principio constitucional de la doble instancia de poder recurrir de los fallos, salvo disposición expresa de la ley es una clara muestra del derecho que tenemos todo a la tutela judicial efectiva en virtud de que los justiciables pueden revisar las decisiones que les afecten y someterlas a la consideración de otro juzgador cuyo criterio está destinado a preservar la legalidad y constitucionalidad de las decisiones emitidas por el órgano jurisdiccional.

f.- Derecho a la ejecución de las decisiones judiciales

La ejecución del fallo es el elemento donde la tutela judicial efectiva alcanza su máximo esplendor, pues es aquí cuando los particulares pueden hacer efectiva la sentencia como paso último de un proceso jurisdiccional, al respecto expone Carocca Pérez citado por Bello⁸³, el operador de justicia que por omisión, pasividad o defecto de entendimiento, se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar medidas necesarias para su ejecución, cuando le sean legalmente

⁸³ H. Bello T.: *“Tutela judicial efectiva... op. Cit., p.237*

exigibles, desconoce la garantía a la tutela judicial efectiva a través del régimen de ejecución y efectividad en el cumplimiento de la decisión judicial.

Al respecto Carnelutti dice que la voz ejecución significa adecuación de lo que es a lo que debe ser, de lo dicho por el maestro se puede inferir que quien intenta un proceso jurisdiccional, es porque considera que hay una situación en específico que le está afectando y que con la decisión jurisdiccional pretende modificar ésta; aunque de manera eventual se puede desprender del fallo que tal situación continúe en las mismas condiciones, pues el juez en su sentencia como el director del proceso consideró que no se había infringido ninguna situación jurídica, pero esto solo se sabrá hasta el momento en que éste emita el fallo.

Teniendo entonces que la sentencia es el acto más trascendental de la vida del proceso, que condensa las aspiraciones de las partes y declara al triunfador y al vencido de un litigio, en el mismo orden de idea para Bello⁸⁴, la sentencia es el más importante de los actos del órgano jurisdiccional, porque en el mismo y en virtud de la apreciación de lo alegado y probado en juicio, el magistrado aplica justicia mediante la aplicación del derecho invocado por las partes.

Así pues, las decisiones judiciales según su naturaleza puede ser:

- 1) Declarativas: Son todas aquellas donde se logra la afirmación de la existencia y certeza de un derecho, vale decir, tienden a eliminar la falta de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido, ante la incertidumbre que da motivo, al proceso judicial.
- 2) Constitutivas: Son aquellas que crean, modifican o extinguen una relación jurídica para Henríquez (2010), es aquella que origina un estado jurídico que anteriormente no existía. Verbigracia la sentencia de inhabilitación civil o interdicción, la sentencia de anulación del

⁸⁴ H. Bello T.: *“Tutela judicial efectiva... op. Cit., p.238*

matrimonio, ya que se suponen subsisten hasta el día del fallo de cosa juzgada.

- 3) De Condena: Son aquellas donde presuponen la voluntad de la ley al caso concreto, donde se impone a la parte obligada o condenada a una prestación que puede ser, de dar, hacer, o no hacer; conforme a la obligación cuyo cumplimiento es reclamado en la pretensión que dio origen o motivo al proceso judicial; Henríquez (2010) establece que las sentencias de condena es aquella en virtud de la cual se obliga al demandado a pagar una suma de dinero en el caso de los derechos de crédito, a hacer o abstenerse de hacer una acción u obra determinada, o a entregar una cosa.

En este punto se hace necesario mencionar que los procesos jurisdiccionales también pueden culminar de manera distintas a una sentencia, estos pueden concluir por lo que se conoce, como actos de auto composición procesal (convenimiento y transacción), es decir decisiones que les dan las partes al proceso y que igualmente adquieren carácter de cosa juzgada y pueden ser objeto de eventuales ejecuciones.

Pero independientemente de que se trate de una sentencia o de un acto de auto composición de las partes, ambas son susceptibles de ejecución, siendo que esta ejecución está regulada por nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 523 y siguientes, ya que la ejecución no es otra cosa que la última fase del proceso, que es parte del poder que emana de la jurisdicción conforme a lo previsto en el artículo 253 de nuestra carta magna⁸⁵, el cual establece:

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley”.

En atención de lo establecido en el artículo up- supra, se requiere para la fase de ejecución de la sentencia, lo que se conoce como “actio iudicati” o

⁸⁵ Constitución de la Republica de Venezuela: Gaceta Oficial N° 5453 – Extraordinario de 24 de marzo de 2000

acción de lo ejecutado, esto constituye el impulso procesal que debe darle el ejecutante para hacer efectivo el fallo jurisdiccional. En este orden de ideas la ejecución de la sentencia o de actos de auto composición procesal forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en este punto se hace necesario anotar que nuestra legislación concede al obligado un término para que dé cumplimiento voluntario a lo decidido o en caso contrario se pasará a la ejecución forzosa.

Pues a los justiciables debe respetársele su derecho de ejecutar la sentencia que le otorgue la institución jurisdiccional con carácter de cosa juzgada, la cual según el maestro Couture citado por Bello⁸⁶, define la cosa juzgada, como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existan contra ella medios de impugnación que permitan modificarla; lo que quiere decir que una vez que la sentencia quede definitivamente firme, es decir, con carácter de cosa juzgada la misma debe ser ejecutada en razón de la tutela judicial efectiva.

En definitiva se debe señalar, que la ejecución de la sentencia se traduce en hacer palpable su contenido en materializarla, que las partes puedan ver la justicia hecha realidad al poder ver u ostentar lo decidido por el juez, donde la tutela judicial efectiva se hace viva e indiscutible pues se cumple la voluntad del Estado a través de la actividad jurisdiccional después de haberse llevado a cabo, un proceso donde las partes tuvieron la oportunidad de presentar sus alegatos y pruebas y el juez de valorar las mismas, para que al final la voluntad plasmada en la sentencia se convirtiera en realidad en aras de mantener el orden social y alcanzar la tutela judicial efectiva.

4.1.3. Doctrina Jurisprudencial respecto a la tutela Judicial efectiva.

⁸⁶ H. Bello T.: *“Tutela judicial efectiva... op. Cit., p.240*

En diferentes decisiones el Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en relación al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Así se tienen los siguientes criterios:

Sentencia⁸⁷ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 269 de fecha: 25-04-2000 Magistrado Ponente: Héctor Peña Torrelles, caso: Instituto de Crédito Agrícola y Pecuario

“El derecho a la tutela judicial efectiva alcanza implícitamente dentro de su contenido a otros derechos fundamentales, como lo son: el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a la defensa y al debido proceso, y el derecho a una decisión oportuna y eficaz”

(Omissis)

“Al efecto, encontrándose esta Sala en esta oportunidad en sede cautelar, y siendo que sus decisiones solo causan cosa juzgada material, pasa analizar los aludidos dispositivos en concordancia con los derechos de acceso a la jurisdicción, defensa y debido proceso, de la forma en que han sido consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En estos términos, se observa que en la recién promulgada Constitución, uno de los mayores logros del Constituyente fue la expresa consagración del *derecho a la tutela judicial efectiva* en el 26 ejusdem. Este derecho alcanza explícitamente dentro de su contenido a otros derechos fundamentales como lo son: a) el derecho de acceso a la jurisdicción que se encuentra expresamente mencionado en el aludido artículo 26; b) derecho a la defensa y al debido proceso, los cuales han sido especialmente desarrollados en el artículo 49 constitucional) el derecho a una decisión oportuna y eficaz, al que alude el único aparte del artículo 26, el cual, a su vez comprende el derecho a la tutela cautelar de las partes en juicio y el correlativo poder cautelar general del juez para asegurar la efectividad del fallo definitivo”.

Sentencia⁸⁸ de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 26-06-2000, Magistrado Ponente: Rafael Ortíz-Ortíz, caso: Consorcio Absorbven C.A vs. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual.

“El derecho de accionar constituye el aspecto interno y medular del derecho a la jurisdicción, o de acceso a la jurisdicción, que no puede ser limitado por vía definitiva y mucho menos preventiva”

(Omissis)

⁸⁷ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/269-25-4-00-00-0735.htm>

⁸⁸ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo No., 26 de junio de 2000 (Consorcio Absorbven C.A. Vs. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual) Revista de Derecho Público, No. 82, p.258

“Pretender por vía de medida cautelar innominada que se le prohíba o se le impida a una persona (natural o jurídica) que pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales para plantear sus derechos e intereses, es absoluta y francamente improcedente, puesto que tal derecho, (el derecho de accionar) constituye el aspecto interno y medular del “derecho a la *jurisdicción*”, o de acceso a la jurisdicción que no puede ser limitado por vía definitiva y mucho menos preventiva”

Sentencia⁸⁹ de la Sala Político Administrativa, Magistrado ponente: Carlos Escarrá Malavé, de fecha: 25-05-2000.

“El derecho a la tutela efectiva se ha interpretado como el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas, que sea motivada y fundada en derecho, en otras palabras, equitativa y justa. Además este derecho fundamental también reviste la naturaleza de principio que se erige con plena imperatividad sobre el resto del ordenamiento jurídico.”

(Omissis)

“Este derecho a la tutela efectiva lo ha venido interpretando la doctrina y jurisprudencia como el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho, en otras palabras equitativa y justa.”

Sentencia⁹⁰ de la Sala Constitucional, N° 72, de fecha 26-1-2000, magistrado ponente Jesús Eduardo Cabrera, caso: Ivan Pacheco Escriba y William Ivan Pacheco García, contra el auto dictado por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida de fecha 9 de agosto de 2000

“(…) Al respecto, reitera esta Sala que, ciertamente todas las personas llamadas a un proceso, o que de alguna otra manera intervengan en el mismo en la condición de partes, gozan del derecho y garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable y a que, una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines que se verifique la efectividad de sus pronunciamientos (...)”.

Sentencia⁹¹ de la Sala Constitucional, N° 1.064, de fecha 19-9-2000, magistrado ponente: José Delgado Ocando caso: Cervecería Regional, contra la sentencia pronunciada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 30 de junio de 1999

⁸⁹ Sentencia de la Sala Político Administrativo, N°..., 25-05-2000 (Wilve J Rodriguez Vs. Ministerio del Interior y Justicia) Revista de Derecho Público No. 82 p. 282- 283

⁹⁰ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/72-260101-00-2806.htm>

⁹¹ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1064-190900-00-2131.htm>

“ (...)Por otra parte, el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso de los ciudadanos a los órganos de justicia. Visto desde esta óptica, y siendo que el accionante aduce no haber participado en el juicio de amparo precedente, así como que contra dicha afirmación no conspiran las actas del expediente, es por lo que su derecho a la tutela judicial le sería violado sino le fuere permitido ejercer una acción como la interpuesta, en la cual tendrá la oportunidad de asistir a una audiencia pública, promover pruebas, controlar las de su contraparte, y en fin, alegar lo que estime conveniente. En cambio, el instituto de la consulta, como bien es sabido, carece de estas opciones ya que es un mecanismo objetivo de revisión en cuyo trámite no se han perfilado los actos e instrumentos mencionados. De aplicarse, pues, la condición según la cual debía agotarse la doble instancia para proceder a la admisibilidad de la petición examinada, además de imposible cumplimiento debido a que la misma se agota precisamente en esta Sala (y contra las decisiones de ésta no existe recurso alguno), sería desproporcionado con el fin de la condición, cual es dar cauce racional a los juicios en vía de amparo y evitar la multiplicación de acciones por parte de los sujetos que en ellos hayan intervenido.

Inadmitir la acción propuesta, devendría en una actuación ilógica por la anotada imposibilidad de cumplir la condición, así como inconstitucional en sí misma, por desconocer el principio pro actione, elemento constitutivo del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, la acción propuesta, visto que no colide con ninguna de las causales de admisibilidad contempladas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es admisible, por lo que el procedimiento a seguirse sustituye a la consulta obligatoria de la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 30 de junio de 1999, respecto de la cual no habrá materia sobre la cual decidir, y así se declara”

Sentencia⁹² de la Sala Constitucional, N° 1264 de fecha 07-10-2009, magistrado ponente: Pedro Rondón Haaz caso: Agostinho Jorge Vieira y José Manuel Fernández.

“La Tutela Judicial efectiva, siendo que entre las diferentes garantías constitucionales que resguardan al proceso, se encuentra precisamente ésta, la cual, a grandes rasgos, pudiera entenderse como aquella que asegura ciertas facultades mínimas de actuación de las personas hasta llegar a la obtención de un juicio e incluso su ejecución. Esta garantía constitucional tiene su base en el artículo 26 de la Carta Magna, norma que no sólo destaca el derecho de acceder a la justicia, para la protección de los respectivos derechos e intereses, sino también el derecho a la tutela efectiva de éstos.

(...) puede apreciarse que la tutela judicial efectiva comprende, el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales; el derecho a obtener una sentencia fundada, motivada, razonable o razonada y que no sea errónea o errática (Resaltado añadido); y el derecho a ejecutar la decisión o sentencia. Al respecto, el autorizado jurista español JOAN PICÓ I JUNOY opina, que la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva tiene, según el Tribunal Constitucional español, un contenido complejo que incluye los siguientes aspectos: 1) El derecho de acceso a los Tribunales; 2) El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; 3) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y 4) El derecho al recurso legalmente previsto.

Determinado lo anterior, se constata que el Tribunal querellado lesionó la garantía a una tutela judicial efectiva, al proferir un fallo errático, configurándose por ello la violación de la garantía procesal contenida en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, referente a la tutela judicial efectiva. Ello es así, ya que esta garantía comprende, no sólo el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia, sino también que éstas obtengan una sentencia motivada en cuanto al fondo del conflicto, siempre y cuando concurren los requisitos necesarios para ello, por ende, cuando una sentencia se obtiene con vicios y estos son determinantes en el razonamiento de la decisión (con el agravante que ésta no sea susceptible de controlar a través de los recursos, por ser proferida en última instancia), es procedente el amparo constitucional, ya que se trata de un requisito esencial que resulta proporcionado a los fines constitucionales protegibles, como lo es la tutela judicial efectiva, ya que ésta garantiza la obtención de una sentencia motivada que declare el derecho de cada una de las partes, que ponga fin al

⁹²www.tsj.gov.ve/search4/ooop/qfullhit2.htm?CiWebHitsFile=%2Fdecisiones%2Fscon%2Foctubre%2F1264-71009-2009-09-0114.html&CiRestriction=%40Contents+Agostinho&CiBeginHilite=<b+class%3DHit>&CiEndHilite=<%2Fb>&CiUserParam3=/search4/buscador.asp&CiHiliteType=Full

proceso y que se pronuncie razonadamente sobre todas las cuestiones que le hayan sido sometidas al juez.”

4.2. Medidas cautelares como parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

Al respecto Liebman citado por Bello⁹³, expresa que las medidas cautelares buscan garantizar el cumplimiento de la voluntad del Estado pronunciada en la sentencia judicial, ello con la finalidad que la justicia tardía no haga ilusoria la ejecución como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo las medidas cautelares propias o exclusivas de los órganos jurisdiccionales, no de otros poderes del Estado. En el mismo orden de ideas y atendiendo a la tutela judicial efectiva en que están encaminadas las medidas cautelares González⁹⁴, expresa:

“La tutela jurisdiccional no será efectiva sí, al pronunciarse la sentencia, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión. La lentitud de los procesos puede dar lugar a que, cuando llegue la decisión carezca de sentido. De aquí la necesidad de arbitrar medidas – las medidas cautelares- que aseguren los efectos de la sentencia. Es presupuesto de toda medida cautelar el *periculum in mora*, la existencia de un peligro derivado de la demora. Se trata de establecer unos elementos que garanticen frente a este riesgo, por lo que las medidas cautelares tienen carácter accesorio respecto de otro proceso al que se atribuye el carácter de principal.

Si por no adoptarse una medida cautelar, al llegar la sentencia la situación contraría al ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso es irreversible, se habrá lesionado el derecho a la tutela judicial. De aquí la procedencia del derecho de amparo, incluso sin cumplir la exigencia de agotar la vía judicial previa, cuando con el cumplimiento de este requisito se producirá una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumaría definitivamente dicha violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado”.

En congruencia con lo anterior es posible afirmar que las medidas cautelares tienen su basamento en el artículo 26 y 257 de nuestra carta magna, ubicadas dentro el derecho a la tutela judicial efectiva y de la institución del proceso, como instrumento para la realización de la justicia, más con el poder cautelar se asegura el derecho a ejecutar decisiones jurisdiccionales utilizando los mecanismos que le son dados para ello. En el mismo orden de ideas, las medidas cautelares, son una función propia y

⁹³ H. Bello T.: “*Tutela judicial efectiva... op. Cit., p.333*”

⁹⁴ Jesús Gonzalez Pérez.: *Derecho a la Tutela Jurisdiccional...op.cit., p.369*

exclusiva del órgano jurisdiccional para garantizar las resultas de la ejecución del fallo.

Para el decreto de las medidas cautelares, se requiere la previa solicitud de la parte, quien debe alegar y demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil según se trate, momento este en el que nace para el operador de justicia, en el mismo día que se realiza la solicitud cautelar; la obligación de pronunciarse sobre su decreto o no, siendo que en ambos casos se exige la motivación del fallo cautelar.

En dicha motivación el juzgador debe explicar cuáles fueron los elementos probatorios que lo llevaron a considerar que están o no dados los extremos de ley para el decreto cautelar, cuáles fueron los elementos probatorios o de verosimilitud analizados para determinar o no el cumplimiento de la ley, pues de lo contrario estaremos en presencia de una decisión cautelar inmotivada y arbitraria, donde se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

Pudiendo concluir que al hacer el juez uso, del poder cautelar que lo inviste decreta medidas cautelares en pro de hacer que el fallo que dicte pueda ser ejecutado en pro de lo que se conoce como tutela judicial efectiva; siempre y cuando de las actas que conforman el expediente se desprendan los requisitos de procedibilidad de la medida peticionada por la parte actora al órgano jurisdiccional.

Por su parte, el Juzgado de los Municipios Atuares y Atuana de la Circunscripción Judicial del Estado Amazonas Jurisdicción Civil, Sentencia⁹⁵ Interlocutoria sobre la medida preventiva, 4-10-2005, (Gabriele Rapagna, Vs. Milagros Gamarra) señaló:

"(...) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 26 y 257, deja claramente evidenciada la voluntad del constituyente de preservar a toda costa la justicia.

⁹⁵ <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/octubre/44-4-2005-1433-.html>

En efecto, el mencionado artículo 26 desarrolla lo que la Doctrina y la Jurisprudencia ha denominado el derecho a la tutela judicial efectiva, que contempla entre otras cosas, el derecho a acceder al órgano judicial para obtener un pronunciamiento oportuno y eficaz; por tanto, se exige como un derecho constitucional que nació para hacer frente a la injusticia, y que está íntimamente relacionado con la garantía de la seguridad jurídica que, esencialmente protege la dignidad humana y el respeto de los derechos personales y patrimoniales, individuales y colectivos.

Indicó además que La Tutela Cautelar también es garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicha sentencia cita al autor Jesús Pérez González el cual expresa que:

“Las medidas cautelares no son meramente discrecionales de los Jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que establece la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas, pues otorgar una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió sus requisitos; y al contrario, negarle tutela cautelar a quien cumple plenamente los requisitos implica una violación de su derecho a la tutela judicial efectiva, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la efectiva ejecución del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar...”

4.3. La Tutela Diferenciada.

Señala Jesús María Casal⁹⁶ que la tutela diferenciada ha sido una preocupación universal y constante, pero que además encuentra algunas instituciones precursoras, al menos en el ordenamiento jurídico venezolano. En la literatura comparada se ha puesto de manifiesto la necesidad de legislar sobre los procesos urgentes para asegurar “la tutela efectiva en la oportunidad adecuada”, y según de los Santos citado por Casal⁹⁷ expone que:

Ello condujo a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta estructural y funcionamiento inadecuado. Aparecen así, tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado, las tutelas de urgencias o, como se las denominan en nuestro medio, “procesos urgentes”. La nota característica de tales procesos es la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz.

Así pues la tutela diferenciada debe abordar entre otros, los siguientes aspectos:

a) En la participación ciudadana en la gestión pública de la justicia, no sólo en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sino de todos los jueces del país, tanto en el nombramiento como en la evaluación anual de su actuación y resultado.

⁹⁶J. Casal.: *Tendencias Actuales....op. cit.*, p. 214

⁹⁷J. Casal.: *Tendencias Actuales....op. cit.*, p.214

b) Acentuar y profundizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, actualizar el mecanismo de arbitraje civil, y desarrollar la conciliación, mediación y cualquier otro mecanismo de auto composición procesal; y establecer la figura del proceso urgente a aspectos civiles y mercantiles.

c) Profundizar en los procesos orales y gratuitos para los justiciables en todo tipo de proceso; y la posibilidad para los jueces de adoptar medidas preliminares, medidas anticipadas; y mayores posibilidades cautelares en el marco de los trámites procedimentales.

4.3.1. Tutela anticipada y autosatisfactiva.

Mariolga Quintero Tirado⁹⁸ en su introducción a la tutela anticipada plantea que la constitucionalización del proceso imprime un prisma de eficiencia jurisdiccional, y así el principio del debido proceso sería hueco, si a la par de la garantía de acceso a la justicia, no se proyectasen nuevas técnicas que otorguen la razón a quien la tiene, en un tiempo razonable, y mediante una sentencia que pueda ejecutarse, haciéndose realidad lo pretendido por el justiciable jurídicamente acertado.

La verdad es que ante la morosidad judicial, la versión garantista del proceso formula nuevas respuestas de tratamiento procesal breve, a quien postula el reconocimiento de un derecho y lo demuestra con certeza suficiente o lo evidencia y comprueba el peligro de su irrealización, a los fines de que se le anticipe o satisfaga de inmediato la pretensión que deduce.

⁹⁸ Fernando Parra Aranguren: Temas de Derecho Procesal vol. II libro homenaje a Félix S. Angulo Ariza. Tribunal Supremo de Justicia colección libros homenajes N° 10. Caracas/Venezuela/2003. P 106 - 129

Seria jactancioso de nuestra parte que con la integración en el sistema procesal venezolano de esas nuevas técnicas, diseñadas fundamentalmente para solucionar- en situaciones de urgencia- en forma anticipada o de inmediato las pretensiones deducidas, tendríamos resultados favorecedores a la aspiración de eficiencia.

Ello es iluso puesto que, en lo que atañe a nuestra geografía jurisdiccional, el primer conspirador contra un sistema eficaz de administración de justicia mora entre nosotros, al haber constatado la existencia de una suerte de empeño continuado en desmoronar la orgánica judicial, sostén imprescindible de una tutela rápida. Por ello ante el sobrecargamiento e insuficiencia de tribunales, ausencia de gerencia judicial y deficiencias en los mecanismos de selección y formación de jueces, el desenvolvimiento del proceso y cualquier otro elemento que se diseñe para lograr su celeridad no son sino pliegues formales sin ninguna utilidad. Ello, sin mencionar, además, el desmoronamiento científico y ético de los apoderados jurídicos, que juegan al proceso inelegantemente y sin prudencia, ni rubor.

Sin embargo, esa parálisis de que somos objeto, de retardos y frustraciones, que ultrajan y agobian en nuestro diario acontecer de abogados de litigio, que nos callan frente a los reclamos de nuestros mandantes, negados en su derecho humano a una jurisdicción oportuna, no nos impiden, sin ignorarlo y sin alardes, ni cantos de glorificación, hacer eco de referencias que buscan el resguardo de la eficiencia.

Así, repetimos, al lado de la tutela cautelar, se ha dado cariz científico y legal a las medidas anticipatorias y a las autosatisfactivas, procurando las primeras adelantar total o parcialmente la sentencia definitiva; y las segundas agotar lo pretendido.

Asimismo establece Mariolga Quintero Tirado que partiendo de la tesis que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar la efectividad del fallo

(las resultas del proceso), habrían que diferenciarlas de las tutelas que se dirigen a anticipar total o parcialmente el objeto pretendido o dan satisfacción absoluta al objeto mediato de la pretensión.

Así, es evidente que las medidas que ostentan el carácter de anticipatorias inciden en lo que es materia del merito, adelantándolo en su contenido y las autosatisfactivas consumen el litigio. Por ende no sólo difieren en su objeto, sino que son diferentes los presupuestos de otorgamiento de una medida cautelar y las de las demás especies señaladas.

Sobre este aspecto Mariolga Quintero Tirado⁹⁹ cita al gran procesalista Roberto Berizonce quien explica:

Las arduas cuestiones que suscitan la tutela anticipatoria, comprensiva de la protección interinal y las providencias satisfactivas – o autosatisfactivas -, ponen en jaque ciertos principios viscerales en que asienta el propio sistema jurisdiccional. Por un lado, no cabe cuestionar que el factor tiempo, por la desmesurada e irrazonable duración del proceso común, constituye un presupuesto sustantivo de la efectiva prestación de justicia y, con ello de la garantía de la defensa. También viene recibido que el “espesor” o densidad del conocimiento admite gradaciones y aun dispensas, cuando la especial naturaleza del derecho materia de la relación sustancial y su liquidez- “fuerte probabilidad” – exige respuestas jurisdiccionales prontas, urgentes, por la eminencia de un peligro grave e irreparable que amenace la frustración misma de la tutela perseguida, por la sola prolongación del estado de insatisfacción originaria. Junto a la técnica de cognición, que no siempre es exhaustiva sino que permite la fragmentación o la superficialidad periférica, cabe perfilar técnicas no menos ortodoxas de anticipación, tendientes a brindar tutelas urgentes susceptibles de diferenciarse según que el pronunciamiento respectivo: a) Provea una protección puramente interinal aunque suficiente para componer de momento, tempranamente y de modo provisional, la litis anticipando total o parcialmente el objeto mediato pretendido; o b) Dispense una tutela de virtualidad definitiva, en tanto recayendo sobre el objeto mismo de la pretensión agota y consume la litis, tornando inútil la sentencia final sobre el fondo, por la irreversibilidad de hecho de sus efectos, análogos al propio pronunciamiento de merito, inclusive en cuanto a su ejecutoriedad.

Así concebida esa tutela anticipatoria, en cualquiera de sus variantes resulta, sin duda, diversa de la cautelar, por manera que no parece ajustado a la disciplina procesal el intento de su subsunción que le resten autonomía, desdibujando sus caracteres típicos. Claro que, a falta de regulación legal expresa y más allá de la admisión, de hecho, bajo el marco y como desenvolvimiento de la pretensión cautelar- como verdades medidas innominadas, funcionalmente reconvertidas -, se genera no poca incertidumbre en los derechos.

Debe observarse, por ende, que es característico de las medidas de tutela anticipatoria el peligro de que se frustren el derecho reclamado y de allí la razón para que se adelante parcial o totalmente el objeto de la pretensión; y que, como presupuestos de procedencia no sólo hay que demostrar ese

⁹⁹ Fernando Parra Aranguren: Temas de Derecho Procesal vol. II libro homenaje a Félix S. Angulo Ariza. Tribunal Supremo de Justicia colección libros homenajes N° 10. Caracas/Venezuela/2003. P 107-108

peligro, sino también que existe certeza suficiente del derecho cuya titularidad se invoca. Por ende, cabe hablar, de diferenciación, como se dijo, a nivel de condicionamiento de la medida cautelar, que atiende a un juicio de verosimilitud y al periculum in mora.

En cuanto al **procedimiento** Quintero establece que se admite, por una parte que a las medidas anticipatorias pueden ser solicitadas y decretadas antes de que se intente el proceso, imponiéndole a la parte beneficiada la carga de impetrar la demanda en un lapso determinado; o estableciendo esa carga en la parte demandada, como inversión de la tutela; o que puedan requerirse durante el transcurso de un proceso inaudita parte, o con audiencia de la contraria. A su vez se propone, como elemento condicionador de la medida que se otorgue o no caución.

En cuanto a la **regulación legislativa** explica que dentro del cuerpo normativo del Código de Procedimiento Civil no hay un régimen o sistema que ordene lo anticipativo o lo autosatisfactorio, porque carecemos de una norma preceptiva que analice una potestad genérica y discrecional para el dictado de medidas anticipatorias, aunque, un análisis jurisprudencial de la aplicación a que ha conducido la normativa de las medidas innominadas, pudiera convencernos que en múltiples oportunidades se ordenan para anticipar la pretensión. A guisa de ejemplo, se puede mencionar la providencia que, en un proceso ordinario dirigido a declarar la nulidad de una asamblea, suspenda, en sede cautelar, los efectos de la misma.

Concerniente a la **sistematización del régimen venezolano** se señala que de la exposición sobre la normativa venezolana de cautela anticipada, se puede inferir, que el ordenamiento nacional establece los siguientes lineamientos:

1. Las medidas se pueden decretar antes o después de la traba de la litis.

2. En el evento de que se soliciten durante la pendencia del proceso principal, pueden ordenarse con previa citación de la parte afectada, o sin previa audiencia del sujeto pasivo de la pretensión anticipada.
3. Están precedidas de una fase de cognición sumaria, donde se deberá demostrar la fuerte probabilidad (certidumbre suficiente) del derecho y la existencia de un peligro o daño irreparable.
4. El juzgador puede pedir la constitución de una caucion.
5. En caso de medidas ante-causam serán ordenadas por el Juez de municipio.
6. Cuando las medidas se decretan ante-causam debe instaurarse el proceso en un lapso determinado, so pena de su decaimiento.
7. El ejercicio abusivo de la solicitud de tutela anticipada genera responsabilidad.

En relación del **contenido** se requiere que sean ante-causam o intra proceso, la medida ordinariamente se decreta a instancia de parte, salvo en situaciones especiales, como es el caso de la materia ambiental, donde el interés social arroja la pretensión deducida.

En los supuestos de tutela requerida, el juez goza de la discrecionalidad razonada de conferirla en los mismos términos en que fue peticionada o dictar la que fuera más adecuada, con el objeto de no agravar la situación de que debe soportarla.

En este sentido quintero cita a berizonce quien señala: “el contenido de la decisión esta necesariamente encorsetado por los alcances de la pretensión de merito; es de toda lógica que no cabe anticipar mas que lo pretendido para ser juzgado en la sentencia definitiva. En todo caso, se podrá anticipar “total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida”.

Importa poner de relieve, que no seria causal de prejulgamiento el otorgamiento de la tutela anticipatoria, porque versa naturalmente sobre lo anticipado, pero que partiendo de que debe darse una convicción suficiente

en el juzgador, éste tiene la obligación, tan olvidada en el decreto de las medidas cautelares, de razonar esa dosis de convencimiento sustentada en la masa probatoria agregada a los autos, ya que si no caerían en un vicio de inmotivación y por lo tanto, mermaría la defensa del sujeto tutelado.

También es menester destacar que lo anticipado no debe ser irreversible, de modo que si importa una violación al derecho de otro no se haga imposible restituir el estado original.

Igualmente, se debe tener en cuenta que la modificación de las circunstancias pudieran derivar en que se revoque la medida, aunque en principio tiene vigor durante toda la pendency del proceso principal.

Del **contradictorio**, no existiendo ninguna regulación genérica que oriente en torno al ejercicio defensivo frente a la tutela anticipada, nada obsta para que se aplique analógicamente el régimen de la oposición que, para la tutela cautelar, se desarrolla en el artículo 602 del código de procedimiento civil.

Ahora bien, en las conclusiones respecto a este aspecto Quintero señala que cree que no hay duda de que debemos introducir un cuadro normativo- procesal sobre la tutela anticipatoria y autosatisfactiva, sobre los pilares que hemos reseñado.

Considera además que dentro de la técnica de lo anticipativo, que debe disponerse que en los supuestos de tutela ante-causam el órgano competente para decretar las medidas sea el que conozca del proceso principal, con el propósito de evitar obstáculos a la necesaria instrumentalización que debe existir entre los dos procesos; y en todo caso, ante la normativa nacional que, para eventos de urgencia, contempla la posibilidad de que el decreto lo providencia en juez de Municipio, al intentarse el proceso principal ante un juzgado de Primera Instancia, sería

necesario disponer que éste atrajera la competencia para conocer de las actuaciones relativas a la tutela anticipada ordenada.

Pero, lo que si es cierto que para que estos logros se den, se requiere de una ampliación de los poderes materiales del Juez, al anticipar en todo o en parte la pretensión deducida, tenemos que contar con jueces imparciales y diestros, y fundamentalmente ponderados en su ejercicio judicial, porque se les impone atender los agravios denunciados bajo el esquema del equilibrio, valorando los posibles perjuicios que una sentencia desmesurada e imprudente pueda arrojar, y con celo de prevención para la aplicación de las reglas de un proceso justo. Por ello es menester que respeten las reglas del debido proceso y así dar luces en sus providencias de la razonabilidad de las mismas.

Por su parte Jesús María Casal¹⁰⁰ indica que, entendemos por tutela anticipada una modalidad de tutela judicial diferenciada que consiste en la posibilidad jurídico-constitucional por medio de la cual los órganos jurisdiccionales pueden anticipar legítimamente, total o parcialmente, los efectos de la sentencia de mérito en el marco de un proceso judicial, cuando tal anticipación sea indispensable para evitar un daño a situaciones constitucionales tutelables.

De aquí se desprende inmediatamente sus caracteres generales y específicos:

1. Se trata de una posibilidad jurídico-constitucional, esto es, responde a un claro mandato constitucional y, además, está dirigida a salvaguardar derechos y garantías constitucionales. Constituye una anticipación de la “sentencia de mérito” la cual puede ser total o parcialmente, cuando ello sea indispensable para proteger situaciones constitucionales tutelables.

¹⁰⁰J. Casal.: *Tendencias Actuales....op. cit.*, pp. 217-219

2. El expreso establecimiento de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios judiciales por error, retardo u omisión injustificada establecido en el artículo 49.8.
3. El mandato constitucional de establecer normas que logren la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites procesales, y adoptar un procedimiento breve, oral y público (art. 257); y el reiterado llamado constitucional de no sacrificar la justicia por las formalidades no esenciales, evitar reposiciones inútiles, de modo que la administración de justicia sea gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilación indebidas y sin formalismos (art. 26).
4. Capítulo especial merece el tema de la “gratuidad de la justicia”, lo cual implica eliminar aquellos elementos de onerosidad del proceso en función del Estado, tales como el cobro de tasa, contribuciones y cualquier tipo de modalidad impositiva, así como también la eliminación de la exigencia de la utilización de papel sellado y timbres fiscales que, no son otra cosa que formas de tributación; y la constitucionalización de mecanismos alternativos de conflictos tal como se desprende de los artículos 256 y 258 de la Carta Magna.

Por su parte Henriquez¹⁰¹, conceptualiza las medidas anticipativas de la siguiente manera:

“Son aquellas que adelantan provisionalmente la satisfacción de la pretensión deducida. Se dirime interinamente la relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Su mayor peculiaridad consiste en que satisface provisionalmente el derecho subjetivo de fondo, cosa que no sucede en los otros tipos de medidas cautelares”.

¹⁰¹ R. Henriquez.: Instituciones del Derecho... op. Cit., p. 434

Un ejemplo lo encontramos en materia de alimentos donde se permite la adopción de medidas anticipativas por medio de la cual se ordena al deudor de la obligación de alimentación que conceda lo suficiente para la manutención del acreedor, según puede colegirse de los artículos 748 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues de alguna manera deriva necesariamente en un pronunciamiento anticipado sobre el merito de la causa.

Así también establece una tutela anticipativa el artículo 171 del Código Civil al estipular:

“En el caso de que alguno de los cónyuges se exceda en los límites de una administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes comunes que está administrando, el Juez podrá, a solicitud del otro cónyuge, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa...”

Pudiendo concluir que las medidas anticipativas, son una herramienta de gran importancia para lograr la tutela requerida por la parte actora en los procedimientos jurisdiccionales; pues la tutela jurisdiccional no sólo comprende el derecho a formular pretensiones ante los órganos jurisdiccionales y a que éstos, previos los trámites del debido proceso, dicten una sentencia y la ejecuten, sino, además, el derecho a obtener, al lado de esta tutela definitiva de mérito, una tutela cautelar provisional y urgente, que sea plenamente adecuada y efectiva.

Si el derecho a la tutela jurisdiccional comprende que se pronuncie una sentencia y el de que ésta se ejecute, es evidente que también incluye el derecho a que durante el proceso se dicten todas las medidas cautelares que aseguren las condiciones para que se pueda ejecutar en su momento la sentencia definitiva. Además, debe incluir a todas las medidas que anticipan la tutela solicitada, cuando esta anticipación sea necesaria para evitar que la tardanza del proceso produzca perjuicios de imposible o muy difícil reparación.

Al final de cuentas, tanto las providencias conservativas como las anticipativas forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional y responden al principio chiovendiano: “la necesidad de servirse del proceso para obtener razón no debe tornarse en un daño para quien tiene la razón”.

En cuanto a las medidas autosatisfactivas Jesús María Casal¹⁰² señala que en palabras de Peyrano, son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachable, inaudita et inaudita pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia que deben distinguirse de otras, como por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Pueden llegar a desempeñar un rol transcendental para remover “vías de hecho” sin tener que recurrir para tal efecto a la postulación de diligencia cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requiere la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables. En otro trabajo el mismo autor comenta:

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada, a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión procesal.

En el análisis del autor, para que se dicte una medida autosatisfactiva se requiere una situación de extrema urgencia derivada de una fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible para lo cual el Juez puede solicitar una contracautela. La causa próxima o inmediata más importante del nacimiento de estas medidas ha sido la percepción de los justiciables y abogados de que “algo faltaba en el abanico de atribuciones judiciales que permitirse lograr la satisfacción plena y efectiva (sustantiva y autónoma) de ciertas situaciones urgentes que no encontraban

¹⁰²J. Casal.: *Tendencias Actuales....op. cit.*, pp. 221-222

soluciones adecuadas en las medidas cautelares tradicionales que consagran las legislaciones”.

Estimamos que entre la tutela anticipada y las medidas autosatisfactiva existe un núcleo idéntico: la satisfacción de un derecho o un interés de manera inmediata; en ambos casos se “anticipan” el mérito de una situación tutelable, pero, al tenor de lo señalado por el autor, presentan algunas diferencias:

- a. Las medidas autosatisfactivas no requieren de la previa existencia de un proceso ni tampoco la instauración de proceso anterior; la tutela anticipada –en cambio- requiere de la previa existencia de un proceso para garantizar, al afectado por la medida, sus garantías procesales de audiencia y contradicción.
- b. Las medidas autosatisfactiva presentan caracteres “ejecutivos” mientras que la tutela preventiva se inserta de la tutela preventiva in genere, es decir, son mandatos prohibitivos, conservativos y de innovación de modo provisional y sujeto a la reversibilidad de la situación tutelada mediante la confirmación o no de tal situación por la sentencia de mérito.

En este sentido Pérez Ragone citado por Jesús María Casal¹⁰³ señala que la tutela anticipatoria es una de las tutelas diferenciada “de urgencia” que, con base a una cognición sumaria y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material. Anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva.

¹⁰³J. Casal.: *Tendencias Actuales....op. cit.*, p. 222

CONCLUSIONES

Una vez concluida esta investigación producto del análisis e interpretación de las bases teóricas desarrolladas podemos determinar qué:

- Según algunos autores la tutela de los derechos se hace efectiva mediante decreto de medidas, sean estas preventivas o cautelares, reiterando que las medidas cautelares siempre tendrán el carácter de preventiva y que su carácter cautelar esta dado por el ente quien las dicta, mientras que las medidas preventivas no siempre son cautelares, pues cualquier ente del poder público puede dictar medidas preventivas, pero ambas están llamadas a la tutela de los derechos que le amparan a los ciudadanos.

- Los requisitos del procedimiento cautelar están determinados en los artículos 585 y 588 del código de procedimiento civil, y los constituye el Fomus boni iuris o humo del buen derecho, periculum in mora (peligro en la demora), periculum in damni o peligro en el daño este último “constituye el fundamento de la medida cautelar innominada, pero a estas medidas innominada también deben concurrirle los dos primeros, y es en este tipo de medidas donde el poder cautelar del juez alcanza su máximo esplendor.

- El poder cautelar tiene una función mediata e inmediata; la función mediata del poder cautelar consiste en garantizar el ejercicio de la jurisdicción, tanto en los derechos de los particulares, como en la función del Estado, y así cumplir con las exigencias de un verdadero Estado de Derecho, cuyas normas no solo sean vigentes y duraderas, sino fundamentalmente eficaces. Es decir con el decreto de las medidas por parte del juez lo que se busca es asegurar la majestad de la justicia y plenitud del Estado de Derecho, es decir, persigue la justicia desde el punto de vista de la colectividad y la existencia del Estado.

- Por otra parte la Función Inmediata del poder cautelar, afecta a la parte solicitante de la medida, y que constituye la justicia en concreto del caso particular, evitar el daño o hacer cesar la continuación de la lesión a través de un mandato del Juez de hacer o no hacer es decir, que el órgano judicial autoriza o prohíbe la ejecución de ciertos actos que menoscaban los derechos de la parte afectada. Afirmando que la función del poder cautelar del juez radica en que haciendo uso de su majestad y de las potestades otorgadas por el Estado en razón de su investidura pueda dictar las medidas destinadas a asegurar las resultas del juicio y así hacer efectiva la justicia.

- Lograr la tutela judicial efectiva es necesaria para garantizar el Estado de Derecho, mantener el orden social así como la fe de los ciudadanos en el aparato jurisdiccional, y el poder cautelar del juez juega un papel indispensable en el logro de tal tutela, pues de no lograrse la aludida tutela judicial de manera efectiva, los justiciables perderían su fe en el aparato jurisdiccional, tomando la justicia por su propia mano creando así un caos social, en otras palabras el Estado de Derecho estaría perdido y este país se convertiría en un estado sin ley donde sería muy difícil mantener la convivencia ciudadana y el orden social.

- El poder cautelar es una potestad discrecional reglada por lo establecido en el Código de Procedimiento Civil siendo que en materia Civil las medidas cautelares no pueden ser decretadas de oficio sino a petición de parte en virtud del principio dispositivo que lo caracteriza.

- En cuanto a la necesidad de lograr la tutela judicial efectiva es necesaria para consumar el tan deseado “Estado de Derecho” donde el decreto de medidas cautelares juega un papel preponderante.

RECOMENDACIONES

Respecto del poder cautelar como herramienta para materializar la tutela judicial efectiva se debe refelexionar sobre lo siguiente:

- Es necesario destacar que las medidas cautelares en materia civil son pronunciadas siempre a petición de parte pero una vez cubiertos los requisitos de ley los jueces se encuentran en el “deber” de decretarlas porque más que una facultad es un deber en virtud de la potestad jurisdiccional.

- Existe la necesidad de ampliar por vía legislativa la potestad cautelar de los jueces, en la tendencia a desvincular el poder cautelar del juez de figuras típicas prefijadas, otorgándole un amplio poder, de manera que, según las particularidades de cada caso, pueda conceder la tutela provisoria adecuada, asegurando así la inmutabilidad de la situación de hecho o de derecho durante el curso del proceso para preservar la igualdad de las partes y evitar la violación de sus derechos frente a una amenaza objetiva y actual.

- El juez en materia civil, decreta las medidas a petición de las partes pero debería otorgársele la facultad de poder sustituir en materia de medidas innominadas, una medida por otra, es decir si la parte solicitante de la medida innominada solicita una determinada medida y el juez luego de hacer un examen exhaustivo de las actas; determina que conviene decretar otra medida innominada que cumple el mismo fin que la solicitada éste (el juez) debería tener la posibilidad de poder hacerlo

- Debe realizarse una reforma legislativa para darle mayor estructura a las medidas autosatisfactivas y anticipativas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes Documentales

- Álvarez, L. Manual de Derecho Procesal 2da edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992.
- Arias, F. El proyecto de Investigación. Introducción a la Metodología Científica. Caracas (Venezuela): Episteme C.A. 2004.
- Bernal, C. Metodología de la investigación para administración y economía, y ciencias sociales. Barcelona (España) Gedisa, 2002.
- Babaresco, A. M. Proceso Metodológico de la investigación. Maracaibo (Venezuela): Editorial de la Universidad del Zulia. 2006.
- Bello, H: Tutela Judicial Efectiva. 2da Edición. 1ra reimpresión. Caracas, 2009.
- Bello Tabares y Jiménez Ramos. Tutela Judicial Efectiva y otras garantías constitucionales procesales. Venezuela. Ediciones Paredes II. 2009
- Cuenca, H. Derecho Procesal Civil, Tomo I. Caracas. Ediciones de la Biblioteca Universidad Central de Venezuela. 2008.
- Casal, J. Tendencias Actuales del Derecho Procesal. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2007.
- Cabanellas, G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1996.
- Calamandrei, P. Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares, trad. Marino Arraya, Buenos Aires, El Faro, 1996.
- Calamandrei, P: Providencias Cautelares. Trad. Santiago Sentis Melendo. Argentina. Editorial Bibliografica Argentina, 1984
- Couture, E. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Depalma, 1976.
- Cuenca, H. Curso de Csación Civil. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1980.

- Henriquez, R. Instituciones del Derecho Procesal. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, 2010.
- Henriquez, R. Medidas Cautelares según el Código de Procedimiento Civil. Caracas. Ediciones Liber, 2000.
- Jiménez, S. Medidas Cautelares. Caracas. Kelran Editores, 1999.
- Márquez, L. Estudios de Procedimiento Civil. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1985.
- Molina, R. Reflexiones Sobre una Visión Constitucional del Proceso y su Tendencia Jurisprudencial. Caracas, Ediciones Paredes. 2002.
- Ortiz, R. Las Medidas Cautelares innominadas. Caracas. Paredes Editores, 1999.
- Ortiz, R. La Tutela Constitucional Preventiva. Caracas. Editorial Fronesis. 2001.
- Parra, F. Temas de Derecho Procesal vol. II libro homenaje a Félix S. Angulo Ariza. Tribunal Supremo de Justicia colección libros homenajes N° 10. Caracas-Venezuela, 2003
- Pérez, J. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Madrid, Editorial Civitas. 2001
- Podetti, R. Tratado de medidas cautelares. Argentina. Editar, 1969
- Rendetti, E. Derecho Procesal Civil Tomo II. Argentina, Ejea. 1957.
- Rocco, U. Tratado de derecho procesal civil, tomo V. 2da reimpresión. trd. Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1977.
- Urdaneta, C. Las medidas cautelares y provisionales en el Derecho Administrativo Formal Venezolano. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2004.

Revistas Legales:

Revista de la Facultad de Derecho N°. 59. Caracas. Universidad Católica
Ándres Bello.

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 94. Caracas.
Universidad Central de Venezuela, 1995.

Revista de Derecho Administrativo, N° 17. Caracas. Editorial Sherwood, 2003

Revista de Derecho Público Administrativo N° 15 mayo-diciembre 2002,
Editorial Sherwood

Fuentes Legales

Calvo, E. *Código de procedimiento Civil de Venezuela*. Caracas. Impresos
Lithobinder, 1992.

Código de Procedimiento Civil Gaceta Oficial: N° 4.209, de fecha
18/09/2009, Imprenta Nacional

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial N°
5.453 del 24 de marzo del 2000.

Fuentes documentales electrónicas

Tribunal Supremo de Justicia. En: [http: www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve).