

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

**Las pruebas para la procedencia de las medidas
preventivas con fundamento al artículo 585 del
Código de Procedimiento Civil.**

**Autor: Luis Alberto Petit Guerra
Tutor: Prof. Humberto Angrisano**

Caracas, octubre 2012

INDICE.

(Se indican títulos, subtítulos y páginas correspondientes).

- 1. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DESDE LAS PRUEBAS PARA SU PROCEDENCIA 1-3**

- 2. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL 3-5**

- 3. DE LA MEDIDA DE ARRAIGO COMO ANTECEDENTE DEL PELIGRO EN LA TARDANZA (“PERICULUM IN MORA”) Y EL SISTEMA DE PRUEBAS PARA SU PETICIÓN 3-9**

- 4. CONCATENACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PROCESALES CON LOS ELEMENTOS ACTUALES PERICULUM IN MORA Y FUMUS BONIS IURIS 9-19**

- 5. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE PRUEBAS RESPECTO A LOS ANTECEDENTES ACTUALES DEL PERICULUM IN MORA Y EL FUMUS BONIS IURIS 20-22**

- 6. DEL OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES 22-24**

- 7. DE LA FINALIDAD DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS 24**
 - a. Desde la doctrina 24-25**
 - a.1 De la doctrina extranjera 25-26**

a.2 De la doctrina venezolana	26-29
b. La finalidad como razón identificadora de las cautelas y su terminología	29-35
8. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DENTRO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	35-39
9. MANIFESTACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES (Y PREVENTIVAS) EN LA PRÁCTICA	
9.1. Cuadernos separados	39-45
9.2. ¿Incidencia o proceso cautelar?	45-51
9.3. Elementos del <proceso cautelar>	51
9.3.1. Jurisdicción Cautelar	52
9.3.2. Acción Cautelar	53-54
9.3.3. Pretensión Cautelar	54-57
9.3.4. Formas materiales del procedimiento	57-59
9.3.5. Sistema probatorio	59-61
9.3.6. Cosa Juzgada	61-63
10. NUESTRA CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DENTRO DEL RÉGIMEN CAUTELAR	63-67
11. DEL JUICIO DE VEROSIMILITUD	67
11.1. El juicio de verosimilitud según la doctrina	68-76
11.2. El juicio de verosimilitud según la jurisprudencia	76

11.2.a. Jurisprudencia referida al Código de Procedimiento Civil de 1916	76-77
11.2.b. Jurisprudencia referida al Código de Procedimiento Civil de 1987	78
11.3. De las conclusiones	79
12. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES	79-82
13. ¿QUÉ SE PRUEBA PARA LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS? LA CONCURRENCIA DE ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 585 CPC?	83-90
14. EL PERICULUM IN MORA: ENTRE PRUEBAS IMPOSIBLES Y PRUEBAS DIFÍCILES	90-99
15. ¿QUÉ SE “DEBERÍA” PROBAR PARA LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS? Una visión desde la Constitución	99
a. ¿Cómo funcionan los hechos notorios frente al peligro en la mora?	106-107
b. ¿Cómo funcionan las máximas de experiencia frente al peligro en la tardanza?	107-110
c. ¿Qué se debería probar del precepto 585 CPC?	110-114
16. PRESUNCIONES Y MEDIOS DE PRUEBAS	114-129

17. LA CARGA DEL SOLICITANTE, COMUNIDAD DE LA PRUEBA Y DEMÁS PRINCIPIOS PROBATORIOS APLICABLES A LAS MEDIDAS CAUTELARES	129-132
18. EL CONTRADICTORIO DE LAS PRUEBAS PARA LA PETICIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS	132-137
19. CONCLUSIONES	
I. De las conclusiones preliminares	138-142
II. De la conclusión final	142-143
20. PROPUESTAS	
20.1. De la reinterpretación del precepto 585 CPC	144-145
20.2. Desaplicación del precepto 585 CPC por control difuso	149-152
20.3. La derogatoria del precepto 585 CPC y la aprobación de otro	153-155
FUENTES CONSULTADAS	156-164

1. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DESDE LAS PRUEBAS PARA SU PROCEDENCIA.

A propósito de responder los objetivos trazados en este trabajo, y proceder a formular una hipótesis *-o varias-*, como las eventuales soluciones al problema que motivaron este estudio, se hace necesario establecer un estudio sistemático en la generalidad de nuestros Códigos procesales como en la doctrina, pues a su conjunto debemos buena parte de las medidas preventivas como las conocemos hoy.

En ese curso, debemos identificar el régimen de las medidas preventivas en cuanto a su objeto como en cuanto a su finalidad, pues de esa manera podremos pasar a analizar sus elementos de procedencia conforme al artículo 585 CPC, para luego, explicar cómo funciona el régimen probatorio aplicable a tales fines.

También se requiere una ubicación sistemática de las medidas preventivas según la legislación adjetiva que son lugar de estudio, para no confundirlas con otras de homologa naturaleza, como con otras cuya naturaleza también cautelar, pero no preventiva.

Cuando estén cubiertos estos puntos, estaremos en capacidad de sortear las inconsistencias que en nuestro modo, incurre tanto la doctrina como la jurisprudencia *-que es la razón de esta tesis-*, ya que en la práctica judicial se ha hecho tendencia el exigir algunas circunstancias que **no están explícitamente en la norma** *(nos referimos a probar cómo afectaría el peligro de la tardanza de los juicios la eventual ejecución del fallo)*, que en nuestro criterio sobrecargan al solicitante respecto de la prueba correspondiente de la pretensión cautelar; pero también exigir aspectos que caen dentro de las pruebas imposibles *(nos referimos a probar las conductas del deudor que pretendan enervar el cumplimiento del fallo)*, temas que están

directamente relacionados con la tutela judicial y el debido proceso –respecto del derecho a la prueba-, previstos sucesivamente en los artículos 26 y 49 del texto Constitucional.

Ahora bien, como el Código de Procedimiento Civil es anterior a la Constitución de 1999, también se requiere adoptar a ésta su contenido, y en eso la jurisprudencia puede aportar mucho, si se cuenta con operadores preparados desde lo Constitucional en la aplicación de las instituciones procesales. Hoy, las medidas cautelares en general (y dentro de éstas, las medidas preventivas) deben ser estudiadas de cara a dos derechos de igual valía como son la tutela judicial efectiva (art.26 CRBV) como el debido proceso (art.49 CRBV).

En consecuencia, si tomamos en cuenta que la Constitución vigente incorporó además el “acceso a la prueba” dentro del debido proceso (art.49.1. CRBV), siendo que el tema probatorio antes solo conseguía entidad adjetiva/instrumental, entonces indagar las consecuencias de su constitucionalización frente a las pruebas para la procedencia de las medidas preventivas, como hemos precisado en otro lugar.

A pesar de lo fundamental de esta comprensión del fenómeno probatorio desde lo Constitucional y no solo desde lo adjetivo, vale decir de antemano, como la doctrina y jurisprudencia patria investigada (relacionada con las medidas cautelares en general, y en lo específico al precepto 585 CPC donde circunscribimos nuestro estudio), ha omitido sortear estos caminos, limitándose a hacer énfasis muy general sobre la existencia de la tutela judicial y del debido proceso; pero sin atender demasiado –incluso omiten- cómo aplica la constitucionalización de estas figuras frente a las medidas cautelares, y menos, cómo se afecta el *sistema de pruebas en la procedencia de las medidas cautelares*, específicamente frente a las medidas preventivas –como en nuestro caso-.

Ello comporta un reto en la propuesta que nos ocupa, no solo para vislumbrar acontecimientos reflejos del campo de la prueba en esta materia, sino, y más importante, intentar responder las incógnitas no resueltas en la praxis judicial ni en la doctrina.

Nuestra propuesta, representa todo un reto discursivo, en tanto debatir con fundamento y criterio científico, y lograr –eso aspiramos- hacer una propuesta –o varias- que resuelvan las falencias o los problemas que identificaremos a lo largo de la investigación.

2. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL.

Uno de los primeros pasos de este trabajo investigativo, está en estudiar los antecedentes normativos que en la materia recogían los Códigos procesales y ver los cambios sucedidos, hasta la aproximación actual de cómo se encuentra regulada en la actualidad, convencidos que de esta manera conseguiremos comprender este fenómeno en forma global.

Así, para determinar el sistema de pruebas para la petición de las medidas cautelares según el Código vigente, se requiere investigar cómo funcionaba el mismo en las medidas preventivas que le antecedieron, pasando revista primero con el Código de 1916 le que sirvió de base, pero también revisando los antecesores de éste. En el libro procesal de 1916, encontramos que su artículo 368 disponía:

*“En cualquier estado y grado de la causa, desde que se presente la demanda, **siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya a lo menos presunción grave del derecho que se reclame**, podrá cualquiera de las partes pedir según los casos, el Tribunal acordar:*

1º. La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

2º. El secuestro de bienes determinados.

3°. *El embargo de bienes muebles.*”
(Subrayado nuestro).

Si observamos detenidamente la norma *supra* transcrita, encontramos que para el año 1916 el legislador procesal no exigía como presupuesto de las **medidas preventivas típicas** –según la clasificación del profesor ORTÍZ-ORTÍZ tratada adelante-, “la presunción grave de que quede ilusorio la ejecución del fallo” -periculum in mora-, sino la **presunción grave** del derecho reclamado, o *fumus bonis iuris*.

En cambio, en el Código de 1987, además de mantener ese elemento de probar “la presunción grave del derecho reclamado”, le adiciona el legislador en el artículo 585, que se acompañe medio de prueba de la presunción grave de que existe riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo. Este cambio sustancial, obliga a indagar no solo las razones de esta nueva regulación, como también, si antes del Código de 1916 habría –como parece- algún antecedente homólogo al peligro en la tardanza, como aparece en el vigente Código, que le permitiera al legislador actual “rescatarlo”.

En un breve repaso por nuestros orígenes “codificadores”, encontramos que el Lic. FRANCISCO ARANDA introduce las *medidas de secuestro y arraigo* en nuestro primer Código de Procedimiento Judicial de 1836¹, y sobre ésta última vamos a encontrar algunas similitudes respecto al sistema actual, que si no igual, constituye importante antecedente en la comprensión de nuestra tesis: **¿Qué es lo que se prueba** para la procedencia de las medidas preventivas previstas en el artículo 585 del Código de Procedimiento?, o como pensamos proponer, **¿qué es lo que se debería probar** en esos mismos términos?

¹ Del 12 de mayo de 1836.

Es el caso, que las medidas de secuestro y arraigo subsistieron con la reforma de 1897; en donde quedó incorporada la medida de prohibición la cosa litigiosa; hasta que en 1916 se circunscribe a la prohibición de enajenar y gravar sobre bienes inmuebles. Asimismo, se mantiene el secuestro; pero se suprime al arraigo, convirtiéndolo en embargo directo, como explica el maestro Borjas.²

En este contexto, se debe tener en cuenta que antes del Código de 1916, existieron otras reformas: las de 1863 (que no llegó a ponerse en ejecución); 1873, 1880, 1897 y 1904; pero en ninguna de dichas reformas hubo cambios sustanciales respecto al régimen cautelar que sean importantes en este trabajo. Sin embargo, a pesar de la eliminación de la *medida de arraigo*, corresponde primero como operadores (jueces en el área Civil y Mercantil), luego como investigadores (tesistas de la Especialización en Derecho Procesal Civil), analizar sus similitudes – respecto a sus elementos- respecto al régimen actual –respecto al peligro en la tardanza.

Será el estudio sobre la fundamentación científica de dicha figura de arraigo, la que permita obtener mayor información con miras a la presente investigación, pues encontramos similitudes entre *el arraigo* (Código del 1836) y *el peligro en la tardanza* (Código de 1987).

En este sentido, también recordar que según el Código de Procedimiento Civil 1916, la procedibilidad de las medidas preventivas “típicas” se circunscribe a **probar la presunción grave del derecho que se reclama; y no probar** –como en el actual- **el peligro en la tardanza, además del derecho que se reclama.**

² Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo IV, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, pp. 11 y 12.

3. DE LA MEDIDA DE ARRAIGO COMO ANTECEDENTE DEL PELIGRO EN LA TARDANZA (“PERICULUM IN MORA”) Y EL SISTEMA DE PRUEBAS PARA SU PETICIÓN.

La medida de arraigo a que hemos hecho referencia estaba prevista en el artículo 264 en el Código de Procedimiento Judicial de 1836 (Código Aranda) y como indicáramos arriba, se mantuvo en los Códigos sucesivos hasta que fue suprimida con el Código de 1916.

E, implicaba “la obligación del demandado de no salir del país mientras no presenten bienes suficientes para responder del monto de la cantidad demandada”³, en cuyo caso sus bienes quedarían hipotecados hasta el final del juicio; pero el demandado “también estaba investido de prerrogativa igual y podía, amparado en el tercer artículo, solicitar que el demandante afianzase las resultas del pleito, cuando se temiese fundadamente su posible ausencia del país (...)”.⁴

Es decir, constituye una medida especial que limita la salida del país, principalmente del deudor –aunque ya vimos que de la otra parte también-, siempre que en su descargo, no presentase bienes suficientes que quedaban hipotecados a favor del otro; lo que implica una suerte de hipoteca compulsiva en aras de garantizar las resultas del pleito. Ello quiere decir, que si por el contrario, se pusiera a disposición del tribunal bienes suficientes, no era procedente el arraigo del deudor, en tanto podría salir del país. De allí que se use en sentido común la palabra arraigo, para asociarlo a la permanencia de un sujeto a un fuero territorial cualquiera.

Sobre la naturaleza del arraigo –que se mantuvo en la reforma del Código de 1837-, aparecen unas interesantes conclusiones que hace LUIS

³ Ortiz-Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las medidas Innominadas. En el ordenamiento jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p. 139.

⁴ Quintero Muro, Gonzalo. *Medidas preventivas*, Caracas, Talleres Gráficas Ilustraciones, Caracas, 1961, p. 14.

SANOJO, en sus comentarios al Código de Procedimiento Civil de la época, donde especificó, que: *“Además del secuestro y del embargo trae la lei⁵ otra precaución para asegurar las resultas del juicio, cual es el arraigo. Este no es más que un embargo de bienes de una de las partes que quedarán afectos al pago de lo que se sentencie...”* (SANOJO: 1981. Pág.337)

Explicó sobre el objeto de la misma: *“...El arraigo se decretará solamente cuando **haya temor fundado de que la parte disipe, enajene u oculte sus bienes** ó de que pretenda ausentarse del territorio de la República ó cuando conste que está fuera de ella...”*⁶(Resaltado nuestro).

Se colige de lo expuesto, que el legislador procesal imponía cargas al demandante (como solicitante de la medida) de <probar> el temor “fundado” de que su deudor disipe, enajene u oculte sus bienes –sobre los que recaería la eventual ejecución-; y adicionalmente a la afectación de dichos bienes, se sometía al deudor a otras consecuencias, como es la prohibición de salida del país.

Lo que nos impulsó a estudiar el arraigo, como fuente del presente trabajo, fue la curiosidad de conocer los motivos que tuvo el legislador en la reforma de 1916 para eliminar esa medida [no en cuanto a la restricción personal de tránsito contra quien obre la medida de arraigo, porque aquí no tuvimos dudas de su inconstitucionalidad]; sino en cuanto al tema del *“temor fundado de que la parte disipe, enajene u oculte sus bienes”*, en el sentido de parecerse mucho, a la actual previsión del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil “que quede ilusorio la ejecución del fallo”.

Observamos, como el legislador de la época se anticipaba sobre los eventuales efectos que pudieran generar ciertos actos del deudor para defraudar el pago de lo que correspondiere a su acreedor demandante.

⁵ Castellano de la época.

⁶ Sanojo, Luis. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Fabretón Editores, Caracas, 1981, p. 337.

Estos eventos que regula el Código, los trata como artificios que pueda ejecutar el deudor (demandado), que eventualmente -de ser condenado-, quiera evitar cumplir o responder con sus bienes: *mediante la disipación, ocultamiento o enajenación de sus bienes*.

En consecuencia, según su contenido, el arraigo tiende a asegurar bienes del deudor sobre la materia en litigio, que realmente garantizaban la posible y futura ejecución; ergo, constituía una verdadera medida de embargo (preventiva); o *embargo directo* como citábamos antes de BORJAS.

Precisamente en este punto (de su fundamentación en cuanto al “temor fundado”), hemos tratado articular esta medida posiblemente con uno de los elementos de las medidas preventivas actuales (art. 585 CPC): el *periculum in mora* mediante la presunción grave de que queda ilusorio la ejecución del fallo; ya que como dijimos arriba, el Código de 1916 que antecede al actual, solo preveía la exigencia de la presunción de buen derecho y no el peligro en la tardanza.

Para los fines propuestos, resaltamos del artículo 264 del Código de 1836 la frase que: “...*haya temor fundado de que la parte disipe, enajene u oculte sus bienes...*”, que si analizamos con detenimiento, constituye el **elemento condicionante** de la medida, ergo, el temor fundado de que la parte deudora/demandada se quede sin bienes (los disipe, los enajene, los oculte); y, recordemos que la existencia del patrimonio de la parte, no tiene otra importancia, cautelarmente hablando, que garantizar a la otra la ejecución del fallo con dichos bienes.

Así las cosas, pareciera que esta medida [la de arraigo] ya disponía una clase *sui generis* del *peligro en la tardanza* –aunque en forma implícita-, pues la dilapidación de los bienes del deudor justifican la procedencia de la medida para que el fallo no quede ilusorio. Este contenido (fundado temor

que la parte disipe, enajene u oculte sus bienes), guarda relación con el tiempo del proceso, de forma que mientras más sea el tiempo que dure el juicio, existirá mayor riesgo de que la parte deudora pueda disponer de sus bienes.

Conforme a lo expuesto, en nuestro criterio, la medida de arraigo tiene una analogía directa frente al actual elemento del peligro en la tardanza o *periculum in mora*, en el sentido de que el tiempo obra en contra de la certeza del derecho y si no consigue el actor asegurar preventivamente los bienes del deudor, quedará ilusoria la eventual ejecución de una sentencia en su contra. Esa opinión, respecto a que el arraigo constituye, en nuestro criterio, un antecedente del actual *periculum in mora*, la hicimos en otro lado.⁷

En conclusión, el requisito de procedibilidad en la medida de arraigo según el artículo 264, era **el temor que el deudor dilapide, oculte o enajene sus bienes**; y el requisito de procedibilidad que le es afín en ese sentido según el artículo 585 CPC (aunado a que se pruebe el derecho reclamado), es el **temor de que por la tardanza del proceso, el deudor distraiga sus bienes** (o peligro de mora).

4. **CONCATENACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PROCESALES CON LOS ELEMENTOS ACTUALES PERICULUM IN MORA Y FUMUS BONIS IURIS.**

De los capítulos anteriores, se colige que si revisamos los requisitos para la procedencia de las medidas preventivas con el Código de 1904 (que mantiene el arraigo desde el Código de 1836) y con el Código de 1916 (que suprime el arraigo), tenemos que con el primero se exigía la *presunción*

⁷ Petit Guerra, Luis Alberto. *La medida de arraigo como antecedente del periculum in mora*, Boletín N°3 (Obra colectiva), octubre-noviembre, Instituto Venezolano de Derecho Procesal (Invedepro), Caracas, 1999.

grave del derecho reclamado y, con el segundo, la presunción grava que el demandado distraiga o dilapide sus bienes.

Aunque fue con la reforma del Código de 1987 donde se incorpora en forma expresa el requisito de la demostración presuntiva del peligro en la mora, o *periculum in mora* (riesgo que quede ilusoria el fallo), pues recordemos que en el Código anterior de 1916 solo se exigía la prueba presuntiva del derecho, es el caso que como comenta ORTÍZ-ORTÍZ, “*la jurisprudencia de la Corte –se refiere a la Corte Suprema de Justicia- atendiendo al Derecho comparado y a la doctrina extranjera, había hecho aplicación práctica la necesidad de probar, el peligro en el retardo, que luego estableció el legislador en el artículo 585...vigente*”.⁸

Empero, el peligro en la tardanza y que quede ilusorio el fallo, **a pesar de que no era una previsión legal expresa** (con el Código de 1916), el foro judicial lo exigía, que pensamos quedó patentado desde la asunción de la medida de arraigo –a pesar que había sido derogada para la reforma del Código de 1916-.

Por lo expuesto, somos del criterio que con el arraigo se consigue (Código de 1836), una forma *sui generis* del *periculum in mora*; y posiblemente se haya repetido (el temor de la dilapidación de bienes) con el legislador del Código de 1916, pero nunca que haya sido consagrado de manera expresa sino hasta el Código de 1987, hoy vigente en el artículo 585 en estudio. Dicho aserto está en sintonía con los doctrinarios más calificados de la época, entre los consultados aparecen RAMÓN FEO⁹, ARMINIO

⁸ Ortiz-Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas. En el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p.141

⁹ Feo, Ramón F. *Estudio sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Colección Obras Clásicas Jurídicas Venezolanas, N°2, editorial Rea, Caracas, 1962.

BORJAS¹⁰, LUIS SANOJO¹¹, HUMBERTO CUENCA¹², OSCAR LAZO y JUANA MARTÍNEZ LEDEZMA¹³ y por último, PEDRO ALID ZOPPI.¹⁴

Respecto al artículo 585 del Código de Procedimiento Civil vigente, se encuentra contenido en el título I (De las medidas preventivas), que forma parte especial del Libro Tercero (Del procedimiento Cautelar y otras incidencias). De entrada una aclaratoria terminológica –aunque será explicado más adelante-, ya que según la estructura del Código adjetivo el libro Tercero contiene el proceso cautelar general como tal, y el título I está referido únicamente a la regulación y estructura de las medidas preventivas. Esta diferencia a la postre, no resultará baladí.

Del contenido del referido precepto, se desprenden los requisitos para la procedencia de las medidas preventivas previstas, como son: **(i)** “... cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y...”, **(ii)** siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.”

Estos elementos son los que ha denominado la doctrina como **periculum in mora** o peligro en la tardanza o mora, es decir, peligro de que el retardo sobre el desenvolvimiento normal del proceso, se convierta en un riesgo manifiesto de que quede ilusorio la eventual ejecución del fallo final; como el **fumus bonis iuris** o humo de buen derecho, que es el medio para probar esa circunstancia (del peligro del retardo procesal), así como probar el derecho que se ha reclamado.

¹⁰ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo IV, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964.

¹¹ Sanojo, Luis. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Fabretón Editores, Caracas, 1981.

¹² Cuenca, Humberto. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I y II, Colección Ciencias Jurídicas y Políticas, Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994.

¹³ Lazo, Oscar [y] Martínez Ledezma, Juana. *Código de Procedimiento Civil de Venezuela*. Concordado y Anotado, Tomo III, Gráficas Armitano, C.A., Caracas, 1979.

¹⁴ Zoppi, Pedro Alid. *Providencias Cautelares*, Colección Humberto Cuenca, N°6, editorial Vadell Hermanos, II edición, Valencia, 1988.

Respecto de los elementos de procedencia cautelar del nuevo Código, expuso ZOPPI:

“Lo que sí constituye una novedad, por decirlo así, es el requisito de evitar el riesgo de una ilusoriedad del fallo. Esto era entendido por nuestra doctrina y jurisprudencia, de modo que siempre se tenía presente que el objeto de la medida era evitar ese riesgo, aun cuando el viejo Código lo contemplaba exclusivamente para la entonces conocida medida preventivo-ejecutiva –desaparecida en el nuevo Código- y, que se acordaba cuando, dictaba sentencia de última instancia el perdidoso anunciaba y se le admitía recurso de casación...” (ZOPPI:1998. Pág.13)

De manera que si bien, respecto al Código de 1916, el legislador procesal actual (1987) incorpora un nuevo elemento (*periculum in mora*), no modificó del todo el sistema de pruebas –respecto a las presunciones- en materia de las medidas preventivas, según las siguientes reflexiones. Encontramos en lo relativo a las medidas preventivas, que en el nuevo Código del Procedimiento Civil, si bien se efectuaron cambios sustanciales en el sistema presupuestal (de sus elementos), así como mejoró el sistema procedimental (de lo que algunos llaman *incidencia*); así como estableció motivos de caucionalibilidad (art. 590 CPC); o la eliminación del arraigo por el embargo, etc.), entre otros avances; *no introdujo cambios en cuanto a la manera de probar estas circunstancias concurrentes.*

Es decir, se mantiene la exigencia de lo presuntivo de los elementos de procedencia. Como el Código de 1916 exigía la “...*presunción grave del derecho que se reclame...*” (art.368), con el Código de 1987 se exige la “... *presunción grave de esta circunstancia* –referido al peligro quede ilusorio la ejecución del fallo- *y del derecho que se reclama.*” (art.585). La simple lectura de estos preceptos, permite hacer una observación primaria, sobre dualidades y diferencias. Como **premisa de identidad**, conseguimos que para la procedencia en ambos preceptos bástese el sistema de presunciones; y como **premisa diferencial**, que con el Código de 1916 esa

presunción es para acreditar el derecho que se reclama –que sería el *fumus bonis iuris* o humo de buen derecho- y para acreditar el peligro que quede la ejecución del fallo –que sería el peligro de mora o en la tardanza-.

La identificación de esta última diferencia en cuanto a lo que se debe probar por vía presuntiva, constituye clave en las líneas de esta investigación, para explicar el por qué de ese cambio en la regulación procesal, pero también, si fue conveniente la incorporación de un nuevo elemento para la procedencia de las medidas preventivas.

Otro aspecto particular si se comparan las previsiones de los Códigos de 1916 y 1987 sobre la procedencia de las medidas preventivas, es que el legislador mantiene el sistema de presunciones, en tanto *en ningún lado está exigiendo que el demandante acredite la plena prueba de los elementos de procedencia*. Este aserto es bastante, porque chocará con lo que venía asumiendo la jurisprudencia de la época de 1916, como comenta BORJAS tratado más adelante, en el sentido que según la judicatura –y secundada por buena parte de la doctrina especializada- se exigía plena prueba para la procedencia de las medidas preventivas. Ora, insistimos, eso no era lo regulado en la literalidad del art.368 (Código de 1916).

Resaltamos como homólogo en uno y otro Código, el requerimiento presuntivo en cuanto a su procedencia, lo que sugiere que “en principio”, no provocó ningún cambio respecto a la forma probatoria a tales fines. No obstante, obligados a hacer un estudio con base científica, revisemos los comentarios sobre los cambios observados, ya que por ejemplo, cuando estudiamos el Código de 1904, conseguimos algunas cuestiones fundamentales por cuyo motivo colocamos arriba en comillas, que “en principio” en el Código de Procedimiento Civil de 1916, no se exigía plena prueba de la procedencia de los elementos para la procedencia de las medidas preventivas.

Frente al Código de 1916, explica el maestro BORJAS sobre la procedencia cautelar, que:

“...el fumus bonis juris, la presunción fundada de existir el derecho reclamado, es evidentemente necesaria, porque la presunción legal de que todo poseedor se halla en el goce de un derecho legítimo, y conforme a la cual es siempre mejor la condición del que posee, no puede ser destruida sino por una presunción contraria, es decir, por aparecer verosímil que la contraparte del poseedor reclama con derecho que se le garantice y tutele por medio de la medida de precaución que solicita.” (BORJAS: 1964, Pág.15)

Aunque se colige del maestro, que estamos en presencia de un sistema presunciones, como aquellas que acrediten la concurrencia de los elementos para la procedencia de la medida, pero también que pueden ser desvirtuadas –sus elementos de procedibilidad- con otras presunciones, luego hace un planteamiento que nos trajo a este debate sobre si existía plena prueba o no, ya que advierte que: *“Antes de la reforma de 1916 el legislador no se conformaba con el fumus, con la presumible verdad del derecho reclamado..., sino que exigía la constancia del derecho reclamado, aunque fuese por declaración de testigos, en caso de ser admisible esta prueba...”*¹⁵

Cuando el autor se refiere a que el legislador no se “conformaba” con el fumus (humo o apariencia), entendemos a que no bastase la presunción, sino la acreditación del derecho reclamado. Ora, ¿ello es suficiente como para decir que se exigía plena prueba?

Según nuestro estudio, antes del Código de 1916 [especialmente con el Código de 1904 y sus predecesores] no se aceptaban las presunciones de la circunstancia de procedencia (el fumus bonis iuris o humo de buen derecho), el cual debía ser probado en forma plena.

¹⁵ Ob. Cit., p. 15.

Sin embargo, no responde BORJAS, qué sucedía en existencia del arraigo (desde 1836 a 1904), y no podríamos deducir y menos suponer, que también era exigible la plenitud de prueba de su circunstancia de procedibilidad (que el deudor intente dilapidar sus bienes); ello porque hay que recordar que frente al arraigo no se exigía demostrar el derecho, como bien enseña SANOJO “*que para obtener el decreto de arraigo en los casos que se da, no es menester que esté comprobado el derecho del solicitante...*”¹⁶

Efecto de lo anterior, vemos que el elemento del artículo 585 actual, como es el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, en sí, no dista mucho de la circunstancia particular del arraigo: “**temor fundado de que el deudor distraiga los bienes de su patrimonio**”, ya que si el juicio prosiguiera (y se retardara su ejecución) aumentaría el riesgo de que el deudor, en detrimento del acreedor haga ilusorio la ejecución del fallo [*en el sentido que le atribuye la medida preventiva del artículo 585 CPC*], porque aquél oculte, disipe o enajene sus bienes [*en el sentido que le atribuye la medida arraigo*].

En este estado, intentemos explicar a qué se refiere el legislador procesal, cuando en el Código Adjetivo de 1916 como en el Código Adjetivo vigente de 1987, se refiere a *demostrar el derecho reclamado*, que es el denominado *fumus bonis iuris*. Entendemos por <derecho del solicitante>, la pretensión misma que se acciona a través de la demanda, que por virtud del material probatorio –in limine- se hace “presumible” en autos, y lo releva de probarlo en extenso; o dicho de otra manera, solo debe acreditarse de <forma posible>, que sea <probable>.

De modo que el solicitante no está obligado a probar “su derecho” en esa fase del juicio (donde solo pide la cautela), sino a acreditarlo en forma

¹⁶ Sanojo, Luis. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Fabretón Editores, Caracas, 1981, p. 337.

verosímil o probable. En términos probatorios, mediante medios posibles o creíbles.

También es importante saber, que desde siempre el legislador procesal permitía al juez una suerte de discrecionalidad delegada –sin decirlo en forma explícita- *al momento de analizar las pruebas para la procedencia de las cautelas*, porque sea que antes se exigiera plena prueba –como veremos- o desde que se matiza ese requisito y se exige prueba verosímil – como en la actualidad-.

Verifiquemos esta afirmación en cada normativa:

En el artículo 266 del **Código de Procedimiento Civil de 1904** se establecía: *“Si el juez encontrare ser insuficiente la prueba producida para solicitar el secuestro o el arraigo, podrá así declararlo, disponiendo que se amplíe,...”* (Subrayado nuestro).

Cuando se lee este precepto se observa que está referido únicamente a las medidas de secuestro y arraigo, obviando mención alguna frente a la <prohibición de enajenar la cosa litigiosa¹⁷>, que fue introducida en la reforma de 1897; pero aunque a pesar de que no abarca a todas las medidas nominadas del momento, sirve para destacar como se faculta al juez a hacer un estudio liminar del tema probatorio, analizando los medios que le fueron producidos y exigiendo la ampliación si así lo considerase.

Esta norma, guarda a su vez correspondencia con el artículo 379 del **Código de Procedimiento Civil de 1916** que establecía:

*“Cuando el juez encontrare **deficiente la prueba producida para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia, determinándolo**. Este auto será apelable en un solo efecto. Si por lo contrario, hallase bastante la prueba, decretará la medida solicitada y procederá desde luego a su*

¹⁷ Esta medida queda sustituida en el Código de Procedimiento Civil de 1916 por <La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles>, y se encontraba prevista en el ordinal 1º del artículo 368.

ejecución, sin oír apelación. En ambos casos, dicho decreto deberá dictarse en el mismo día en que sea hecha la solicitud.” (Resaltado nuestro).

En este supuesto, al igual que el anterior, se deduce la facultad inquisitoria al juez de instancia, que al recibir la prueba promovidas con fines cautelares, podía no establecer su suficiencia, en cuyo caso podría exigir su ampliación mediante auto expreso. En este caso, hay que distinguir insuficiencia de prueba con falta absoluta de ella, como explica BORJAS, ya que el precepto en estudio es atinente a la insuficiencia, porque en contrario –por falta absoluta de prueba-, debe negarse la solicitud cautelar.¹⁸

Por su parte, el vigente Código de Procedimiento Civil de 1987, dispone en su artículo 601, la facultad del juez respecto a la ampliación de pruebas a fines cautelares, que indica:

*“Cuando el Tribunal encontrare **deficiente la prueba producida para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia, determinándolo.** Si por el contrario hallase bastante la prueba, decretará la medida solicitada y procederá a su ejecución. En ambos casos, dicho decreto deberá dictarse en el mismo día en que se haga la solicitud, y no tendrá apelación” (Resaltado nuestro).*

Como se aprecia, su contenido es casi idéntico al previsto en el Código anterior salvo cambios de estilo, pero mantiene en esencia el propósito del legislador: *otorgarle al juzgador una función delegada de investigación* respecto al material probatorio que aporta los elementos para la procedencia cautelar, o examen sucinto (*summaria cognitio*) como lo define el maestro HENRÍQUEZ LA ROCHE.¹⁹

¹⁸ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, tomo IV, Ediciones Sales, 3ª ed., Caracas, 1964, p.55

¹⁹ Henríquez La Roche, Ricardo. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, tomo 4, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, Caracas, 2009, p.429.

De la recopilación de las normas copiadas se colige no solo el poder del juez en el tema de la verificación de las probanzas a fines cautelares, sino, y más importante en el tema que nos ocupa, que no se trata probar absolutamente los elementos de procedencia, entonces, se les da tratamiento de pruebas presuntivas, pues se le da al juez la facultad de pedir se les amplíe, cuando no generen en su criterio, mayor credibilidad –en términos de que sean verosímiles y no que sean plenas-.

En este sentido, y al margen de los comentarios de BORJAS respecto a que las medidas preventivas no tuvieron correspondencia frente a los jueces porque exigían *plenitud probatoria* (con el Código de 1916), pero que luego fue cambiado a *verosimilitud probatoria* (con el Código de 1987), esta facultad de los jueces de pedir ampliación de pruebas, nos parece, es un indicativo que los mismos ejecutan un juicio *in limine* sobre los medios producidos, considerando en nuestra opinión, que constituyen *juicios de valor* [como se explica en el Nro.12] –no en sentido de peso o valor de prueba-, sino, que entran en la esfera de sus conocimientos privados, y donde cada juzgador tiene una escala de valores que difieren de unos a otros, pero en ese es un punto que abordaremos más adelante. De allí, que a veces se tenga el sistema preventivo dentro de la llamada discrecionalidad delegada.

Sobre este aspecto de la discrecionalidad [que nosotros llamamos delegada], según ORTÍZ-ORTÍZ, “*en modo alguno significa arbitrariedad pues la norma está dejando la potestad de complementar con su apreciación el supuesto de hecho*”²⁰; por eso prefiere llamar a este atributo como “discrecionalidad dirigida”²¹, donde escribe, que entra “*en juego el arbitrio del juez para valorar la prueba producida.*”²²

²⁰ Ortiz-Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las medidas Innominadas. En el ordenamiento jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p. 135.

²¹ *Ob. Cit.*, p. 135.

²² *Ibidem*, p. 135.

Volviendo con las dudas que planteamos arriba sobre si es suficiente lo previsto en los Códigos de 1904 y 1916, para afirmar –como dice BORJAS- que se exigía plena prueba o no, a distinción del Código de 1987, donde si estamos seguros se proscribía toda exigencia de plenitud de prueba, analicemos los comentarios del DR. HENRÍQUEZ LA ROCHE en este aspecto.

Para este autor, y máximo comentarista del Código de Procedimiento Civil vigente, tal y como afirmó BORJAS –máximo comentarista del Código de Procedimiento Civil de 1916-, en éste último texto adjetivo se exigía la plenitud de prueba para la procedencia de las medidas; siendo una de las bondades del Código vigente, cambiar esa exigencia.²³ También observamos, que el Código de 1916, *no se exigía (expresamente) demostrar el peligro en la tardanza o periculum in mora.*

Por estas razones, llegamos a los siguientes resultados preliminares:

(a) Comenzaba a ventilarse (*si bien no claramente*) al menos en la mente del foro para la época, la situación que representaba el peligro en el retardo (*periculum in mora*), asimilado al hecho de que el deudor distraiga sus bienes (como era el fundamento del arraigo); y de allí, la conexión que hemos hecho con el elemento del artículo 585 Procesal vigente, relativo al peligro en la tardanza o mora del proceso y,

(b) Se disminuía el rigorismo de la plena prueba para la petición de las medidas preventivas.

Ahora bien, con base a lo expuesto estamos obligados a hacer un paralelismo desde cuándo y por qué, tuvieron lugar los cambios para entender, el manejo probatorio en sede cautelar.

²³ Henríquez La Roche, Ricardo. *Medidas cautelares*, en: Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil (obra colectiva), Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie eventos, Nro.4, Caracas, 1986, p.192.

5. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE PRUEBAS RESPECTO A LOS ANTECEDENTES ACTUALES DEL PERICULUM IN MORA Y EL FUMUS BONIS IURIS.

Anteriormente estudiamos que la exigencia de la plenitud para comprobar los requisitos de exigibilidad comenzó a cambiar. Nos preguntamos si aplicaba esa exigencia para demostrar el derecho reclamado (Código de 1916) o para demostrar que el deudor intentada dilapidar sus bienes (Código de 1904 y anteriores), ello para saber luego, qué es lo que se prueba y cómo se prueba para la procedencia de las medidas preventivas vigentes (Código de 1987).

Cuando se analiza el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil de 1916, atrás transcrito (ver Nro.4), que regula las medidas preventivas (de las llamadas típicas), tenemos que así como en el arraigo no se exigía expresamente el **periculum in mora** (peligro en la tardanza o en la mora del proceso) por no ser un elemento para su procedencia, si existía en cambio el elemento **fumus bonis iuris** –tal como se concibe hoy día en el artículo 585 vigente-.

En forma sistemática e histórica hemos trajinado la vida de las medidas preventivas en nuestros Códigos Procesales, y de las características y elementos que le son propias, hemos ido obteniendo información sobre la aplicación del sistema de pruebas, que permita responder las inquietudes de esta tesis, en cuanto a cómo funciona el sistema de pruebas (respecto de las presunciones) para la procedencia de medidas cautelares actuales.

Sobre uno de esos elementos, el **fumus bonis iuris** que tratamos ut supra, resaltamos los comentarios que al respecto expresó BORJAS, quien

en su decir: “...*Tal exigencia, que para ser plenamente satisfecha hubiera puesto al solicitante en la necesidad de adelantar la prueba de la acción deducida o de la excepción opuesta,...no fue nunca rigurosamente aplicada por los tribunales...*”²⁴

Este mismo autor, para explicar su punto de vista cita a FEO, a quien le atribuye la afirmación respecto al proceder de los tribunales “...*los cuales se conformaban con una demostración bastante o convencerles,...de que tenía base racional la reclamación, de que no era una temeridad, de que el solicitante tenía prueba que hacía creíble o verosímil su pretensión...*”²⁵

Por este aspecto, BORJAS opina: “...*Tal interpretación que era conforme con la doctrina y con la jurisprudencia universal, indujo al legislador a paliar, en su última reforma, el rigor primitivo, y a exigir, no la constancia del derecho reclamado, sino alguna prueba que constituyese a lo menos una presunción grave de él.*”²⁶

Inferimos de su explicación, que dada la inoperancia del sistema cautelar de 1904, comenzaron a fraguarse cambios en la estructura, sobre todo lo referido al aspecto de cómo probar las circunstancias del derecho reclamado del solicitante cautelar. Según parece, la exigencia de **plenitud de prueba** a los fines de petitionar la medida para demostrar el derecho reclamado, ya comenzaba a hacer mella en la mente de los litigantes y de los magistrados del foro, en el sentido de que fueron aplacando el rigorismo, hasta aceptar la presunción grave o **juicio de verosimilitud** con la reforma del Código de 1916.

Comparar la verosimilitud con la plenitud de prueba, implica entender un cambio diametral sobre el sistema de pruebas en la petición de las

²⁴ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo IV, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, p. 16.

²⁵ *Ob. Cit.*, p. 16. [Cita como fuente a Feo; obra citada, Tomo II; página 158.]

²⁶ *Ibidem*, p. 16.

medidas preventivas, tema sobre el que volveremos adelante a propósito del estudio de las presunciones. Solo adelantaremos, que como enseña SENTIS MELENDO no constituye en sí un elemento probatorio²⁷, sino, preferimos decir, es una consecuencia sobre el juicio de probabilidades propio del sistema de presunciones.

Pero explicar cómo aplican las *presunciones graves* a que hace referencia el artículo 585 procesal, pasa por entender previamente dos temas tan importantes como relacionados, (i) el objeto *–que se afecta–* o sobre el que recaen las medidas preventivas, como (ii) la finalidad *–que es el sentido–* de dichas medidas preventivas, temas que abordaremos en ese orden.

6. DEL OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Hay que destacar que las medidas preventivas a las que hace referencia el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, están circunscritas a las denominadas medidas típicas o nominadas siguiendo la calificación de nuestro profesor ORTÍZ-ORTÍZ²⁸. La terminología de preventiva viene desde el Código de 1916, ya que anteriormente, los reformadores del Código de 1897, denominaron medidas precautelativas, como se puede colegir de BORJAS.²⁹

Las medidas preventivas previstas en el artículo 585 CPC, comprenden aquellas previstas en el artículo 588 *eiusdem*: (a) el embargo de bienes muebles; (b) el secuestro de bienes inmuebles y, (c) la prohibición de enajenar y gravar. Aunque no es la intención de la tesis escudriñar la tipología y requisitos de cada una de estas medidas, se comprende de esta

²⁷ Sentís Melendo, Santiago. *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Editorial Jurídica Europa-América, E.J.E.A., Buenos Aires, 1979, p.294.

²⁸ Ortíz-Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas. En el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p.147.

²⁹ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo IV, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, p.79.

clasificación que se orienta entre las que dice QUINTERO TIRADO, que se toma en cuenta *“la finalidad u objeto inmediato de la medida”*³⁰. En todo caso, aclaramos de esta clasificación, que el objeto (bienes tangibles) sobre las que recaen, tiene incidencia directa con el tema de la propiedad; pues unas medidas se refieren sobre bienes propiedad del demandado, y en otros casos (como el caso del secuestro), sobre bienes que son propiedad del propio demandante; lo que obliga a asumir y entender que se afecta el derecho de propiedad en general (del demandante y del demandado), que por tener protección constitucional, se relaciona directamente con el tema de la ponderación de derechos y valores.

Es importante el tema, ya que en la actualidad si se afectasen bienes propiedad de terceros, pueden hacerse presentes en los procedimientos respectivos según las formas de tercería (ordinales 1º y 2º el artículo 370 CPC), para defender sus derechos. Por todo lo indicado, desde siempre, el legislador procesal consideró que los bienes sobre los cuales podría recaer las medidas preventivas, al igual a lo que regula el Código vigente, estaban destinadas a las que estrictamente puedan responder de las resultas del juicio³¹. Damos por supuesto, que los bienes deben ser de exclusiva propiedad del deudor, salvo el caso de la medida de secuestro, cuyas características especiales hacen que se **<desposea>** jurídicamente al deudor de un bien cuya propiedad no la tiene atribuida; sino que tiene *derechos in rem*

Por ese motivo, el artículo 587 del CPC prevé: *“Ninguna de las medidas de que trata este Título podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquél contra quien se libren, salvo los casos previstos en el artículo 599.”* Por su lado, en el Código de Procedimiento Civil derogado

³⁰ Quintero Tirado, Mariolga. *Introducción al estudio de las medidas preventivas*, Ediciones Síntesis Jurídicas, colección Clínica Jurídica, Caracas, 1974, p.77.

³¹ Artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, de 1916.

(1916), los bienes susceptibles de secuestro estaban dispuestos en siete ordinales, en el artículo 375, cuya taxatividad se mantiene, con las mejoras de forma, contenido y técnica, en el artículo 599 del Código vigente.

Sobre las ejecuciones y los bienes excluidos, el antiguo Código Civil en su artículo 2001, disponía su respectivo catálogo. Estos mismos bienes, permanecen también como inejecutables en la reforma del Código Civil de 1982, y están comprendidos en el artículo 1929, que establece:

“No están sujetos a ejecución: 1º. El lecho del deudor, de su cónyuge y de sus hijos; 2º. La ropa de uso de las mismas personas y los muebles y enseres de que estrictamente necesiten el deudor y su familia; 3º. Los libros, útiles e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio del deudor; 4º. Los dos tercios del sueldo o pensión de que goce el deudor; 5º. El hogar constituido legalmente; 6º. Los terrenos o panteones y sus accesorios, en los cementerios.”

Esta aclaratoria la hacemos, en el sentido de señalar que obviamente estos bienes (art.2001 derogado y 1929 vigente) no podrían ser objeto de medidas preventivas, pues carecería de fundamento legal, o lo que es lo mismo: *carecerían de utilidad para el acreedor.*³²

7. DE LA FINALIDAD DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.

- a. *Desde la doctrina. a.1. doctrina extranjera; a.2. doctrina patria;*
- b. *La finalidad como razón identificadora de las cautelas y su terminología.*

a. Desde la doctrina.

En la doctrina calificada se reconoce como cautelar todas las medidas que se relaciona con prever la ejecución el fallo del mérito; no así las otras

³² Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I y II), Tomo I, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, p. 55.

medidas que nosotros hemos llamado provisionales y, hasta especiales. Estas posiciones afirman nuestra insistencia en señalar que será la finalidad de cada medida la que determine su naturaleza (cautelar o no cautelar).

En este viaje por aprender, encontramos algunas posiciones de relativa importancia, de las que se observa en la gran mayoría, un común denominador:

a.1. De la doctrina extranjera.

El maestro uruguayo EDUARDO COUTURE, explica en su obra *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*: *“Las medidas cautelares sólo se justifican por el riesgo que corre el derecho que se debate o ha de debatirse en el proceso principal.”*³³

Por otro parte, CALAMANDREI refiriéndose a éstas medidas o providencias reconoció su justificación para *“...evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (periculum in mora); la cual, mientras se esperan las providencias definitivas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisoriamente sus previsibles efectos.”*³⁴

CARNELUTTI señala: *“Cautelar se llama al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)...”*³⁵

Los profesores argentinos ROLAND ARAZI y MARIO KAMINKER, en tesis compartida, refiriéndose a las cauteles, explican que *“...su finalidad es la afectación de cosas o personas al resultado de un proceso, al que*

³³ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 326.

³⁴ Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. I, Buenos Aires, 1973, p.157.

³⁵ Carnelutti, Francesco. *Las Instituciones del Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. I. Buenos Aires, 1973, p.86.

*acceden, para evitar que el tiempo que transcurre entre la promoción del juicio y el dictado de la sentencia tornen ilusorios o frustren los derechos que al Tribunal fueran confiados para su protección...*³⁶

Para el procesalista peruano QUIROGA LEÓN, las medidas cautelares constituyen mecanismos de protección y garantía del resultado del proceso iniciado (o por iniciarse) con la finalidad de evitar que el derecho controvertido sea iluso al demandante en el proceso.³⁷

a.2. De la doctrina venezolana.

La revisión de la doctrina extranjera, quisimos compararla con la doctrina patria al respecto; lo que nos llevó nuevamente al campo de la concordancia sobre el tema.

Así, comenzamos con uno de nuestros clásicos expositores, RAMÓN FEO (Código de 1897), quien expone:

*“Las medidas precautelativas tienen por objeto evitar que se llegue a burlar el derecho de la parte; bien porque al fin del juicio haya de encontrarse con que no existen bienes sobre que hacer efectivo su derecho, por manejos de su contrario; bien porque se le pongan estorbos indebidos a su procedimiento judicial, embarazando el curso de él para fines incorrectos.”*³⁸ (FEO: 1962. Pág.155).

El maestro BORJAS, en su brillante trabajo sobre el Código de Procedimiento Civil (de 1916), en lo atinente a las Medidas Preventivas, justificó:

³⁶ Arazi, Roland y Kaminker, Mario. *Algunas reflexiones sobre la anticipación de la Tutela y las Medidas de satisfacción Inmediata (autosatisfactivas)*, ponencia que formó parte de las XVI Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, celebradas en Brasilia, Brasil, del 10 al 14 de agosto de 1998.

³⁷ Quiroga León, Anibal. *Estudios de Derecho Procesal*, editorial Idemsa, Lima, Perú, 2008, p.146.

³⁸ Feo, Ramón F. *Estudio sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Colección Obras Clásicas Jurídicas Venezolanas, N°2, editorial Rea, Caracas, 1962, p.155.

“...Quedar burlado de la cosa que fue materia del litigio, ni hallar manera de hacer efectivo el pago de las costas, es una posibilidad que los legisladores de casi todos los pueblos modernos han querido evitar a los litigantes, autorizando al efecto medidas preventivas más o menos eficaces.” (BORJAS: 1964, t.IV, Pág.11).

El autor NICOLÁS VEGAS ROLANDO, en su obra *Las Medidas Preventivas Mercantiles*, refiere en cuanto a las medidas preventivas, que *“su fin es esencialmente no hacer ilusoria la decisión del Juez, cuando llegue el caso de la ejecución de la sentencia...”*³⁹

LEOPOLDO MARQUEZ AÑEZ se pronuncia en los siguientes términos: *“...Dentro de este concepto de finalidad de la medida preventiva, está el de 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....”*⁴⁰

En vigencia del Código de 1987, nos iniciamos con PESCI-FELTRI, quien a propósito de la entrada vigencia del texto legal, que modificaba sustancialmente el mecanismo de las medidas preventivas, asintió en sus comentarios: *“...La concesión de las medidas preventivas establecidas en el ordenamiento procesal venezolano, tiene como finalidad asegurar al demandante el resultado final que se ha propuesto obtener al requerir la intervención del órgano jurisdiccional...”*⁴¹

Por su parte JIMÉNEZ SALAS, en su obra *Medidas Cautelares*⁴², refiriéndose a su finalidad, señala de manera casuística:

³⁹ Vegas, Nicolás Rolando. *Las Medidas Preventivas Mercantiles*, Editora Forense Venezolana, S.R.L., Caracas, 1976, p. 91.

⁴⁰ Márquez Añez, Leopoldo. *Estudios de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, p.174.

⁴¹ Pesci-Feltri, Mario. *Algunas Consideraciones Sobre el Código de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p.163.

⁴² Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, Caracas, 1999, p.17.

“A) Evitar que se burlen las decisiones judiciales; o más bien para garantizar que la voluntad de la ley emitida por la jurisdicción efectivamente se materialice; B) ...Evitar la insolvencia del obligado; C) Garantizar el crédito insoluto o el incumplimiento obligacional...” Finalmente concluye, que: “...Las medidas cautelares tienen por finalidad otorgar garantías de salvaguardar el contexto de lo reclamado, cuando es ejercida oportunamente y con fundamento...” (JIMÉNEZ SALAS: 1999. Pág. 17)

Otro de los consultados, el profesor ISRAEL ARGÜELLO LANDAETA en un pequeño pero interesante trabajo denominado *Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva*, explicó lo que según él debe entenderse como tutela preventiva y tutela cautelar, y es en ésta última donde ARGÜELLO cree se manifiesta:

“la finalidad de anticipar la actuación del derecho, no ante la aparente existencia de un peligro genérico, sino la de un determinado peligro específico, es decir, por el peligro de que la actuación definitiva y directa del derecho sea en su momento imposible, por haberse alterado maliciosamente la situación de hecho y de derecho durante el transcurso del juicio.” (ARGÜELLO: 1989. Pág.42)

MARIOLGA QUINTERO TIRADO, sobre la finalidad de las cautelas, precisó: *“...Dentro del sistema del Código, el objeto genérico de las medidas cautelares se contrae a asegurar la ejecución del fallo...”*⁴³

El autor PEDRO ALID ZOPPI⁴⁴, ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia, confirma la posición de que la finalidad de las medidas preventivas (las llamadas típicas), es el que no quede ilusorio la ejecución del fallo, pero explica que esa es la concepción genérica, pues según aduce, cada una de las medidas tiene una finalidad específica y propia.

⁴³ Quintero Tirado, Mariolga. *Las Medidas Cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil* en: Revista de Derecho Privado (Obra colectiva), Universidad Central de Venezuela, enero-marzo, Caracas, 1986, p.182.

⁴⁴ Zoppi, Pedro Alid. *Providencias...*; *Ob. Cit.*, p.32

El jurista ROMÁN J. DUQUE CORREDOR, también ex-magistrado de nuestra Corte, explica sobre ello, que su “...*finalidad es la de garantizar la eficacia de las sentencias que lleguen a dictarse y la evitar daños irreparables o de difícil reparación a las partes mientras dure el proceso.*”⁴⁵

ORTIZ-ORTIZ⁴⁶ en su extenso trabajo sobre la materia, nos pasea de una manera completa sobre las medidas cautelares y sobre su finalidad, quien opina, que “...*podemos afirmar que las medidas cautelares constituyen un aseguramiento de la prevención de las normas jurídicas, en el sentido que la finalidad intrínseca de las mismas van dirigidas a la vigencia y la eficacia de todo ordenamiento jurídico...*”

b. La finalidad como razón identificadora de las cautelas y su terminología.

Para reconocer cuando se está en presencia de una medida preventiva (entonces cautelar), entre otras medidas aunque también provisionales, pero no preventivas de la forma como las regula el Código de Procedimiento Civil, resulta primordial no solo identificar sus características, sino, fundamentalmente determinar su finalidad. Solo así evitaremos las confusiones que se generan en el foro, cuando califican ciertas medidas provisionales como preventivas y viceversa, sin serlo.

Por consiguiente, será su finalidad la verdadera “*ratio*” de su existencia; de allí que RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE expresara:

“Su definición ha de buscarse más sobre la base de criterio ontológico, en un criterio teleológico: no en la cualidad –declarativa o ejecutiva- de sus efectos, sino en el fin –anticipación de los efectos de una

⁴⁵ Duque Corredor, Román José. *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*, Ediciones Fundación Pro-Justicia, Colección Manuales de Derecho, tomo II, Caracas, 1999, p.137.

⁴⁶ Ortiz Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y Las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p.93.

providencia principal- al que su eficacia está preordenada.
(HENRIQUEZ LA ROCHE: 1997. Pág.291) [Resaltado nuestro].

En este sentido, queremos resaltar las distintas denominaciones que se consiguen en la doctrina y jurisprudencia para identificar a estas “medidas”, y para ello copiamos del maestro COUTURE: “*La terminología que rige respecto de ellas es muy variada. Se les llama, indistintamente, providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, acciones preventivas, medidas cautelares, etc.*”⁴⁷

Por su parte, para el profesor ORTIZ-ORTIZ “...el legislador patrio ha sido poco congruente en la terminología”, y agrega que prefiere referirse a las medidas en relación con un sistema entendiendo, asociado a la naturaleza preventiva, cautelar o precautoria.⁴⁸

La terminología *preventiva* viene desde el Código de Procedimiento Civil de 1916, ya que anteriormente, los reformadores del Código de 1897, denominaron *medidas precautelativas*, como se puede revisar en el trabajo del maestro BORJAS.⁴⁹ Se debe aclarar, que será la finalidad la que determine la naturaleza de las medidas preventivas y su diferencias con otras medidas provisionales, pues nuestra legislación, contiene una rica variedad de *medidas* que si bien especiales y provisionales, no son cautelares, ni preventivas; lo que las hace *<aparentemente>* diferentes en su tratamiento; procedencia, finalidad, objeto, requisitos y obviamente su respectivo sistema de pruebas; siendo pues parte de nuestro objetivo hacer tal precisión.

⁴⁷ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 321.

⁴⁸ Ortíz Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y Las Medidas Innominadas*, Paredes Editores, 1997, p. 81.

⁴⁹ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I y II), Tomo I, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, p. 79.

Resulta oportuno hacer la diferenciación entre estas medidas por su diversa tipología y caracteres comunes, para poder entrar al estudio propiamente del especial tema asignado: las pruebas para la petición de *las medidas preventivas*. Sin que se quiera apartar del objetivo trazado, es necesario revisar la **finalidad** que tienen las medidas preventivas –siguiendo la línea del maestro HENRÍQUEZ LA ROCHE citado antes-, para obtener la escisión que pretendemos; esto es, la coexistencia de medidas preventivas y medidas que siendo provisionales, no son catalogadas como preventivas.

El quid del asunto está en comprender que **la finalidad de las medidas preventivas, está únicamente dirigido a precaver la ejecución de un fallo, para que no quede ilusorio**. De manera que aquellas medidas dictadas en ocasión a circunstancias especiales, aunque provisionales, no son preventivas o cautelares; sino de otra naturaleza como explicaremos más adelante. Hay que aclarar, que este trabajo se circunscribe a las pruebas para la procedencia de las medidas cautelares en la jurisdicción civil, pero específicamente en lo relativo al contenido del artículo 585 CPC y no para otras materias especiales⁵⁰, ni frente a medidas también civiles del CPC, cuyos procedimientos especiales contienen requisitos también especiales dentro de su propio sistema cautelar.

La sola denominación *cautelar* es entendida por CABANELLAS⁵¹ como: “*Prevenir, adoptar precauciones, precaver*”, pero esta definición en su sola acepción individual y en forma aislada, evidentemente como veremos en su oportunidad, no guarda sentido con lo cometido por nuestro legislador en la materia. Resulta, que *no cualquiera medida que se adopte* debe entenderse como preventiva o cautelar, aunque se dicten in limine litis.

⁵⁰ Por ejemplo, las medidas preventivas de carácter mercantil tienen una regulación especial.

⁵¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979, p.114.

De manera que será la naturaleza del asunto, así como la finalidad que con las medidas se persiguen, las circunstancias “claves” para describir e identificar las medidas preventivas, y diferenciarlas de otras, que aunque provisionales, son de otra entidad. Serán preventivas sólo aquellas medidas que prevengan que el fallo del mérito de la causa no quede pendiente su ejecución, o lo que es lo mismo, salvaguardar que la ejecución de la sentencia no quede ilusoria. En ese mismo orden de ideas, debemos adicionar la aclaratoria que hace ZOPPI, en la que debe entenderse lo cautelar como el género y dentro de éste, las medidas preventivas (o precautelativas) como la especie.⁵²

Respecto a la finalidad, nuestro Código de Procedimiento Civil dispone de manera clara y precisa en el artículo 585: *“Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusorio la ejecución del fallo...”*

De la exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil (1987), se colige que *“La materia relativa a medidas preventivas ha sido objeto de importantes reformas, cuyo propósito final es el de asegurar el objeto propio de la tutela cautelar, esto es, tal como se enuncia en el artículo 585 del Proyecto, evitar el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.”*

En cuanto a su objeto, el artículo 586 eiusdem señala: *“El Juez limitará las medidas de que trata este Título, a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio...”* Sobre esta disposición, aunque ampliada en el vigente, debemos señalar que aparece por vez primera en el Código del 1916.⁵³

⁵² Zoppi, Pedro Alid. *Providencias Cautelares*, Colección Humberto Cuenca, N°6, ediciones Vadell Hermanos, Valencia, 1988, p.13.

⁵³ El artículo 371 CPC del 1916, establecía: *“Las medidas de que trata esta Sección se limitarán a los bienes necesarios para responder de las resultas del juicio.”*

Según lo pretendido, en la estructura de nuestro Código de Procedimiento Civil, encontramos que el Libro Tercero, se ha destinado al conocimiento: **Del Procedimiento Cautelar y de Otras Incidencias**, y en el **Título I. De las Medidas Preventivas**. En ninguna parte del articulado que contiene ese libro, se refiere a medidas preventivas que no tengan por *finalidad* evitar que quede ilusorio la ejecución de un fallo (que es lo que se deduce del artículo 585 Procesal); lo que obliga a afirmar que, cualquier medida que se decrete con fundamento al Código Adjetivo (Libro Tercero) deberá tener las características propias que la misma Ley exige, en cuanto a los requisitos de procedencia (existencia); presupuestos procesales (oportunidad y eficacia), legalidad (regulada en el Código), legitimación del solicitante; sistema probatorio, garantías procesales, así como su forma de ejecución o materialización.

Esto no quiere decir que las únicas medidas de carácter cautelar tengan su génesis en el Código Adjetivo, pues también existen medidas especiales cautelares que se encuentran dispuestas en leyes especiales (como las previstas en la Ley sobre Derecho de Autor, en la Ley Orgánica para la Protección Niños, Niñas y Adolescentes, en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en la Ley de Procedimiento Marítimo, en la Ley con Venta de Reserva de Dominio, en el Código Orgánico Tributario, en el Código de Comercio, entre otras).

Para diferenciar las medidas preventivas que nos ocupan, con otras medidas que aunque provisionales no son preventivas (porque no previenen la ejecución de un fallo de fondo), véase el caso de las medidas provisionales –denominadas como medidas de tutela de derechos según ORTIZ-ORTÍZ⁵⁴- dictadas con ocasión de los juicios de divorcio y separación

⁵⁴ Ortiz Ortíz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas. En el ordenamiento jurídico venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, pp.216-238.

de cuerpos, que se encuentran previstas en el Código Civil, donde su artículo 191 del Código Civil dispone:

“La acción de divorcio y la de separación de cuerpos, corresponde exclusivamente a los cónyuges, siéndoles potestativo optar entre una u otra; pero no podrán intentarse sino por el cónyuge que no haya dado causa a ellas.

Admitida la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, el Juez podrá dictar provisionalmente las medidas siguientes:

1º. Autorizar la separación de los cónyuges y determinar cuál de ellos, en atención a sus necesidades o circunstancias, habrá de continuar habitando el inmueble que les servía de alojamiento común, mientras dure el juicio, y salvo los derechos de terceros. En igualdad de circunstancias, tendrá preferencia a permanecer en dicho inmueble aquel de los cónyuges a quien se confiere la guarda de los hijos.

2º. Confiar la guarda de los hijos menores, si los hubiere, a uno solo de los cónyuges y señalar alimentos a los mismos: también podrá, si lo creyera conveniente, según las circunstancias, poner a los menores en poder de terceras personas; en todos los casos hará asegurar el pago de la pensión alimentaria de los hijos, y establecerá el régimen de visitas en beneficio del cónyuge a quien no se haya atribuido la guarda.

3º. Ordenar que se haga un inventario de los bienes comunes y dictar cualesquiera otras medidas que estime conducentes para evitar la dilapidación, disposición u ocultamiento fraudulento de dichos bienes.

A los fines de las medidas señaladas en este artículo el Juez podrá solicitar todas las informaciones que considere convenientes.”

Como se aprecia de la lectura anterior, las medidas que se dicten en estos juicios, *no tienen la finalidad preventiva de “garantizar la ejecución del fallo de fondo”* [que sería el divorcio o la separación, según el caso], sino que persiguen otros objetos transversales o relacionados con derechos afines a las acciones respectivas. Empero, se cumplan o no estas medidas provisionales, se dicten o no, en nada inciden sobre la pretensión de fondo; esto es, no garantizan la eventual ejecución del fallo de divorcio o de separación según corresponda.

Por estas observaciones tiene importancia en precisar la ubicación del tipo de medida que se estudie (cautelar o no) pues de ello dependerá el *sistema de pruebas* que la gobierna, si creemos en la existencia de un derecho probatorio. Por ello, y bajo la premisa de que estamos en presencia de un derecho probatorio, como reconocen importantes figuras como ECHANDÍA⁵⁵ y SENTIS MELENDO⁵⁶, explica el primero que dentro del mismo se estudia:

“...el régimen general y amplio que priva en el orden jurídico para instruir la causa. Lo constituyen todas las disposiciones normativas que regulan las pruebas y comprende las normas que determinan la procedencia de la apertura del lapso probatorio, medios de prueba, promoción y evacuación, carga y apreciación; además de los procedimientos que son propios de ciertos medios de prueba.”⁵⁷ (ECHANDIA: 1997. t.I, Pág.15).

Solo entendiendo que existe un derecho probatorio que le da vida al sistema de pruebas, y por qué no, cierta autonomía respecto al resto de los institutos procesales, estaremos en capacidad de asumir lo que se pretende indagar: *¿Cómo son las pruebas para la petición de las medidas preventivas?*

8. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DENTRO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Hay que hacer ciertas consideraciones previas antes de entrar a analizar a fondo las medidas preventivas propiamente dichas y lo relativo al funcionamiento de las probanzas en cuanto a los requisitos de procedencia.

⁵⁵ Echandía, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 4ª edición, Tomo I, Medellín, 1994, p.15.

⁵⁶ Sentis Melendo, Santiago. *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Editorial Jurídica Europa-América, E.J.E.A., Buenos Aires, 1979, p. 336.

⁵⁷ Parilli Araujo, Oswaldo. *La Prueba y sus medios escritos*, Editorial Mobil Libros, Caracas, 1996.

Esta aclaratoria obedece a la inmensa confusión en el foro, y en las disposiciones legales mismas que regulan las medidas cautelares y las que no lo son, y por el tratamiento como sinónimo a grupos que aunque relacionadas como continente y contenido, guardan ciertas individualidades pero también diferencias.

Con ZOPPI –citado antes-, se explica que cautelar es el género y preventivo la especie, posición ésta que consideramos apropiada para entender la institución cautelar en general. En efecto, el género cautelar debe ser entendido mucho más extenso que lo preventivo.

En ese orden de ideas, según CALAMANDREI citado por JIMÉNEZ SALAS⁵⁸, el sistema preventivo se reúne en cuatro grandes grupos básicos, donde el grupo 1º contiene a las *providencias instructorias anticipadas*, que son aquellas que tienen por objeto fijar y conservar elementos de pruebas –algunos doctrinarios, a distingo de nosotros, coloca acá al retardo perjudicial; en el grupo 2º contiene las *providencias de aseguramiento* de la futura ejecución forzada –que serían las medidas preventivas propiamente dichas-; en el grupo 3º contiene las providencias que deciden interinamente una relación controvertida; y en el grupo 4º grupo, reúne la caución que el juez debe ordenar al interesado para obtener la providencia judicial en forma ulterior.

El mismo JIMÉNEZ SALAS⁵⁹, citando a RAMIRO PODETTI, resume la sistematización de este autor argentino basado en la *materia* y el *objeto*; así, los agrupa en (i) Medidas para asegurar bienes; (ii) Medidas para asegurar elementos de prueba; y (iii) Medidas para asegurar personas.

⁵⁸ Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, 1999. Se refiere al maestro Calamandrei, Piero citando como fuente Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, 1945, pp.56-57.

⁵⁹ *Ob. Cit.*, p.57.

Hechas estas consideraciones, queremos significar que de las clasificaciones antes referidas nuestro propósito está enmarcado en la concepción *finalista* propiamente de las medidas preventivas: *evitar de que quede ilusorio la ejecución del fallo* (art.585 CPC); lo que significa que trataremos lo relativo al aseguramiento de bienes con tales fines, numerados por CALAMANDREI (grupo 2º) y por PODETTI (en su grupo 1º).

Lo primero que hay que distinguir son las también medidas preventivas relativas a procedimientos especiales y que se encuentran contenidas en Libros distintos a las que se refiere las medidas preventivas previstas en el artículo 585 CPC, como por ejemplo en el Libro Cuarto, donde encontramos medidas en vía ejecutiva (art. 630), en intimación (art.640); en ejecución de créditos fiscales (art. 653), en ejecución de hipotecas (art. 660); en ejecución de prenda (art. 666); incluso en materia interdictal (art. 699).

Además, distinguir aquellos *otros procesos cautelares distintos a precaver el fallo*, como las medidas dictadas para asegurar y prevenir las pruebas de un futuro proceso, conocida como retardo perjudicial, que si bien tiene naturaleza cautelar –como se aborda adelante-, no es una medida preventiva propiamente dicha. En efecto, no aparece dentro de las previsiones del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, que contiene lo relativo al <Procedimiento cautelar y de otras incidencias>; y por tanto no les son aplicables la sistemática propia de las medidas preventivas; cuya finalidad ya se ha explicado.

El retardo Perjudicial se encuentra previsto en el Título VII, Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, cuya disposición material en el Código no obedece a criterios caprichosos del legislador, pues suficiente razón se tiene en no considerarla como medida preventiva. Sin embargo, no por ello debemos *desconsiderarlo* como tema del presente estudio, más cuando sabemos que muchas veces el legislador ha disgregando

(desordenadamente) normas en distintos capítulos, incluso en libros diferentes, que pueden bien articularse entre sí por vía de interpretación, pero este no es el caso.

La razón primordial que si excusa de su estudio al régimen de prevención de pruebas (Retardo Perjudicial), obedece a su *objeto* (su ratio), que es diametralmente opuesto al de las medidas preventivas, porque aunque teniendo la misma naturaleza (cautelar); no así su fin. *Del retardo*, el temor fundado en evitar que se pierda o desaparezca alguna prueba (813 CPC); *de las medidas preventivas*, el riesgo manifiesto de que quede ilusorio la ejecución de un fallo (585 CPC).

De consiguiente, la prevención probatoria tiene características particulares que la individualizan; así, ya nos explicaba el profesor CABRERA ROMERO, que el retardo perjudicial “es un **proceso cautelar** cuya finalidad es de asegurar hechos y medios en trance de desaparición.”⁶⁰ (Resaltado nuestro).

Explica el profesor CABRERA ROMERO, que la forma de **proceso cautelar** obedece a que el legislador previno que una etapa del proceso contencioso futuro, podría ser adelantada, y “por razones cautelares” se creó este procedimiento anticipatorio al proceso contencioso. Deja entrever dicho autor, que la cualificación *de proceso* lleva implícito la existencia de posibilidad de contención, y es por ello, que en dicho “proceso cautelar” se goza del *control de la prueba*; así el legislador otorga una vía al solicitante, siendo un verdadero *derecho de acción* que mueve al órgano jurisdiccional.

En un sentido contrario de CABRERA ROMERO, encontramos al autor DUQUE CORREDOR, en *Apuntaciones Sobre el Procedimiento*

⁶⁰ Cabrera Romero, Jesús Eduardo. *La Prueba Anticipada o el Retardo Perjudicial*, Vadell Hermanos editores, Valencia, 1990, p.41.

Ordinario, quien excluye la prueba anticipada dentro del género cautelar.⁶¹ Este autor, reconoce al sistema de medidas como un verdadero proceso, pero, califica de “especial” y que no obstante dicha especialidad, no lo convierte en un procedimiento verdaderamente autónomo. Este debate tiene entre otras cosas, que confirma la tesis sobre la existencia de verdaderos procesos cautelares (que contienen procesos cautelares distintos a las preventivas), pero sirve de partida para preguntarnos si en la materialización de las medidas preventivas se hace en forma de incidencia o en forma de proceso (¿cautelar?), y, si es posible afirmar que existe un proceso cautelar respecto a las medidas preventivas.

9. **MANIFESTACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES (Y PREVENTIVAS) EN LA PRÁCTICA.** 9.1. *Cuadernos separados.* 9.2. *¿Incidencia o proceso cautelar?* 9.3. *Elementos del <proceso cautelar>.*

Mientras se identifique el desenvolvimiento en la práctica de las medidas cautelares –en lo genérico que incluye las medidas preventivas–, ubicaremos con mayor certeza *el sistema probatorio* aplicable, dependiendo si se asume estamos en presencia de una incidencia (cautelar) o frente a un verdadero proceso (cautelar).

Las consecuencias que derivan de esta precisión no son cualquier cosa, si se piensa en las diferencias que ocasionan una y otra posibilidad, como en cuanto a los requisitos, en el tema recursivo, en el tema de las defensas de la otra parte, en el trámite vía procedimental, pero más importante, en lo referente a *las pruebas en la procedencia de las medidas preventivas.*

⁶¹ Duque Corredor, Román José. *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*, Ediciones Fundación Pro-Justicia, Colección Manuales de Derecho, tomo II, Caracas, 1999, p.144.

9.1. Cuadernos separados.

La instrumentalidad y accesoriedad que caracterizan las medidas cautelares, que las hacen pender de un juicio principal que justifica la existencia de aquellas, obliga a que su trámite se materialice a través de cuadernos separados en la forma del expediente. Cuando nos referimos a cuadernos separados, se entiende a aquellos que se abren paralelo al cuaderno o pieza que contiene el expediente que contienen el juicio principal.

Como se sabe, el proceso se materializa en la práctica a través de la figura del expediente, que como afirma RODRÍGUEZ URRACA: *“El expediente es una representación del Proceso.”*⁶²

Dicho expediente, o representación de proceso como dice RODRÍGUEZ URRACA, contiene la ordenación de las actas procesales que componen cada una de las causas, adjuntando en forma consecutiva los recaudos correspondientes que presentan las partes (escritos y diligencias, como los autos y providencias del tribunal), como indica el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, establece:

“...De todo asunto se formará expediente separado con un número de orden, la fecha de su iniciación, el nombre de las partes y su objeto. Las actuaciones debe observar el orden cronológico, según la fecha de su realización y la foliatura del expediente se llevará al día y con letras, pudiéndose formar piezas distintas para el más fácil manejo, cuando sea necesario.”

A ese respecto, corresponde al secretario del Tribunal velar por ese control cronológico que requiere el expediente, así como su custodia, de conformidad con el artículo 108 del mismo Código.

⁶² Rodríguez Urraca, José. *El Proceso Civil*, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1984, p. 99.

Luego, la diferenciación material de cuadernos, no es una mera especulación, cuando se tienen importantes consecuencias sobre todo en lo relacionado con las pruebas para pedir las medidas preventivas y su 'vida útil dentro del proceso', en el sentido que inicialmente el proceso se materializa a través del expediente, y en éste, se articulan los actos procesales comenzando con el libelo, sea que con dicho libelo o en otra oportunidad [pero siempre en el juicio principal o cuaderno principal] se piden las cautelas. Es decir, se pide la medida cautelar en el cuaderno principal, pero se provee es en otro cuaderno, distinción que hay que tomar en cuenta para entender la autonomía, al mismo tiempo que relación entre uno (cuaderno principal) y otro (cuaderno de medidas).

Una de las diferencias entre ambos trámites se manifiesta en el sistema recursivo, por eso el maestro RODRÍGUEZ URRACA comenta en su texto *El Proceso Civil*:

"...Piénsese, por ejemplo, en lo que sucedería si enviado el expediente original a segunda instancia para que conociera de una apelación contra la decisión del juez de la causa que declaró sin lugar la oposición a un embargo, el demandado se presentare a darse por citado. No es un caso de laboratorio. Ocurrió hace algunos años en un lugar de Venezuela, y si la torpeza del Tribunal es inexcusable, parte de los enredos hubiera podido evitarse con la apertura de un cuaderno separado." (URRACA:1984.Pág.101)

Adicionalmente al tema recursivo, donde pensamos se pueden presentar mayores inconvenientes, es en el tema probatorio de las cautelas, que es precisamente el objeto de la tesis en estudio. Ello obedece a que por lo general, se acompañan al libelo los *medios de prueba* para acreditar los requisitos de procedencia de las cautelas, como los medios de prueba respecto al fondo del litigio, cuando menos tratándose de instrumentos fundamentales, los cuales deben presentarse junto al libelo de demanda por

imperio del artículo 434 CPC, salvo que se haya hecho la reserva de presentarlos después en el lapso de pruebas según el mismo artículo.

Entonces, funciona en la práctica que quedan en el cuaderno o pieza principal esos *medios de pruebas*, acompañados inicialmente con relación a la causa principal; que pueden guardar o no relación con la cautela que pueda solicitarse en dicho proceso. Una vez admitida la demanda [cuaderno principal], el tribunal, cuando disponga –generalmente dentro de los 3 días siguientes–, dicta auto en donde abre nuevo cuaderno (que se llamará de medidas) donde se tramitará todo lo relacionado con las cautelas, con prescindencia de aquellos medios.

La importancia de lo que se explica, se evidencia porque por un lado, se requiere comprobar –al menos presuntivamente los elementos del artículo 585 CPC–, pero los medios de pruebas a tales fines se produjeron en el cuaderno o pieza principal, y no en el de medidas. Es decir, se exigen medios de pruebas para demostrar los requisitos concurrente del artículo 585 CPC, pero por otro lado, se ‘separan’ estos medios de la cautelas, cuando se quedan aquellos en el cuaderno principal que contiene el juicio, y no se trasladan al cuaderno que contiene las cautelas.

A la pregunta, ¿cómo se puede conciliar esta situación procesal que unas pruebas constan en un cuaderno principal, y no en el cuaderno donde se proveerá respecto a las medidas?, se responde a favor de la tesis que, a pesar de la autonomía de cuadernos, es propicio asumir que los medios producidos con ocasión del juicio principal, pueden servir (i) tanto para demostrar *los hechos* atribuidos en cuanto al fondo –mérito de la causa–; y, (ii) para demostrar las circunstancias que, por vía de presunciones son exigidas en cuanto a la incidencia cautelar –tutela cautelar incidental–.

Aún así, tenemos el problema que, gracias a la autonomía de cuadernos, por ejemplo, si se apelare del contenido del cuaderno de medidas, por ejemplo, aunque las pruebas para la procedencia de las mismas, reposan en el cuaderno principal; se remitiría a la apelación el otro cuaderno. Es el caso, que por aplicación del artículo 295 del Código de Procedimiento Civil, si la cuestión apelada reposa en cuaderno original [*de medidas*] pero que está separado del principal [*de la causa*], en ese caso se remitirá el cuaderno de medidas y no el original.

Ello constituye una situación problemática dentro del sistema probatorio, ya que, así como se dice arriba, se remitiría a otro tribunal de alzada por vía de apelación, el cuaderno de medidas –aunque relacionado con el que contiene la causa–, no contiene los medios probatorios para la procedencia de las mismas, ya que dichos medios se encuentran es en el expediente principal. Y viceversa, también quedarán desconectados los cuadernos si lo que se apelare se encuentra en el expediente principal.

A fin de comprender la magnitud de lo expuesto, imaginemos la siguiente situación procesal:

Los elementos de pruebas que producen la presunción grave del derecho reclamado y del peligro en que quede ilusorio el fallo (art. 585 CPC), se encuentren en el cuaderno principal que contiene la causa, y no en el cuaderno de medidas que se ha ordenado su apertura. Supongamos por ejemplo, que el cuaderno principal es remitido al tribunal de alzada en virtud de un auto dictado por el juez de la causa en la que declaró que no habría lugar a la apertura del lapso de pruebas respecto al juicio principal, con fundamento a cualquiera de los ordinales entre el 1º, 2º o 4º del artículo 389⁶³

⁶³ **Artículo 389 del Código de Procedimiento Civil:** “No habrá lugar al lapso probatorio: 1º. Cuando el punto sobre el cual versare la demanda aparezca, así por ésta como por la contestación, ser de mero derecho. 2º. Cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos narrados en el libelo y haya contradicho solamente el derecho....4º. Cuando la ley establezca que sólo es admisible la prueba instrumental, la cual, en tal caso, deberá presentarse hasta el acto de informes”. Asimismo, el artículo 390 eiusdem dispone: “El auto del juez por el cual declare que no se abrirá la causa a pruebas, fundado en los casos 1º, 2º y 4º del artículo anterior

del Código de Procedimiento Civil, pero supongamos además que paralelamente el cuaderno que contiene las cautelas fue remitido a alzada por otro motivo. Por consiguiente, el actor se verá impedido de pedir medidas cautelares, porque la alzada solo conocerá de la negativa de la apertura del lapso de pruebas; y se encuentra impedido de pronunciarse sobre otro aspecto, incluyendo las cautelas.

Por ese motivo, somos del criterio que para mayor seguridad del peticionante de las medidas, se deben emplear los efectos y mecanismos de **la prueba trasladada**, o la que proviene de **las pruebas reproducidas** efectuadas conforme a la Ley. En ese sentido, deberían reproducirse del expediente principal los medios probatorios relacionados con las medidas cautelares, y ‘trasladarlas’ [sus reproducciones] al cuaderno que contenga dichas medidas, empleando para ello lo indicado en el artículo 1384 del Código Civil.⁶⁴ Así, el material probatorio que puede servirle de base a las cautelas lleguen a sus cuadernos respectivos y no queden pendiendo en el cuaderno principal o en cualquier otro (ejemplo: cuadernos de tacha; de tercería, de invalidación, etc.).

El legislador procesal, previendo las actividades que pueden suscitarse con ocasión a la existencia de cuadernos separados respecto del principal, reguló en el artículo 604 del Código de Procedimiento Civil: *“Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se agregarán el cuaderno separado de aquellas, cuando hayan terminado.”*

Además, según el artículo 606 eiusdem: *“Si sentenciada en definitiva la causa, no se hubiere decidido todavía la articulación pendiente sobre las*

será apelable, y el recurso se oirá libremente.”

⁶⁴ **Artículo 1384 del Código Civil:** *“Los traslados y las copias o testimonios de los instrumentos públicos o de cualquier otro documento auténtico, hacen fe, si lo ha expedido el funcionario competente con arreglo a las leyes.”*

medidas decretadas, el Tribunal ante quien se haya promovido continuará conociendo de ella, aunque haya admitido antes apelación en ambos efectos o recurso de casación de la sentencia definitiva.”

En conclusión, estamos conscientes que la existencia del cuaderno separado en el trámite procedimental de las medidas preventivas no es motivo suficiente para afirmar que se está en presencia de un proceso cautelar, porque ello ameritará más estudio como sigue; pero sí, que sea un elemento que ayuda identificar su naturaleza, lo que consideramos esencial.

9.2. ¿Incidencia o proceso cautelar?

Destacamos la importancia en precisar las consecuencias de asumir que en el tema de las medidas preventivas, se está en presencia de una incidencia o de un verdadero proceso; y, también convenimos que el hecho que su trámite se haga a través de cuadernos separados, no es razón suficiente para decir que es una incidencia o es un proceso.

En este estado, merece hacer un alto sobre si debe tenerse al sistema cautelar como un “proceso”, como “una incidencia” e incluso como un “proceso incidental” o “incidencia en forma de proceso”. Primero partiremos de la idea básica de *proceso*, que debe tenerse según el profesor PESCI FELTRI, “*como el conjunto de actos que realizan las partes y el órgano jurisdiccional para el desarrollo de la actividad jurisdiccional.*”⁶⁵

En nuestra opinión, el proceso, debe entenderse como el instrumento por medio del cual mediante la consecución de etapas perfectamente diferenciadas, se crean relaciones jurídicas procesales para la tutela de los

⁶⁵ Pesci Feltri, Mario. *Estudios de Derecho Procesal*; colección estudios jurídicos, N°12, editorial jurídica venezolana, Caracas, 1981, p. 106.

derechos e intereses de las personas involucradas en forma directa o indirectamente con el asunto.

De otra parte, recurrimos al maestro BORJAS para nos “dictara” una cátedra sobre lo que debe entenderse como incidencia⁶⁶. Expone este autor, que las incidencias son “*cuestiones surgidas ocasionalmente en el curso de los procesos, y su sustanciación y decisión constituyen como pequeños juicios secundarios articulados en la causa principal.*”⁶⁷

Explica que pueden darse variadas formas de incidencias, que clasifica en grupos:

En un primer grupo, las agrupa haciendo alocución directa de FEO, en ***previstas e imprevistas***, donde coloca la declaración de pobreza; competencia de los jueces, recusación, inhibición, a las “extintas” excepciones dilatorias y de inadmisibilidad; así como la tacha de instrumentos, de testigos. Lo que más interesa a nuestros fines, es que BORJAS ***incluye en este grupo a las medidas preventivas.***

En un segundo grupo dependiendo el curso y el mérito de la causa, las subdivide en, *suspensivas y no suspensivas*; e *influyentes y no influyentes*. En las *suspensivas*, incluye a la recusación, la inhibición, a las excepciones dilatorias y de inadmisibilidad; y en las *no suspensivas*, todas aquellas que no interrumpan la secuela de la causa principal. En las *influyentes*, incluye aquellos incidentes que “influyen” (de allí su derivación gramatical) el fondo de la controversia, y que por tal, deben ser decididas en la sentencia definitiva (que son lo que conocemos según nuestra técnica de sentencia, como “puntos previos”), y en él se encuentra, según el autor, la tacha de documentos y de testigos. En los *no influyentes*, incluye ***todo lo***

⁶⁶ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo IV, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964., pp. 69 y 70.

⁶⁷ *Ob. Cit.*, p.69.

relativo a las medidas preventivas, porque, son resueltas por medio de la respectiva sentencia interlocutoria.

Según esta clasificación, si tomamos como cierto la explicación que da este insigne procesalista, tenemos que con el régimen de las medidas preventivas (conforme al Código de 1916) era una **incidencia de tipo prevista no influyente**.

Ora, ¿cómo asimilaba la jurisprudencia el sistema cautelar? En ese sentido, comenzamos con la revisión exhaustiva de la jurisprudencia patria, en donde al principio se disponía que, por el carácter instrumental de las medidas, *las mismas eran asimiladas como una mera incidencia, pero que luego se fueron “modernizando” para darle la categoría de “proceso”*. Así, encontramos la posición sentada de la extinta Corte Federal y de Casación expresada en varios fallos desde el año 1943, acogida luego por la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, donde dispuso: *“...que la incidencia surgida de la oposición de un tercero a una medida preventiva es autónoma, independiente del juicio principal...”*⁶⁸

Igualmente, en otros fallos se atribuye el carácter incidental de las medidas; como por ejemplo, en materia de embargo, tal y como se evidencia de fallo del 22 de abril de 1953, de la extinta Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, luego confirmada en sentencia del 26-06-57 de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Tránsito de la Corte Suprema de Justicia.⁶⁹

Posterior a esta etapa, y con gran influencia de las corrientes foráneas, empieza a modificar nuestra jurisprudencia su visión sobre el régimen de incidencia (cautelar), por la existencia de un proceso cautelar. A

⁶⁸ Sentencia del 18 de marzo de 1958, S.C.M.T., Gaceta Forense N°12, 2ª etapa, pp. 49 y ss., citada en Quintero Muro, Gonzalo. *Medidas Preventivas*, Talleres Gráficos Ilustraciones, Caracas, 1961, pp.274 y ss.

⁶⁹ Esta sentencia puede leerse en Quintero Muro, Gonzalo, pp. 277 y 278. La fuente indicada es la S.C.M.T.; Gaceta Forense N°16, 2ª etapa, Vol. II, pp. 227 al 229.

partir de allí, consideramos que el trabajo pretoriano ha sido más o menos firme en sostener la existencia y el carácter del <proceso cautelar>; como por ejemplo, cuando la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó, que ciertamente en la doctrina que tiene sentada dicha Sala, ha reconocido que el procedimiento cautelar goza de autonomía en relación al juicio principal; pero que, dicha autonomía es relativa (como lo demuestra el origen mismo del procedimiento cautelar), ya que no habrá medida preventiva, sino en ocasión de un juicio principal.⁷⁰

Con vigencia del Código de 1916, QUINTERO MURO asentía que “...en nuestra legislación hablamos de un proceso preventivo; mientras que en otras se habla de un proceso precautelativo o de un proceso cautelar...”⁷¹. Con relación al Código de Procedimiento Civil vigente (1987), según la estructura misma del sistema cautelar (referido a las medidas preventivas, Libro Tercero), según naturaleza, como su denominación, está concebido como un verdadero procedimiento, el cual como especie, sabemos viene dado por la existencia del proceso.

Sin embargo, no piensa igual JIMÉNEZ SALAS, quien se opone a la existencia de un proceso cautelar, bajo la concepción pública del derecho de acción, afirmando que la única posibilidad de encontrar una verdadera acción cautelar en nuestra legislación, sería el caso de *los interdictos*⁷². Aunque no explica las razones de su afirmación, creemos que aceptar la tesis de que la acción es una sola, resulta un argumento débil para restarle posibilidad sobre la existencia de un proceso cautelar. Incluso, precisamente por la existencia de la acción, es que autores como CHIOVENDA, CARNELUTTI, LIEBMAN y

⁷⁰ Sentencia del 21 de febrero de 1985, que puede leerse en Gaceta Forense, N°127, Vol. II, 3ª etapa, pp. 1494 y 1495; según copiamos de *Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 2ª etapa, I trimestre, N°17, 1985, anotado bajo el N°119, p. 212.

⁷¹ Quintero Muro, Gonzalo. *Medidas preventivas*, Talleres Gráficas Ilustraciones, Caracas, 1961, p.15.

⁷² Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, Caracas, 1999, p.49.

ROCCO, citados por ORTIZ-ORTÍZ, se manifiestan a favor de la existencia de una *acción cautelar*.⁷³

Así que en este debate, para comprender la noción de *proceso cautelar*, se deben revisar los fundamentos al derecho de acción –a distingo de lo que dice JIMENEZ SALAS-,⁷⁴ porque: “*Hoy en día resulta absolutamente claro que la acción no es pretensión*”⁷⁵ (ORTIZ-ORTIZ), pero también es cierto –agregamos- que la acción como derecho abstracto se patentiza a través de la demanda, y que a su vez contiene la pretensión. En ese orden, porque las medidas cautelares sean accesorias al juicio principal, no por ende dejan de tener pretensión también.

Por su lado, ZOPPI en *Providencias Cautelares*, deja entrever su inconformidad con asimilar la existencia de un procedimiento cautelar “autónomo”; reconociéndole su forma de *incidencia*; y por tanto, imposible de ser catalogado como de autonomía procesal.⁷⁶

Otros autores aceptan la existencia de un verdadero proceso cautelar, entre los que destacan QUIROGA CUBILLOS, FAIRÉN GUILLÉN, PRIETO CASTRO, MONTERO AROCA, GUASP, citados en el trabajo del profesor ORTÍZ-ORTÍZ⁷⁷, quien no comparte esa posición, pues se pronuncia en un sentido contrario, porque para éste autor “...*si bien las medidas cautelares exigen una tramitación (solicitud, pruebas, valoración, oposición, etc.), no*

⁷³ Ortíz Ortíz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas*, Paredes Editores, Caracas, 1997, pp.56-57.

⁷⁴ Vid., Camelutti, Francesco. *Las Instituciones del Proceso Civil, Ob. Cit.*, Vol. I; p. 86; Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal, Ob. Cit.*, p. 82; Ortíz Ortíz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas, Ob. Cit.* p. 61, punto 2.2.2.; Cuenca, Humberto. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, ediciones biblioteca Universidad Central de Venezuela, 1994, p. 181.; Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, tomo I, p.145 y ss. Quintero Tirado, Mariolga. *Las medidas cautelares en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*, pp.175 y 176.

⁷⁵ Ortíz Ortíz, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, 1ª ed., Caracas, 2004, p.391.

⁷⁶ Zoppi, Pedro Alid. *Providencias Cautelares*, Colección Humberto Cuenca, N°6, editorial Vadell Hermanos, II edición, Valencia, 1988, p.13.

⁷⁷ Ortíz Ortíz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas*, Paredes Editores, Caracas, 1997, pp.61-65.

implica que su esencialidad sea la de un proceso de tipo especial...⁷⁸, y remata más adelante, que se puede pensar que todo este trámite genere “una cierta autonomía procedimental, pero en modo alguno podrían catalogarse como ‘proceso cautelar’”⁷⁹.

De los postulados antes citados, resta identificar *cuáles son los elementos para señalar que efectivamente a las medidas preventivas debe dársele tratamiento de proceso, lo que es importante para definir cómo actúan las pruebas presuntivas respecto a su procedencia.*

De MONTERO AROCA, nos ocupamos de la referencia que hace de JAIME GUASP (en Comentarios, Vol. I, y Derecho Procesal Civil, Vol. I, 3º ed. Madrid, 1968), sobre dichos elementos:

“Según GUASP junto a los fundamentos concurren también en el proceso los caracteres de toda institución jurídica: a) Respecto de los sujetos, la jerarquía, pues las personas que actúan en el proceso están sometidas unas a la esfera de válida actuación de otras; b) Respecto del objeto, la inmodificabilidad u objetividad, pues el proceso responde por esencia a un esquema objetivo común que no cabe alterar por la voluntad de los sujetos que en él intervienen; c) Respecto a la actividad, hay que distinguir: a’) En cuanto al espacio, la universalidad, pues no hay variaciones dentro de los límites de un ordenamiento jurídico; b’) En cuanto al tiempo, la permanencia, pues los efectos del proceso perduran indefinidamente para el futuro; c’) En cuanto a la forma, la elasticidad, porque el proceso se adapta a las circunstancias de cada supuesto concreto.” (MONTERO AROCA: 1968. Pág. 111).

Sobre la existencia del proceso y su concepción general, también MONTERO AROCA expone que es preciso llegar más allá que la simple afirmación de que el proceso es el instrumento con el que los órganos jurisdiccionales cumplen su función. En dicho trabajo, plantea dos afirmaciones que denomina “complementarias” a la anterior, que intentamos

⁷⁸ *Ob. Cit.*, p.66.

⁷⁹ *Ibidem.*, p.67.

resumir respecto al proceso: (i) Que es el único instrumento para el ejercicio de la potestad jurisdiccional (la jurisdicción sólo actúa por medio del proceso); y, (ii) que es también el único instrumento puesto a disposición de las partes para impetrar de los tribunales la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos.⁸⁰

En lo que concierne a nuestra posición, debemos referir que en el tratamiento de las medidas preventivas efectivamente estamos en presencia de un **verdadero proceso de tipo ‘relativo’** –empleando la calificación dada por la Sala de Casación Civil-, pero preferimos sabernos en presencia de un proceso, según los siguientes caracteres:

9.3. Elementos del <proceso cautelar>.

Por la instrumentalidad y accesoriedad de las medidas cautelares, cualquiera puede pensar que no pueden ser autónomas respecto a lo principal, y que, por ende no pueden considerarse como proceso; lo que es *parcialmente* cierto desde la visión de subsidiaridad.

Justamente la misma instrumentalidad y accesoriedad sirven de argumento para afirmar que las medidas preventivas se comportan con cierta autonomía frente al pleito principal al que sirven, pues una vez que se pone en movimiento mediante cuadernos separados, mantienen cierta independencia, aunque sabemos, no absoluta.

Según lo expuesto en líneas anteriores, estamos frente a procesos cautelares sui generis, calificados de relativo por parte de buena parte de la doctrina calificada como la jurisprudencia pacífica; que no por ello significa que no estén equivocados, solo que pensamos, están en lo correcto.

⁸⁰ Montero Aroca, Juan. *El Proceso No tiene Naturaleza Jurídica*, en: Revista de Derecho Procesal (Obra Colectiva), edición conjunta del Instituto de Derecho Procesal José Rodríguez Urraca y Paredes editores, N°1, Caracas, 1990, pp. 116 y 117.

Definida nuestra posición de que en materia de medidas cautelares –y las preventivas- se está en presencia de un proceso pero de corte ‘relativo’ porque deriva de un proceso del que se vale, precisaremos los elementos que distinguen su concepción de proceso autónomo.

9.3.1. Jurisdicción Cautelar.

Aunque la jurisdicción es una sola como poder de decisión o facultad de dirimir los conflictos intersubjetivos, si entendemos que ésta se vale de mecanismos garantizadores (medidas cautelares) para hacer valer el derecho dictado (en la sentencia), entonces estaremos en presencia de una función especial entre los jueces, que podríamos denominar *jurisdicción cautelar*.

Obviamente ello conlleva a un cambio de paradigma sobre la función jurisdiccional, donde es evidente que dentro de la novísima concepción de la constitucionalización del proceso, los jueces de la República, a quienes se le faculta “la resolución de los conflictos” (decir el derecho) conforme el artículo 1º CPC, no pudieran cumplir su fin, si no contaran con el apoyo de la facultad cautelar, pues su actuar sería ocioso, ineficaz. Es en esta materia cautelar, donde se materializa esa parte de la jurisdicción que encarna la tutela judicial efectiva [prevista en el artículo 26 CRBV] y que, según veremos en capítulo correspondiente, se manifiesta por el debido proceso previsto [prevista en el artículo 49 CRBV], en el sentido de que los jueces están revestidos de esa facultad de garantizar que los fallos que dictaren no queden ilusorios, con lo cual, esa parte de su jurisdicción tiene ese cometido.

En consecuencia, entiéndase jurisdiccional no sólo resolver el conflicto final (de fondo); sino, también –y especialmente- administrar justicia en

sentido amplio, dándole respuesta oportuna al “consumidor del servicio de la justicia”, por el sagrado derecho constitucional que tiene a una Tutela Judicial Efectiva (art. 26 Constitución). Además, también veremos la importancia que le atribuye la Sala Constitucional al tema del juez natural en relación al derecho abstracto de tutela judicial efectiva que tienen los ciudadanos, entre los que destaca pedir medidas cautelares.

9.3.2. Acción Cautelar.

Se denominan tesis jurisdiccionalistas aquellas conforme a las cuales, toman los conceptos de acción y jurisdicción en forma correspondiente, aunque no homólogas, entre los que destaca ALSINA y LORETO, según ORTÍZ-ORTÍZ.⁸¹ Desde esta posición explica este autor, se asimila la acción como *derecho abstracto*, entonces seguido por DEGENLOB, PIÒSZ, CARNELUTTI, ZANZUCCHI, COUTURE, ALSINA, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.⁸²

Es lógico considerar que la jurisdicción cautelar no puede ponerse en actividad (salvo excepciones) sin que *la parte*, a quien la nueva tendencia moderna española nos enseña como “consumidor del servicio de justicia”; no disponga de ese derecho de acudir a los órganos de justicia. Hemos antes referido, que se tiene derecho a que se tutelen los derechos en forma efectiva; y para ello, los administrados no utilizarían las vías judiciales si aquellas no tuvieran la posibilidad de que se dicten medidas cautelares a favor de quien dice tener razón, esto es, de garantizarse un probable fallo a su favor.

La acción desde aquella revolución alemana de ideas de WINSHED (1856), dando lugar a la réplica de MÜTHER (1857), pasando luego por el

⁸¹ Ortiz-Ortiz, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, Caracas, 2004, pp.159 y 165.

⁸² *Ob. Cit.*, p.165.

filtro de la Escuela bolognesa con labor de CHIOVENDA (1903), se ha unido a la jurisdicción y al proceso, para crear el trinomio de la bases de nuestro Derecho Procesal: ACCIÓN-JURISDICCIÓN-PROCESO, los cuales están indisolublemente relacionados.

Aunque se hable de que la acción es una sola, en nuestra consideración no se agota con la proposición de la demanda, sino que como *derecho abstracto*, se manifiesta cada vez que se requiera la tutela de derechos por vía de petición, en donde ubicamos los pedimentos cautelares. Esto significa, que la acción -en cabeza del actor- se presenta no solamente con la interposición de la demanda –que es la entidad y el acto típico de su manifestación primara-, sino, frente que se consigue a través de otras manifestaciones procesales, como cuando el demandado puede *reconvenir*, o cuando algún tercero pueda *demandar* a las partes del juicio.

9.3.3. Pretensión Cautelar.

Es cierto que en principio, la pretensión se asocia con el fondo del litigio, pero también también lo es, que desde COUTURE se viene hablando del derecho constitucional de pedir⁸³, entendido <como poder jurídico de hacer valer la pretensión>⁸⁴.

A pesar de las críticas de ORTÍZ-ORTÍZ quien asume la pretensión del demandante únicamente como elemento de fondo, sumado a la pretensión del demandado⁸⁵, también reconoce que otros como RAMIREZ ALCALÁ asumen que el vocablo de pretensión, <es género para otras especies>⁸⁶,

⁸³ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, p.74.

⁸⁴ *Ob. Cit.*, p. 72.

⁸⁵ Ortiz-Ortiz, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, Caracas, 2004, p.408.

⁸⁶ *Ob. Cit.*, p.409.

específicamente MORON –citado por RAMIREZ ALCALÁ-, considera que hay <pretensiones de muchas clases>.⁸⁷

Si consideramos que la autonomía *relativa* de las medidas preventivas (de fondo y de forma) tiene un fin mediato (prevenir la ilusoriedad del fallo) para garantizar la sentencia; cada medida preventiva tiene un fin inmediato, que puede variar de una a otra (secuestro, embargo, prohibición de enajenar y gravar); también, que la carga de alegación también variara sustancialmente. Esto nos lleva a afirmar, que necesariamente estamos en presencia de un objetivo, contenido en una verdadera “pretensión” cautelar (resumido en que es lo que se pide, a lo que se cree se tiene derecho).

De consiguiente, “*la pretensión, -como enseña COUTURE-, es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica, y por supuesto, la aspiración concreta de que está se haga efectiva.*”⁸⁸

En este sentido, debemos destacar que el *petitum* cautelar del solicitante, también puede ser enervado por el contrario, de allí que estemos en presencia de un contradictorio perfectamente identificable, solo que postergado, en donde tenemos aquella parte que pide y aquella parte contra quien se *pretende* la medida, quien puede desvirtuar el dicho de aquél por vía de oposición, mediante las presunciones que también desvirtúen las presunciones que trajo aquél.

En contra de esta tesis, JIMÉNEZ SALAS, desconoce y niega la posibilidad de un contradictorio en las medidas preventivas tanto en su decreto como en su ejecución.⁸⁹

A nuestro juicio, sucede que por la aplicación del principio *inaudita altera pars*, se pueden dictar las medidas cautelares (incluso son su esencia

⁸⁷ *Ibidem.*, p.409.

⁸⁸ *Ibidem.*, p.72

⁸⁹ Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, Caracas, 1999, p. 30.

misma) sin que se encuentre presente la otra parte; pero que, al hacerse presente en autos, esa presunción de *verdad relativa* o probabilidad que supone la medida, puede ser desvirtuada –o discutida- por la parte contra quien obre en su debida oportunidad procesal, ejerciendo las defensas que considere conveniente según su estrategia procesal e intereses.

Entre otras defensas, la parte contra quien obren las medidas podría presentar: (i) oposición a la medida en la oportunidad que corresponde según esté presente o no al momento de practicarse la medida –art.602 CPC-; (ii) petición de nulidad por vicio procesal, como todo acto procesal cuando afecte orden público, por ejemplo –art.206 CPC-; (iii) petición de levantamiento mediante contra cautela, para que se suspenda las medidas que hayan sido decretadas en su contra y queden sustituidas por contra caución –art.589 CPC- e incluso, (iv) sustitución de bienes afectados por la medida por otros, como en el embargo si está presente en la práctica de la medida preventiva –art.597 CPC-; y hasta (v) exigir la limitación de las medidas a los bienes estrictamente necesarios –art.586 CPC-].

Se confirma la posibilidad que se hable de un contradictorio cautelar, porque además, ese demandado contra quien obren las medidas, caso que así lo considere, puede optar en reconvenir al demandante, y *pretender* también medidas preventivas contra aquél, ya que de la literalidad del artículo 585 CPC, no se desprende que esté expresado únicamente a favor del demandante. Si se pensase que en materia cautelar nada más atiende al desarrollo de la acción (como demanda), entonces cabe igualmente decir que es posible el decreto de las cautelas a favor del demandado-reconviniendo, porque precisamente está haciendo uso de su derecho de acción.

Para completar este punto de la pretensión cautelar, huelga explicar, la necesaria relación que debe existir entre el derecho reclamado con la

medida que garantice el fallo que lo pronuncie, esto es, dependiendo el tipo de proceso principal que se debata (según la materia), se condicionará en presencia de qué tipo o clase medida se necesitara para que sea realmente efectiva (el derecho reclamado); luego, cada pretensión cautelar variará conforme a dicho esquema.

Por consiguiente, no es igual *lo que se pretende* (fin inmediato) con una medida de secuestro conforme al ordinal 7º del 599 CPC que no se practica sobre bienes del deudor; que *lo que se pretende* (fin inmediato) con una prohibición de enajenar y gravar un inmueble, u embargo o con una medida innominada que autorice o prohíba determinado acto; donde se afectan bienes o intereses de la parte contra quien obran.

En conclusión, la pretensión de lo que se quiere, identificará perfectamente la medida idónea, bien sea, cualesquiera de las nominadas o típicas del 588 CPC; que tienen su fundamento a la comprobación de los requisitos del artículo 585 CPC, que es el objeto de este trabajo, o las que provienen del poder cautelar general o de las llamadas innominadas, por mandato del Parágrafo Primero del mismo artículo.

Muy a pesar que en fondo todas tengan como *fin mediato*: garantizar que el fallo final no quede ilusorio.

9.3.4. Formas materiales del procedimiento.

Todo proceso no debe verse sólo como la sucesión de actos preclusivos. Debemos ir más allá, en la justificación de que como instrumento sirva para un fin, que es como se concibe desde el punto de vista del Constituyente patrio (art.257 CRBV).

El sistema cautelar tiene su propio procedimiento, entendido éste como el vehículo/mecanismo a seguir no solo para garantizar el juicio principal -de allí su carácter instrumental (establecido en el Libro Tercero del Código que contiene el Procedimiento Cautelar)-, sino y más importante, que comporta en sí mismo y contiene en sí mismo, un verdadero procedimiento donde identificamos en esa articulación, actos procesales, oportunidades, lapsos, términos, audiencias, que conforman las **formas** que le dan vida a las medidas preventivas. Que, a pesar de la accesoriedad de las medidas, tienen una suerte de vida propia en cuanto a lo procedimental.

El carácter procedimental de las medidas preventivas queda consolidado a través de una providencia con el objeto de negarlas o decretarlas, incluso para pedir ampliación de las pruebas conforme lo dispone el artículo 601 CPC. Es decir, comienza con una solicitud en forma de diligencia o escrito, que con su respectivo trámite, termina en una providencia, sea para decretarlas, para negarlas o para pedir se amplíe la prueba donde se fundamenta la cautela. Que también contiene su propio trámite procedimental cuando se oponga la parte contra quien obran, dentro del incidente cautelar, que no con ello pierde su carácter autónomo de proceso.

Entre las formas de procedimiento cautelar, identificamos:

(i) La existencia de un juicio principal (*pendente litis*) sobre el cual va a servir como “garante”, en una suerte de coexistencia –salvo las excepciones de Ley que no son tratados en esta tesis frente a las medidas anticipadas distintas a las previstas en el artículo 585 CPC de forma ordinaria-.

(ii) la cualidad del peticionante y su interés manifiesto (art. 16 CPC), que en forma implícita revisa el juzgador, porque no puede otorgársele

cautela a quien no acredite la relación directa (interés) con la pendiente litis, y por obvio, con la cautela que pide;

(iii) el trámite para la alegación y probanza del derecho reclamado (fumus bonis iuris); así como, para la alegación y probanza del peligro en la tardanza (periculum in mora); ambas por vía presuntiva;

(iv) el trámite que permite al juez ampliar la prueba cuando considere conveniente según el precepto 601 CPC;

(v) el trámite para que se dicten las cautelas, no obstante no estén llenos los requisitos mencionados –del art.585 CPC- mediante las formas indicadas en el 590 CPC;

(v) el trámite para el sistema de contra cautelas ofrecidas por contra quien se dictan las medidas por el artículo 589 CPC;

(vi) el trámite de la oposición a las medidas decretadas; conforme el artículo 602 CPC

(vii) el trámite recursivo contra las decisiones correspondientes, de apelación frente a la negativa al decreto, que le corresponde al demandante, como la apelación contra la que concede la cautela [a pesar de la jurisprudencia contraria negando la apelación a le denegatoria de medidas cautelares⁹⁰].

En este último aspecto –tema de los recursos contra las cautelas- seguimos la posición de QUINTERO TIRADO quien sostiene esa posibilidad –de apelarse frente a la providencia cautelar- porque la actuación judicial puede vulnerar algunas garantías procesales constitucionales, que deberían

⁹⁰ Sentencia 88/2000 del 31 de marzo de 2000 (disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/88-310300-C99-740.htm>) y ratificada en sentencia 134/2001 del 22 de mayo de 2001 (disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-0134-220501-99017.htm>).

ser subsanadas de oficio, pero que las hay no subsanables y requieran la revisión de otro órgano jurisdiccional (de alzada)⁹¹.

9.3.5. Sistema probatorio.

Todo procedimiento se caracteriza porque las partes tienen oportunidades correspondientes de alegar y de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, que en forma general aplica el artículo 506 CPC respecto del fondo, pero que, es perfectamente *identificable* esta posibilidad en sede cautelar.

Para el sistema cautelar, se mantiene el principio probatorio de que quien alegue la existencia de un hecho tiene la **carga** de probarlos –aunque sea presuntivamente-. En ese orden, se maneja el sistema de tener como verosímil las circunstancias susceptibles de prueba, el *fumus* y el *periculum*; sólo que, *lejos de exigirse la plena prueba, basta cualquier medio que haga “presumible” su existencia.*

Opinamos que existe un contradictorio perfectamente identificable, sólo que, por circunstancias especiales se encuentra *diferido* cuando se dictan medidas inaudita altera pars. Recordemos lo que enseña el profesor CABRERA ROMERO, en cuanto *“la contradicción a la prueba va dirigida contra el medio propuesto, para que no se valore, bien porque no se le debe dar entrada, o bien porque habiéndosela dado, carece de eficacia probatoria.”*⁹²

Entonces, así como el solicitante de las cautelas tuvo la oportunidad de demostrar cuando menos presuntivamente la concurrencia del peligro en

⁹¹ Quintero Tirado, Mariolga. *La apelación. Algunas posturas*, en: Estudios iberoamericanos de derecho procesal (Obra Colectiva), Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez, Carlos J. Sarmiento (Compilador), Editorial Legis, 1ª ed., Colombia, 2005, p.627.

⁹² Cabrera Romero, Jesús Eduardo. *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*, tomo I, editorial Jurídica Alva, Caracas, 1997, p.31.

la tardanza como del derecho que reclama, en virtud del derecho constitucional a la prueba (regulado en el art.49.1. CRBV), resulta obvio que la parte contra quien obran las cautelas, goce de la misma oportunidad de refutar y probar también con juicio de probabilidad (sistema de presunciones), para que se levanten las medidas decretadas.

Esa apreciación probatoria puede conseguirse tanto en el juez de instancia como en el de alzada, como sostiene la profesora QUINTERO TIRADO, *“aunque la valoración de los medios de prueba para acreditar los extremos de las medidas cautelares corresponde en principio al juez de Primera Instancia, también el de segundo grado de conocimiento puede examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juzgador en uso de su facultad discrecional...”*⁹³

9.3.6. Cosa Juzgada.

Este es el punto que quizá, sea sobre el que hay mayores argumentos para quitar el carácter de proceso al sistema cautelar, pero esta duda no es sino aparente como veremos. JIMÉNEZ SALAS, es uno de esos autores que niega toda posibilidad a que la sentencia que contiene el decreto de la medida, produzca cosa formal, ni tampoco material.⁹⁴

Sin embargo, en nuestra opinión, existe ***cosa juzgada formal y relativa***, según los siguientes argumentos:

La cosa juzgada sugiere inmodificabilidad del asunto decidido, pero que, dada la especial naturaleza del decreto que dicta las medidas preventivas, revestido de provisionalidad e instrumentalidad, se concluye que, si se busca evitar con la cosa juzgada formal (art.272 CPC) que se

⁹³ *Ob. Cit.*, p.631.

⁹⁴ Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, Caracas, 1999, pp. 54 y 55.

vuelva a *decidir* lo *decidido* en una sentencia, lógico es entender, que verse sobre las mismas partes, la misma causa, el mismo objeto, el mismo título y las mismas circunstancias de hecho y de derecho (y no otras), no se podrá volver a decidir (lo decidido) sobre la medida decretada. Es decir, frente a las mismas circunstancias no podrá volverse a pronunciar el tribunal; *salvo que cambien tales circunstancias*, y quede habilitado para pronunciarse nuevamente.

Creemos que la razón primordial de la cosa juzgada (formal) descansa en que el asunto decidido no vuelva a decidirse (art. 272 CPC), esto, pensando en la *identidad* de los elementos que intervienen. En este orden de ideas, no cabe reedición de la providencia cautelar decretada, no obstante, es posible que puede limitarse la medida dictada, puede levantarse también.

Tomemos el siguiente ejemplo para entender mejor el asunto: si se decreta una medida preventiva de secuestro conforme a las circunstancias previstas en el ordinal 7º del artículo 599 CPC, esto es, por la falta de pago de determinados cánones de arrendamiento en el juicio hipotético seguido por “A” contra “B” como causa de la resolución de contrato de arrendamiento de un inmueble determinado, *no podrá volverse a decretar un nuevo secuestro por el mismo juicio*, las mismas partes, el mismo objeto, el mismo título frente a las mismas circunstancias; esto es, no hay un secuestro del secuestro, y menos una graduación del secuestro. Sólo se acepta una nueva medida, cuando la primera decretada, en este caso el secuestro, ha sido levantada por decisión motivada al mutar las circunstancias.

De manera que la cosa juzgada que se genera en las cautelas, en razón de su temporalidad, es cosa juzgada formal y relativa. Tal apreciación contiene fundamento legal, en el único aparte del artículo 1395 del Código Civil que refiere: *“La autoridad de la cosa juzgada no produce sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa*

demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior.”

Además, si se permite el recurso extraordinario de Casación contra interlocutoria que atienden a las cautelas, resulta claro que si producen cosa juzgada, pues de otra forma no fueran ‘recurribles en Casación’ en forma extraordinaria, cuyas Salas no conocen como instancia.

Cuando decimos que las providencias relativas a medidas cautelares generan **cosa juzgada formal y relativa**, es para explicar que el juez no podrá a volver a dictar otra nueva medida del mismo tipo –en los mismo términos-; o volver a negarla si no han cambiado las circunstancias iniciales. Esto, porque aquella ya tiene su autoridad de cosa juzgada: es decir, *ya fue decidido*.

También hicimos la salvedad, que por la provisionalidad de las medidas preventivas, esa cosa juzgada era relativa por derivación que pueden cambiar las circunstancias fácticas que dieron lugar a la decisión previa, encontrándonos en estos casos de unos nuevos supuestos que pueden ser susceptibles de otras decisiones.

La tesis que acepta el *procesalismo* en cuanto a la existencia de una cosa juzgada relativa, no es nueva, ya nos enseñaba HUMBERTO CUENCA –citado por LORETO- la posibilidad de una cosa juzgada relativa, no absoluta y no perpetua.⁹⁵

Consustancial con nuestra posición, GONZALO QUINTERO MURO opina a favor de la existencia de la cosa juzgada en materia de medidas preventivas⁹⁶; y específicamente sobre la medida de embargo preventivo,

⁹⁵ Vid., Loreto, Luis. *Ensayos Jurídicos*, editorial jurídica venezolana, 2ª edición, Caracas, 1987, p. 728.

⁹⁶ Quintero Muro, Gustavo. *Medidas preventivas*, Caracas, Talleres Gráficas Ilustraciones, 1961, p. 22

reconoce su cosa juzgada formal, citando a COUTURE.⁹⁷ Circunscrito como ha sido el sistema preventivo como *forma de proceso no autónomo*, sólo con lo que guarde relación al fin de cada medida, vamos de seguidas a ubicar nuestra clasificación.

10. NUESTRA CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DENTRO DEL RÉGIMEN CAUTELAR.

Es importante entender que si bien las pruebas para la petición de las medidas preventivas, en principio, giran en torno a la presunción de (i) que exista peligro que el fallo quede ilusorio por la tardanza del juicio y, (ii) que exista el derecho reclamado, también es cierto que dependiendo del tipo de medidas de que se trate, existirá determinada actividad probatoria del solicitante.

En tal sentido, habría que identificarse el objeto sobre el que recaerían las medidas, para estudiar cuáles son las cargas del peticionante cautelar. Según esta perspectiva, dentro de la tipología de medidas preventivas que pueden dictarse en *sede cautelar*, encontramos *tres especies* dentro del “género” (cautelar); y son:

1º.) **Las medidas preventivas** propiamente que tienen su fundamento en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil y que aparecen mencionadas en el artículo 588 *eiusdem*⁹⁸; que son las que conoce comúnmente la doctrina como típicas; en cuya fundamentación se hace el presente estudio. A saber, el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes específicos y la prohibición de enajenar y gravar inmuebles.

⁹⁷ Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo III, editorial Depalma, Buenos Aires, pp.280 y ss.

⁹⁸ **Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil:** “En conformidad con el artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas: 1º El embargo de bienes muebles; 2º El secuestro de bienes determinados; 3º La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.”

2º.) **Las providencias cautelares** que tienen su fundamento en el Parágrafo Primero del artículo 588 citado; que son las llamadas medidas innominadas, que además de exigir los requisitos del artículo 585 (*periculum in mora* y *fumus bonis iuris*), se requiere además probar el peligro de daño (*periculum in damni*). Como se sabe, las medidas innominadas tienen una doble vertiente, sea para autorizar o prohibir ciertos actos a fin de evitar mayores daños o que sean irreversibles. Ejemplo, *autorizar* la inscripción de un alumno a un centro de estudios mientras se decide el fondo; o *prohibir* el derrumbe de una pared ordenado por ente administrativo.

3º.) **Las providencias, medidas preventivas o cautelares** que aparecen en distintas leyes, que denominamos **medidas cautelares especiales**. Acá se ubican, buena parte de las medidas que en forma expresa (y son 'típicas' respecto a ciertos procesos) aparecen reguladas en leyes especiales, como por ejemplo el secuestro previsto en el artículo 22⁽⁹⁹⁾ de la Ley de Ventas con Reserva de Dominio, el secuestro previsto en el artículo 39⁽¹⁰⁰⁾ del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, incluyendo las medidas provisionales dictadas con ocasión al artículo 1099⁽¹⁰¹⁾ del Código de Comercio; entre otras.

⁹⁹ **Artículo 22 de la Ley de Venta con Reserva de Dominio:** *"Cuando el vendedor ejerce la acción de reivindicación de la cosa vendida con reserva de dominio, el juez, al ordenar la citación del demandado, podrá decretar, a solicitud de parte, el secuestro de la cosa y su entrega al vendedor siempre que la demanda tenga apariencias de ser fundada y el vendedor constituya garantía suficiente para asegurar, caso de no prosperar la acción, la nueva entrega de la cosa vendida al demandado o la entrega de otra cosa equivalente y el pago de los daños y perjuicios causados por la medida decretada.*

En el auto en que se acuerde la entrega de la cosa al vencedor, el Juez ordenará que antes de proceder a la ejecución de esta medida se deje constancia del estado en que se encuentre la cosa y se haga un avalúo de ésta por un perito que nombrará en el mismo auto. Este avalúo será la base para establecer los pagos que, eventualmente, deban hacerse las partes en razón de los derechos que esta Ley les acuerda."

¹⁰⁰ **Artículo 39 del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios:** *"La prórroga legal opera de pleno derecho y vencida la misma, el arrendador podrá exigir del arrendatario el cumplimiento de su obligación de entrega del inmueble arrendado. En este caso, el Juez a solicitud del arrendador, decretará el secuestro de la cosa arrendada y ordenará el depósito de la misma en la persona del propietario del inmueble, quedando afectada la cosa para responder al arrendatario, si hubiere lugar a ello."*

¹⁰¹ **Artículo 1099 del Código de Comercio:** *"En los casos que requieren celeridad, el Juez podrá acordar la citación del demandado de un día para otro y aun de una hora para otra; pero si estuviese fuera del lugar del juicio, no podrá suprimir el término de distancia. Puede también acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición de enajenar y gravar inmuebles especiales; y según el caso, exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo. Estas providencias se ejecutarán no obstante apelación."*

La lista anterior no puede –ni debe ser definitiva-, pues estamos conscientes que, cuando se hace una clasificación o un esquema se corre el riesgo de ser excluyente y dejar fuera algunos elementos o situaciones (en este caso algunas medidas); pero dada la “especificidad” del tema nos sometemos a ese riesgo. Sin embargo, dicha clasificación no obedece a un criterio caprichoso, sino que sigue la sistemática del Código de Procedimiento Civil según el orden en que aparecen dispuestas en su texto, así como la identificación de *otras* medidas preventivas especiales que aparecen en nuestra legislación.

Fuera de estas medidas encontramos otras que por su *naturaleza no cautelar* (esto es, que no previenen la ejecución del fallo definitivo) no serán motivo del presente trabajo, salvo a título enunciativo. Esas otras medidas que no son preventivas ni cautelares, son las llamadas *disposiciones complementarias* que <tienen por objeto facilitar la ejecución de las medidas preventivas que fueren dictadas>; y que en general tienen fundamento en el único aparte del artículo 588¹⁰² del Código Adjetivo Civil.

En este aspecto, dedicaremos unas líneas para diferenciarlas de las medidas preventivas, de modo de no confundir su esencia, porque para su decreto –de las medidas o disposiciones complementarias contenidas en el único aparte del art.588 CPC- no se requiere prueba; como sí se exige, para el dictado de la providencia de las medidas preventivas –contenidas en el artículo 585 CPC-.

En relación a las disposiciones complementarias, en opinión de ORTÍZ-ORTÍZ¹⁰³ se consiguen con ese mismo propósito (facilitar la práctica de medidas ya dictadas). Estas medidas (complementarias), tienen relación

¹⁰² **Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil:** “...Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.”

¹⁰³ Ortiz-Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las medidas Innominadas. En el ordenamiento jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, pp.231-232.

con otras de su misma naturaleza, como las *disposiciones complementarias* en los juicios de divorcio y de separación de cuerpos, según el artículo 761¹⁰⁴ del Código de Procedimiento Civil, a cuyos efectos este autor “asimila” a la facultad del artículo 588 en su aparte indicado.

La finalidad de estas mediadas complementarias, está circunscrita únicamente para asegurar la efectividad y resultado de las medidas preventivas <típicas>. Dichas “disposiciones” no son medidas cautelares, ni tampoco medidas preventivas. En sí mismas, constituyen ordenaciones que toma el Juez como una emanación de su poder cautelar y en ejercicio de la jurisdicción, para hacer valer sus decisiones, decretos y providencias, haciendo el uso de la fuerza pública si fuere necesario, como se desprende del artículo 21 del CPC: “*Los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los jueces toda la colaboración que éstos requieran.*”

Por su naturaleza, se colige el carácter de “complementarias”, pues lo que buscan es la *materialización* para lograr la *efectividad* de las medidas preventivas. Además, *por cuanto las disposiciones complementarias no son medidas cautelares, no requieren ninguna probanza para su procedencia*, ni mucho menos llenar extremo alguno de procedibilidad (como si la requieren las medidas preventivas conforme al 585 CPC), y por cuanto, sólo se justifican por la aseguración de la efectividad de las medidas “ya dictadas”.

A manera de ejemplo, como medida complementaria para asegurar y facilitar la materialización de alguna medida de embargo decretada sobre un

¹⁰⁴ **Artículo 761 del Código de Procedimiento Civil:** “...El juez dictará todas las medidas conducentes para hacer cumplir las medidas preventivas contempladas en este Código (...)”

vehículo automotor que se encuentre es circulación, puede acordarse su detención a los fines de facilitar su ejecución.

11. DEL JUICIO DE VEROSIMILITUD.

Para tener una idea más completa sobre el juicio de verosimilitud, en tanto llamado a solucionar el tema presuntivo en materia de procedencia de las medidas preventivas (y cautelares en general), haremos una revisión de cómo lo entiende la doctrina patria y la extranjera, pero después desde la jurisprudencia. El conjunto de estas fuentes, nos dará un resultado global como profundo del asunto.

11.1. El juicio de verosimilitud según la doctrina.

En general, el juicio de verosimilitud, en los casos en que el derecho procesal lo considera relevante, tiene esta característica: que es un juicio emitido, no sobre el hecho, sino sobre la afirmación del hecho, es decir, acerca de la alegación del hecho, proveniente de la parte que pide ser admitida a probarlo y que lo afirma como históricamente ya ocurrido.

El hecho de que con el Código de 1987, se modificó el régimen de la plenitud de prueba para la petición de las medidas cautelares –como lo venía exigiendo la jurisprudencia, y no el Código anterior-, abre un camino sobre el “juicio” que debe hacer el juzgador antes de decretar la cautela.

Cuando el legislador dispone que exista prueba al menos presunta que demuestre la circunstancia (de que quede ilusorio la ejecución del fallo) y del derecho que se reclama –como establece el artículo 585 CPC vigente-, cambia diametralmente el sistema de pruebas y su juicio de apreciación. En este sentido, caemos en el campo de lo que se conoce como juicio de verosimilitud.

La verosimilitud en materia de medidas preventivas va a tener un rol protagónico, en el sentido, que si bien es *restrictiva* la interpretación de las cautelas; *la parte de probanzas (para su procedencia) no tiene la rigidez de la exigencia de la certeza, sino que toma importancia las presunciones*. Si hacemos una abstracción general, sobre cómo debe concebirse el llamado juicio de verosimilitud, explicaba BORJAS, citando a FEO, que la apreciación que debía hacer el juez era sólo: “.....de que tenía base racional la reclamación, de que no era una temeridad, de que el solicitante tenía prueba que hacía creíble o verosímil su pretensión...”¹⁰⁵

El procesalista HENRÍQUEZ LA ROCHE, refiere que la constatación judicial del derecho que se reclama que ha hecho el juez en la sentencia impugnada, es un elemento de juicio, no descartable, en el ámbito de la mera posibilidad o verosimilitud a que se refiere este artículo 585.¹⁰⁶

A los fines que nos interesan, planteamos, ¿en qué se diferencia el juicio de certeza o de plenitud con el de verosimilitud? Adelantaremos opinión, en afirmar que dependiendo el sistema de apreciación que se estudie, va a depender cómo serán **las pruebas** que nos lleven a efectuar el respectivo juicio. El **quid** del asunto está en que a prima facie, el juzgador entiende como que presumiblemente es “probable” el hecho alegado y el derecho pretendido, sin entrar a buscar la *ratio* del fondo. Es decir, lo verosímil acerca de la posibilidad, permite al juez hacer una estimatoria “probatoria”, muy distinta a la práctica que le obliga, respecto al fondo, de la veracidad comprobada con plena prueba.

Lo que en el fondo obliga al juez a pronunciarse respecto a lo alegado y probado en autos, por el principio de congruencia y según la carga objetiva

¹⁰⁵ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo IV, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, p.16.

¹⁰⁶ Henríquez la Roche, Ricardo. *Código de Procedimiento Civil comentado*, editorial Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Caracas, Tomo IV, 1992, p. 298.

que deriva del artículo 506 del CPC, lo que explica ECHANDÍA donde para la apreciación y la eficacia probatoria, debe el juez recurrir a la regla sobre carga de la prueba para adoptar su decisión, ya que no le es lícito basarla sobre la simple verosimilitud o probabilidad del hecho.¹⁰⁷

Sin embargo, también reconoce este autor, que el principio de plenitud probatoria “...puede sufrir atenuaciones para ciertas materias incidentales o de previo pronunciamiento...”;¹⁰⁸ y es aquí donde tiene cabida la fórmula del juicio de lo verosímil. Incluso, este autor explica como ejemplo clásico en la materia [donde se le permite al juez hacer un juicio de verosimilitud], “...cuando la ley permite al juez decretar medidas preventivas no obstante de carecer de autenticidad el título aducido para ellas...;” pero además escribe, “entonces no se exige que el juez tenga certeza sobre el hecho....; basta que le parezca verosímil...”¹⁰⁹

En cuanto a la verosimilitud que se extrae del material probatorio, FRIEDRICH LENT, citado por el mismo ECHANDIA, señala que “...no se hace surgir en el juez un convencimiento pleno, sino simplemente se hace verosímil el hecho afirmado sin excluir de todo que el hecho no sea cierto...”¹¹⁰

En comprensión de lo anterior, explica el maestro PIERO CALAMANDREI en el trabajo *Verdad y Verosimilitud en el Proceso Civil*:

“...Cuando se dice que un hecho es verdadero, se quiere decir en sustancia que ha logrado, en la conciencia de quien como tal lo juzga, aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación a los limitados medios de conocimiento de que el juzgador dispone, basta para darle la certeza subjetiva de que aquel hecho ha ocurrido...; parece que la libertad de apreciación fuera el instrumento más adaptado para la consecución de la llamada ‘verdad sustancial’, la

¹⁰⁷ Echandía, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 4ª edición, Tomo I, Medellín, 1994, p.326

¹⁰⁸ *Ob. Cit.*, p. 326.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 326,

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 327.

valoración, aunque libre, lleva en todo caso a un juicio de probabilidad y de verosimilitud, no de verdad absoluta...”
(CALAMANDREI: 1973. Pág.318)

Para CALAMANDREI, existe “...en el Derecho Procesal, algunas casos en que la Ley misma contrapone la verosimilitud a la verdad...”¹¹¹, donde refiere de una manera clara y precisa los siguientes conceptos relacionados entre sí: “...Posible es lo que puede ser verdadero; **verosímil es lo que tiene la apariencia de ser verdadero. Probable sería, etimológicamente, lo que se puede probar como verdadero...**”¹¹² (Resaltado nuestro).

Y, cuando justifica el decreto de las medidas cautelares, explica:

“(...) la providencia (posesoria o cautelar) favorable: la cual se admite porque es una providencia destinada a tener vida provisional, hasta que en otro proceso, en el cual procederá el juez normalmente a una indagación a fondo de la verdad, se pueda llegar a la providencia definitiva, destinada a ocupar el puesto de la provisional. Se trata de providencias interinas; que precisamente por ello, pueden fundarse en el pedestal poco resistente de una verdad también interina, cual puede surgir de una simple valoración de verosimilitud...”
(CALAMANDREI: 1973. Pág.346).

Por su lado, el procesalista argentino JORGE ORLANDO RAMÍREZ, citado por ISRAEL ARGUELLO en su ensayo consultado, nos da quizá mayor claridad del asunto, cuando afirma que la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades, de verosimilitud. Escribe en ese sentido, que como resultado de esa cognición que llama sumaria (sobre la existencia del derecho), tiene valor no de declaración, sino de hipótesis.¹¹³

¹¹¹ Calamandrei, Piero. *Estudios Sobre Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973, p. 322.

¹¹² *Ob. Cit.*, p. 325.

¹¹³ Arguello, Israel. *Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas, Universidad Central de Venezuela, 1989, p. 47.

En este estado de la investigación, conseguimos un comentario que es consustancial con nuestra posición, y posiblemente sea la piedra angular de esta tesis, cuando los autores ARAZI y KAMINKER, advierten que *<lo que debe ser verosímil es el derecho>*. Sin embargo, cuando se refieren a los elementos “comunes” de las cautelas, determinan la concurrencia de los elementos *clásicos* (así lo denominan), como son los requisitos de (i) verosimilitud del derecho, (ii) *el peligro en la demora* y (iii) la prestación de contra cautela,¹¹⁴ y esta vez nuevamente se separan de nosotros respecto al segundo de los contenidos que asumen como obligatorio.

Con todas estas consideraciones básicas, sobre la manera en que el Juez debe valorar en sede cautelar, es evidente que tiene mayor relevancia el sistema de presunciones, el cual será tratado más adelante.

Descartando así, la plenitud de la prueba en el sistema de petición de las medidas preventivas, vale la pena destacar otras concepciones que ha tenido la doctrina patria, así como la evolución jurisprudencial.

Empecemos con la doctrina clásica hasta llegar a nuestros días:

Dentro de la perspectiva propuesta, con el Código de 1897, no podíamos dejar de leer a RAMÓN F. FEO, quien en su obra *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil*, señaló en relación a la constancia del derecho demandado:

“Es, pues, condición esencial esa constancia del derecho, para que cualquiera de las tres medidas. Por supuesto, que se trata, no de que se adelante el término probatorio y el solicitante traiga hecha toda la prueba que se prometa evacuar en el juicio, sino sólo de la prueba bastante para que el juez se convenza de que tiene base racional la reclamación, de que no es una temeridad, de que el

¹¹⁴ Arazi, Roland y Kaminker, Mario. *Algunas reflexiones sobre la anticipación de la Tutela y las Medidas de satisfacción Inmediata (autosatisfactivas)*, ponencia que formó parte de las XVI Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, celebradas en Brasilia, Brasil, del 10 al 14 de agosto de 1998.

*solicitante tiene prueba que hace creíble, verosímil su pretensión.”*¹¹⁵
(FEO: 1962. Pág.156).

El ilustre ARMINIO BORJAS en su gran obra *Comentarios al Código de Procedimiento Civil* (1916), señaló que el legislador palió en su última reforma, el rigor primitivo, de no exigir la constancia del derecho reclamado, sino alguna prueba que constituya a lo menos una presunción grave de él.¹¹⁶

No tenemos dudas de que con aquél Código, una vez iniciado el juicio (*pendente litis*), el actor sólo tenía que probar al menos presuntivamente, que su derecho *pretendido* era creíble (verosímil).

La tendencia de asimilar la **verosimilitud del derecho reclamado** no sólo la evidenciamos con las posiciones de FEO (Código 1897) y de BORJAS (Código 1916), antes pues, y con mayor precisión SANOJO¹¹⁷ (Código 1873) explicaba que procedería alguna de las medidas dispuestas en el artículo 262 cuando se de alguno de los casos previstos en él (en sus ocho ordinales) pero “siempre que conste el derecho”.

QUINTERO MURO explica, que: “*La acción cautelar tiene como requisito esencial para proceder, no la existencia del derecho, sino la apariencia del mismo...*”¹¹⁸, y agrega “*a pesar de ser juris tantum es más o menos fundada de que existe el derecho que se reclama,..*”¹¹⁹

Ya más actual –con el Código Adjetivo de 1987- el autor JIMÉNEZ SALAS¹²⁰ asocia la necesidad de la cautela a *la verosimilitud del derecho*

¹¹⁵ Feo, Ramón. *Estudio sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Colección Obras Clásicas Jurídicas Venezolanas, N°2, editorial Rea, Caracas, 1962, p.156.

¹¹⁶ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo IV, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, p. 16.

¹¹⁷ Sanojo, Luis. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Volumen II, editores Fabretón, Caracas, 1981, Comentario N°389, p.333. Dicho artículo aparece contenido en la sección Segunda del Título III, denominada “*De secuestro judicial, arraigo y fianzamiento.*”

¹¹⁸ Quintero Muro, Gonzalo. *Medidas preventivas*, Talleres Gráficos Ilustraciones, Caracas, 1961, p. 17.

¹¹⁹ *Ob. Cit.*, p. 44.

¹²⁰ Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, Caracas, 1999, p. 17.

reclamado, donde hay que observar, que el contexto donde Jiménez hace tal aseveración, es con relación a la *finalidad de las cautelas*. En la obra de este autor, *sólo se da prioridad a la verosimilitud del derecho*; y no a que se entienda también el juicio de verosimilitud al campo de la presunción grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo [*periculum ni mora*]. En este punto, estamos de acuerdo con este autor por coincidir con nuestra opinión.

Por su parte, ORTÍZ-ORTÍZ cuando se refiere a los elementos contenidos en el artículo 585 Procesal (*periculum in mora* y *fumus bonis iuris*), señala que: *“En lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de verosimilitud, de carácter sumario y sin prejuzgar sobre el fondo”*.¹²¹ A pesar de esta afirmación, inferimos que este autor extiende el juicio de verosimilitud también para el peligro en la tardanza, como lo ha expuesto en otro trabajo.¹²²

También hemos confirmado (ver 8.2.) que al permitirse el juicio de verosimilitud -que con tanta claridad expone CALAMANDREI-, se modifica sustancialmente el régimen probatorio, que no es lo mismo *demonstrar* el mérito de la causa, como *demonstrar* circunstancias especiales y condicionantes del precepto 585 CPC.

En ese mismo orden de ideas, la profesora QUINTERO TIRADO, cuando explica los requisitos del procedibilidad de una medida, menciona la verosimilitud o presunción el derecho y el peligro en la demora. Sin embargo, en el mismo trabajo, en ocasión a la explicación del peligro de la demora (*periculum in mora*), que es, según la autora el interés procesal lo que justifica las medidas; señaló: *“...no se requiere la prueba de la certeza de*

¹²¹ Ortíz Ortíz, Rafael. *El poder Cautelar General y las medidas innominadas. En el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, editorial Paredes, Caracas, 1997, p. 130.

¹²² Ortíz Ortíz, Rafael. *Las Medidas cautelares Innominadas. Estudio analítico y temático de la Jurisprudencia Nacional*, editorial Paredes, Tomo I, Caracas, 1999, p.42

este hecho, esto es, su plena acreditación, sino de su verosimilitud....¹²³ Así las cosas, pareciera, según tomamos de la autora, que también debe considerarse como “verosímil” al peligro en la mora, o *en la demora*; o peligro de infructuosidad.

Por su lado, DUQUE CORREDOR argumentó, que “...a diferencia del Código derogado, en el cual se exigía para el decreto de las medidas un juicio de probabilidad sobre el derecho reclamado y un juicio de certeza sobre el riesgo manifiesto, por el contrario, en el Código vigente, se requiere para ambos extremos un juicio de probabilidad.”¹²⁴

Deja entrever el autor, que en cuanto al derecho reclamado, el Código derogado, exigía tan sólo la probabilidad (juicio de verosimilitud); y en cuanto al hecho del riesgo manifiesto, se exigía certeza (juicio de certeza).

Dos consideraciones obligan a detenernos con respecto a lo señalado por este connotado autor -y en lo personal, nuestro maestro-

En primer lugar, explicábamos atrás que el Código derogado de 1916, jamás previno taxativamente la exigencia del elemento del “riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución de un fallo”, que es lo que conocemos tradicionalmente con la voz latina del “periculum in mora”; y que por tanto, la llegada de dicho elemento (con ello su exigencia probatoria) obedeció al *cruce* entre la doctrina y la jurisprudencia de la época.

En segundo lugar, y más importante, consideramos el aporte de DUQUE CORREDOR cuando afirma que se modificó el régimen del “periculum”, *pasando de su exigibilidad mediante la certeza, a su exigibilidad mediante la probabilidad*.

¹²³ Quintero Tirado, Mariolga. *Las Medidas Cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil* en: Revista de Derecho Privado (Obra Colectiva), Universidad Central de Venezuela, enero-marzo, Caracas, 1986, p.183.

¹²⁴ Duque Corredor, Román José. *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*, Ediciones Fundación Pro-Justicia, Colección Manuales de Derecho, tomo II, Caracas, 1999, p. 159.

Para el profesor ARGUELLO al tratar la verosimilitud, razona su existencia mediante la diferenciación entre los conceptos de justicia preventiva y justicia cautelar, que relaciona, pero no identifica.

De este modo, explica:

“...Mientras en algunos de los supuestos de la justicia preventiva...el juzgador declara la existencia del derecho amenazado con la finalidad de que no sea violado, en la tutela cautelar...basta que la existencia del derecho aparezca como verosímil y probable; la sentencia del fondo del proceso nos dirá si la hipótesis de la tutela cautelar coincidía con la existencia cierta del derecho amenazado...”
(ARGUELLO: 1989. Pág.44).

11.2. El juicio de verosimilitud según la jurisprudencia.

Como se ha dicho en esta investigación, se debe a la doctrina comparada como a la jurisprudencia, la exigencia del peligro en la tardanza en vigencia del Código de 1916, ya que no estaba regulado en forma expresa en su texto, partiendo que era en la medida de arraigo donde se establecía el “temor” que el demandado dilapidase sus bienes, por cuya razón, sostuvimos atrás como el antecedente del periculum in mora. Ese papel de la jurisprudencia, está muy a la par de lo que piensa el maestro PEYRANO, respecto a que *“los jueces detectan y admiten en muchas ocasiones, lo buscado y el enmascaramiento propuesto ante las exigencias sociales.”*¹²⁵

11.2.a. Jurisprudencia referida al Código de Procedimiento Civil de 1916.

Para el año 1950 la Corte Federal y de Casación había explicado que para la procedencia de las medidas preventivas, debía procederse siempre

¹²⁵ Peyrano, Jorge Walter. *La Medida Cautelar Innovativa embozada en Procedimiento Civil y Comercial*, Vol. 3º, editorial Juris, Buenos Aires, 1994, p. 59.

que intentada una demanda, se acompañe un medio de prueba que constituya al menos presunción grave del derecho que se reclama.¹²⁶

Otra decisión en ese mismo sentido, fijó que el decreto de las medidas preventivas que pueden ser dictadas en una causa, debía motivar suficientemente lo referente a la presunción grave del derecho que se reclama, conforme al artículo 368. Se precisa, que en el caso que dio lugar a esta decisión, estaba referida a la prohibición de enajenar y gravar un inmueble, basado en el artículo 372, ordinal 1º CPC (derogado), disponiendo ese fallo, que:

*“A primera vista habría que conjugarse la disposición genérica que permite se decrete la medida preventiva solicitada con la base de haber presentado un medio de prueba que demuestre presunción grave del derecho que se reclama, y en segundo término, que la ley en el caso específico permita la medida concreta de prohibición de enajenar y gravar...”*¹²⁷

En esa misma dirección, tenemos una decisión de la Corte Superior Segunda de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, que señaló, como segunda condición, para la procedencia de las medidas preventivas: *...“la exhibición de algún elemento probatorio que haga presumir con fundamento la existencia del derecho que se reclama...pero...también se requiere la prueba de que se está en algunas de las situaciones contempladas en el Código de Procedimiento Civil...”*¹²⁸

Una de las decisiones que contiene mayor información respecto a la verosimilitud, fue una dictada por la Corte Superior Primera de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (1975), que precisó: *“...En materia de medidas preventivas el conocimiento se encuentra*

¹²⁶ Corte Federal de Casación, del 12-04-1950, Gaceta Forense N°4, 1ª etapa, págs. 120 y ss., la cual aparece reseñada por Quintero Muro, en su ob. cit., p. 227.

¹²⁷ Vid., Quintero Muro, en su ob. cit., pp. 394 y ss., pero no indica mayores datos sobre las partes del juicio, tampoco el año, ni Tribunal que la dicta. Sólo aparece el llamado de Ramírez & Garay.

¹²⁸ Sentencia del 14 de abril de 1969; Vid., *Jurisprudencia Venezolana de Ramírez & Garay*, Tomo XXI, pág.77.

limitado a un juicio de probabilidades y verosimilitud, por lo que su resultado vale no como declaración de certeza sino de hipótesis. Precisamente, por no tener la decisión que recaiga ese atributo de certeza, ínsito en la sentencia de fondo, puede el Juez, sin invadir esa zona, pronunciarse en uno u otro sentido decretando o negando la medida...”¹²⁹

11.2.b. Jurisprudencia referida al Código de Procedimiento Civil de 1987.

Con la vigencia del Código vigente (1987), tenemos varias decisiones en torno al sistema de pruebas por vía de la verosimilitud, así, recogemos fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, del 19 de junio de 1991, en la que se explica que *“...las medidas preventivas procederán cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusorio la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama...”¹³⁰*

Fijémonos que en esta decisión, ya no sólo se indica la procedencia necesaria del derecho reclamado (verosímil); sino, que se exige además, y colocado en primer orden: **demostrar (al menos presuntivamente) la circunstancia del periculum in mora.**

En nuestro alto Tribunal no sólo la Sala de Casación Civil ha tenido esa concepción reiterada y pacífica en exigir la prueba presuntiva tanto del periculum in mora como del fumus bonis iuris, como también la Sala Político Administrativa, a título ilustrativo como precisó en sentencia del 5 de agosto

¹²⁹ Sentencia del 21 de abril de 1975, Corte Superior Primera de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda; Vid. *Jurisprudencia Sobre Medidas Preventivas*; Ramírez & Garay, 1977, p. 11.

¹³⁰ Sala de Casación Civil con ponencia del Dr. Adán Febres Cordera, juicio de Morris Curiel Báiz contra Marcel Curiel Báiz (exp.Nº90/510). Vid., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, de Oscar Pierre Tapia, Nº6, junio, 1991, Año XVIII, p. 314.

de 1993, donde explicó que “...es indispensable para acordar alguna de las medidas cautelares que el solicitante presente prueba, aún cuando sea presuntiva, del derecho que se reclama (*fumus bonis iuris*) y de que existe riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo...”¹³¹

11.3. De las conclusiones.

La verosimilitud es un juicio de valor, de tomar como cierto “un hecho”, sin que se exija la certidumbre (absoluta) o el grado de certeza, o más concretamente como dice SERRA DOMÍNGUEZ citado por ORTÍZ ORTÍZ¹³², que el juez en atención a la existencia del *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, <debe hacer un cálculo de probabilidades>. De allí, que expresáramos que es un juicio de valor, en tanto constituye una preferencia de cada juzgado de saber si, en determinado caso sometido a su estudio, consigue presumido sus elementos de procedencia.

Cuando expresemos que el *periculum in mora* debe tenerse como verosímil, no estamos diciendo que puede ser demostrado con cualquier presunción o medio; sino que ésta además debe ser *grave*, por eso pensamos que se generan dificultades probatorias conforme sigue. Esta equiparación de tener como “verdadero” tanto al *periculum in mora*, como al *fumus bonis iuris*, ha dado lugar a paliar como dijimos la exigencia probatoria para “ambos”.

12. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES.

¹³¹ Sala Político Administrativo, en ponencia de la Dra. Hildergard Rondón de Sansó, juicio de Corporación Agrícola del Sur, C.A. (exp. N°8447), *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Vol. 8-9, agosto/septiembre, 1993, p.388.

¹³² Ortiz Ortíz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las medidas Innominadas*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p. 118.

La correspondencia que tienen las medidas cautelares como manifestación –sino justificación- de la tutela judicial efectiva no es cualquier cosa, si se piensa que será en la ejecución de la eventual sentencia definitiva donde se verificará, si, efectivamente hubo tutela o no; en el sentido que para “garantizar” esa ejecución tuvo oportunidad la parte a quien corresponde, de obtener medidas cautelares con tal fin.

Por eso SOLÍS SALDIVIA, dice que la doctrina en general, como la jurisprudencia que se ha venido dictando en forma universal, *<parte de la premisa de que la tutela judicial efectiva, no es tal, sin el auxilio de las medidas cautelares>*¹³³; afirmación que nos parece acertado.

Todo indica la importancia capital de dichas medidas frente a la ejecución, en tanto, materialización real de la tutela judicial efectiva.

Paradójicamente, aparecen dichas medidas cautelares como “accesorias” de lo principal; más sin embargo, no es redundante decir que lo principal (fondo) no tendría sentido (ni vigencia material) sin una adecuada protección cautelar sobre lo que será el objeto del fallo. Es decir, que en ausencia de medidas cautelares, la expectativa del justiciable demandante es poca, por no decir ninguna.

Según lo que hemos expuesto, **sin tutela cautelar, difícilmente habría tutela judicial efectiva**, en cuyas líneas parece inscribirse el Tribunal Constitucional español (en sentencia 238/1992), *“la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.”*¹³⁴

En este mismo tenor, la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se han pronunciado en favor

¹³³ Marcos J. Solís Saldivia. *Consideraciones acerca de la Naturaleza Jurídica de la Jurisdicción Voluntaria*, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2005, p.97.

¹³⁴ Citada por Francisco Rubio Llorente. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, editorial Ariel, Barcelona, 1995, p. 269.

de que <las medidas cautelares son una emanación de la tutela judicial efectiva>¹³⁵, explicando que el poder cautelar de los jueces deriva del artículo 26 Constitucional.

Así, en sentencia 662/2001 [que ratifica criterio del 16 de diciembre de 1998), la Sala Político Administrativa dedujo:

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

En efecto, las medidas cautelares son parte esencial de este derecho y del derecho a la defensa, teniendo su base en la propia función del Juez de juzgar y ejecutar lo juzgado y pueden ser utilizadas, siempre que cumplan los dos requisitos esenciales del periculum in mora y del fumus bonis iuris, de la forma más amplia para garantizar la eficacia de la sentencia que decida sobre el fondo de la controversia. (Sentencia de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 1998, Caso: Carmen Brea).”¹³⁶

Para explicar la relación entre las cautelas y la tutela judicial efectiva, se explicó en el mismo fallo:

“En efecto, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada actualmente en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez contencioso administrativo se encuentra habilitado para emitir todo tipo de medida cautelar que se requiera en cada caso concreto, esto es, puede decretar todo tipo de mandamientos, -como la suspensión del acto recurrido, medidas positivas e incluso anticipativas- ante todo tipo de actividad o inactividad administrativa, incluyendo actos de efectos particulares o generales, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones etc. Tal como se señaló precedentemente todo Juez, por el hecho de tener la potestad de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, ostenta un poder cautelar general que le permite tomar cualquier medida cautelar que resulte necesaria para la eficaz ejecución de lo juzgado.”

¹³⁵ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/170200-13884-155.htm>

¹³⁶ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00662-170401-1139.htm>

Este tema no resulta baladí, si se tiene en cuenta por ejemplo, que otros elementos son necesarios en la realización de la justicia, como es la motivación, que es asumida por nuestra jurisprudencia en forma ‘implícita’ dentro del debido proceso –a pesar que no lo establece en forma expresa-, como lo establece el fallo 150/2000 por la Sala Constitucional.¹³⁷

Por consiguiente, si se asume la motivación de todo fallo como componente del debido proceso, a demás de manifestación de la misma tutela judicial que estudiamos en este punto, entendemos que *también las providencias cautelares deben estar motivadas suficientemente por el órgano jurisdiccional*.

De forma que, no nos es difícil asumir que tanto la tutela judicial (efectiva) como el debido proceso deben actuar en forma coordinada en procura de los fines del proceso, que no es otro que la <realización de la justicia> en tenor del artículo 257 Constitucional.

Pero para evitar la diatriba de definir cuál de los componentes relativos a la justicia tiene más valor [refiriéndonos al debido proceso y a la tutela judicial], preferimos asumir la posición del procesalista QUIROGA LEÓN, quien supone que los conceptos de tutela judicial efectiva como debido proceso, solo son distinguidos por la ausencia de lecturas básicas y por el desconocimiento que quieren ver, sostiene, como diferentes lo que en la doctrina es equivalente.¹³⁸

Nos pronunciamos en términos singulares, no por equivalencia entre la tutela judicial y el debido proceso, sino por la necesaria interrelación de uno y otro, en el sentido que la tutela judicial efectiva se materializa a través del debido proceso.

¹³⁷ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/150-240300-0130.htm>

¹³⁸ Quiroga León, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal*, editorial Idemsa, Lima, Perú, 2008, p.117.

Finalmente, más categórico es CALAMANDREI en su afirmación respecto a que: “*La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela inmediata.*”¹³⁹

13. ¿QUÉ SE PRUEBA PARA LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS? LA CONCURRENCIA DE ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 585 CPC.

Uno de los temas fundamentales en la resolución del problema que planteamos en esta tesis, lo constituye *las probanzas* con relación a la procedibilidad de los dos elementos de procedencia de las medidas preventivas previstas en el artículo 585 CPC, con especial referencia al *requisito de probar los efectos que la tardanza [de los procesos], junto a las conductas asumidas del deudor/demandado, que harían nugatorio una eventual sentencia.*

Ello, porque la jurisprudencia y buena parte de la doctrina es conteste en que se requiere probar, cuando menos presuntivamente ambos elementos –nos referimos al *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*-.

Según esta investigación, no se ha analizado en profundidad la temática, o cuando menos, no desde la óptica que genera la tesis conforme la cual, lo que deberá probarse [en forma de probabilidad] es el derecho reclamado (*fumus bonis iuris*) y no el peligro de la tardanza (*periculum in mora*), como argumentamos.

A título ilustrativo estudiemos las siguientes sentencias donde se da por descontado la necesaria ‘prueba’ de la concurrencia de ambos elementos, cuestión que nos genera dudas, en cuanto a la naturaleza misma

¹³⁹ Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial bibliográfica, Buenos Aires, 1945, p.45

de las cautelas frente al proceso donde derivan, si, lo que se debería probar (cuando menos verisímilmente) sea el derecho que se reclama y no el peligro en la tardanza, pues *la mora de los juicios parece latente y 'obvio' en todo proceso judicial* –cuando menos así se desprende del juicio ordinario- al que se refiere el artículo 585 CPC en estudio, y buena parte de los procesos que se valen del mismo (procedimiento oral, procedimiento breve, intimación de honorarios por vía incidental, procedimientos mercantiles, etc.)

La Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia delineando la necesaria concurrencia de los presupuestos del artículo 585 CPC y sus probanzas, decidió al respecto (sentencia 0768) que “... *tratándose de una solicitud de medida preventiva y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 585 del C.P.C., la oportunidad para acompañar el medio de prueba que constituye presunción grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo y del derecho que se reclama, es el momento en que se introduce la respectiva solicitud...*”¹⁴⁰

Como se deduce del fallo anterior, se debía probar tanto el peligro en la mora como el derecho reclamado, y sobre el primero de estos elementos, la misma Sala en otro fallo (sentencia 0156) reconocía que: “...*El indicado presupuesto normativo cautelar –periculum in mora-, se encuentra explícitamente consagrado en el tenor del Art. 585 del C.P.C...*”¹⁴¹, que suponía entonces que al estar regulado en forma expresa en la norma, debía darse cumplimiento cabal por el operador.

Además de la necesidad de probar ambos elementos, y haciendo especial énfasis al peligro en la tardanza –periculum in mora-, destacamos

¹⁴⁰ Sentencia del 07 de octubre de 1998, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ponente Magistrado José Luis Bonnemaison, juicio: Miguel Armas Rengifo v. Banco República, C.A., (exp. Nro.97/0629). *Vid.*, Baudin, Baudin. *Código de Procedimiento Civil (Comentado)*, 2010/2011, ediciones Paredes, 3ª ed., Caracas, 2010, p.821.

¹⁴¹ Sentencia del 29 de mayo de 1996, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ponente Magistrado Andrés Octavio Méndez Carvallo, juicio: Venmar v. Concretera Marín, C.A., (exp. Nro.94/0504). *Vid.*, Baudin, Baudin. *Código de Procedimiento Civil (Comentado)*, 2010/2011, ediciones Paredes, 3ª ed., Caracas, 2010, p.820.

de este último fallo el reconocimiento que “...[el] presupuesto normativo cautelar –*periculum in mora*- ha sido formulado por el legislador venezolano en el texto del Art.585 del C.P.C., empleando la técnica legislativa de los doctrinalmente denominados ‘conceptos jurídicos indeterminados’...”¹⁴²

En el tema que nos ocupa, la jurisprudencia es unísona respecto de la idea de exigir la probanza de ambos elementos del artículo 585 CPC, como se pronunció la Sala Político Administrativo (sentencia 32/2002):

*“Es criterio de este Alto Tribunal que el poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren, y por ello la providencia cautelar sólo se concede cuando exista 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. Por tal motivo 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 bonis iuris*) y el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución de la decisión definitiva (*periculum in mora*).*

*En cuanto al primero de los requisitos mencionados (*fumus bonis iuris*), su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. Puede comprenderse entonces como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante, correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama.*

*Con referencia al segundo de los requisitos (*periculum in mora*), ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo dirigidos a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.”¹⁴³*

¹⁴² Ob. Cit., p.820

¹⁴³ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00032-140103-2002-0320.htm>

Se enfatiza el criterio conforme al cual, se deben probar ambos elementos de concurrencia [peligro en la tardanza (*periculum in mora*) como el *fumus bonis iuris* (humo de buen derecho)], y así insiste la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa (sentencia 155/2000) que “...*no son suficientes los simples alegatos genéricos, sino es necesaria, además, la presencia en el expediente de pruebas sumatorias o de una argumentación fáctico jurídica consistente por la parte demandante...*”¹⁴⁴

Vale acotar acá, a título ilustrativo, los cambios que ha venido haciendo la jurisprudencia *en cuanto a la exigibilidad de los elementos de procedencia de las medidas cautelares en materia de amparo constitucional*, -que se atiende desde la concepción del artículo 585 CPC-.

En efecto, en materia de amparo por ejemplo, dada su especial naturaleza, *no se requiere probar los elementos concurrentes del artículo 585 CPC* para la procedibilidad de las medidas pedidas en sede constitucional, lo que sugiere que la jurisprudencia reconoce que pueden existir *matizaciones a la taxatividad del precepto*. O, cuando menos reconoce implícitamente que así como está regulado el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, implica una afectación al justiciable que solicita tutela cautelar.

Eso, constituye en nuestro criterio, un síntoma positivo en reconocer, la impropiedad del sistema de procedencias del artículo 585 CPC como aparece en la actualidad.

Con ese propósito, revisemos el fallo primigenio de la Sala Constitucional (caso: Corporación L' Hotels, C.A., en sentencia 156/2000) en el cual, bajo forma de interrogante -que luego explicó-, dedujo:

“¿ No proceden en los amparos, las medidas preventivas ?

¹⁴⁴ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/170200-13884-155.htm>

*A pesar de lo breve y célere de estos procesos, hay veces en que se hace necesario suspender el peligro que se cierne sobre la situación jurídica que se dice infringida o evitar que se pueda continuar violando antes que se dicte el fallo del proceso de amparo; y dentro de un Estado de Derecho y de Justicia ante esa necesidad, el juez del amparo puede decretar medidas precautelativas. Pero para la provisión de dichas medidas, y al menos en los amparos contra sentencias, al contrario de lo que exige el Código de Procedimiento Civil, al peticionario de la medida no se le pueden exigir los requisitos clásicos de las medidas innominadas: *fumus bonis iuris*, con medios de prueba que lo verifiquen; ni la prueba de un *periculum in mora* (peligro de que quede ilusoria la ejecución del fallo), como sí se necesita cuando se solicita una medida en base al artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, donde también han de cumplirse los extremos del artículo 588 *eiusdem*, si se pide una cautela innominada.*

*Dada la urgencia del amparo, y las exigencias del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no puede exigírsele al accionante, que demuestre una presunción de buen derecho, bastando la ponderación por el juez del fallo impugnado; mientras que por otra parte, el *periculum in mora*, está consustanciado con la naturaleza de la petición de amparo, que en el fondo contiene la afirmación que una parte está lesionando a la otra, o que tiene el temor que lo haga y, que requiere que urgentemente se le restablezca o repare la situación.*

De allí, que el juez del amparo, para decretar una medida preventiva, no necesita que el peticionante de la misma le pruebe los dos extremos señalados con antelación en este fallo, ni el temor fundado de que una de las partes pueda causar a la otra lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, ya que ese temor o el daño ya causado a la situación jurídica del accionante es la causa del amparo, por lo que el requisito concurrente que pide el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, para que procedan las medidas innominadas, tampoco es necesario que se justifique; quedando a criterio del juez del amparo, utilizando para ello las reglas de lógica y las máximas de experiencia, si la medida solicitada es o no procedente.”¹⁴⁵

Estamos de acuerdo con la sentencia, en tanto matiza las excesivas cargas que se exigen al solicitante de las cautelas; cargas con las que si vamos a estar de acuerdo en el tema de fondo por razones de obviedad, por

¹⁴⁵ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/156-240300-0436.htm>

ser exigencia de los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1354 del Código Civil. Sobre estos aspectos volveremos en el punto 17.

Este asunto tratado en amparo y su régimen cautelar, representa en nuestro modo de ver, una evidencia –cuando menos una posibilidad- de que la jurisprudencia –así sea implícitamente- pueda estar tomando conciencia de que la literalidad del precepto 585 no debe ser absoluta, como ya lo expresó en materia de acciones amparo. Entonces empieza a reconocer que los objetivos de éste [artículo 585 CPC] pueden soslayarse con una exigencia mayor en cuanto a los requisitos de las medidas en esta materia.

Sirva este antecedente, para debatir si también pueda prescindirse también para otros casos, la probanza del peligro en la tardanza o el peligro en la mora judicial como planteamos en esta tesis.

Otro elemento a favor de este aserto, lo constituyen las medidas preventivas previstas para los procedimientos especiales [v.gr. intimación al pago, ejecución de prenda, ejecución de hipoteca, interdictos posesorios, etc. como se analiza en el punto Nro.15] que por la naturaleza del título que se acompaña, se prescinde de probar el peligro en la tardanza, en tanto operan en forma automática con tal y se acredite el derecho reclamado. De modo que se exige un análisis, también es presuntivo, pero únicamente del derecho (reclamado), no del peligro en la tardanza. Es decir, para estos casos especiales, haya o no peligro de mora o en la tardanza, hayan pruebas o no que el deudor intenta dejar al acreedor sin posibilidad de atacar sus bienes –distrayéndolos, dilapidándolos, enajenándolos-, de igual manera proceden las medidas preventivas especiales establecidas para cada caso y procedimiento.

Estos casos de las medidas preventivas en materia de amparo como en procedimientos especiales pueden servir para comprender, que esa tesis

respecto a la pertinencia de los elementos previstos para la procedencia de las medidas preventivas, no es absoluta.

Aunque es pacífica la posición de la doctrina y de la jurisprudencia en explicar que se deben probar los dos extremos del artículo 585 CPC, saltan las dudas de su efectividad frente al novísimo régimen constitucional de la tutela judicial efectiva (art.26 CRBV) y del proceso como instrumento de realización de la justicia (art.257 CRBV), pues nos consta que en una cantidad importante de casos, que no es objeto de este estudio, *ese régimen cautelar afecta ostensiblemente la tutela que dice garantizar.*

Entonces, analizar si es conveniente considerar un cambio –como sostenemos en esta tesis- al sistema de las medidas preventivas del artículo 585 CPC, si se piensa en las serias dificultades que se imponen a los justiciables/solicitantes, sea que se les exija pruebas (aunque presuntivas) pero que resulten de imposibilidad material manifiesta. Caemos acá, en el típico ejemplo de un hecho difícil, también a veces imposible de probar, relativo a acreditar con medios suficientes para acreditar que la conducta desplegada por el demandado/deudor, sugiere que intenta evadir un eventual cumplimiento de la condena frente a sus bienes, distrayéndolos, enajenándolos, simulando negocios jurídicos con ellos.

O, que aun cuando se prueben los extremos del peligro en la mora y el *fumus bonis iuris* –insistimos, a veces de imposible probanza ni si quiera presuntiva-, el juzgador decide no acordar la cautela en virtud de la discrecionalidad delegada. Estas trabas, en nuestro criterio, constituyen cuestionamientos a la tutela judicial efectiva a la que se dice pertenecen las cautelares. No haya coherencia entre lo prescrito en la Constitución de 1999 y lo prescrito en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, como se explica en este trabajo.

Amén de estas trabas, tampoco parece conveniente la posición adoptada también por el más alto tribunal, cuando identifica el peligro en la mora como un *concepto jurídico indeterminado*, no solo porque se pueden llenar de cualquier cosa, sino y peor, porque no nos parece lógico decir dentro de la probática, que deba probarse –al menos presuntivamente- un concepto jurídico indeterminado como el que nos ocupa.

14. EL PERICULUM IN MORA: ENTRE PRUEBAS IMPOSIBLES Y PRUEBAS DIFÍCILES.

Es una constante, la forma en que la doctrina más calificada viene avalando la regulación del legislador, y también junto con la jurisprudencia en la exigencia probatoria del elemento que constituye el peligro en la tardanza, como es el caso del profesor ORTÍZ-ORTÍZ, quien es del criterio que:

“(....) si el legislador hubiese pretendido eximir de prueba de este requisito no hubiese exigido su comprobación, recordemos que el Código tiene apenas diez (10) años de vigencia, de modo que el legislador no estaba ajeno a la tardanza de los procesos judiciales.” (ORTÍZ-ORTÍZ: 1997. Pág.127).

Por esta razón, opina que el <peligro en el retardo debe ser acreditado en juicio y en modo alguno presumirlo o relevarlo de prueba.> ¹⁴⁶

Ahora bien, el elemento del periculum in mora, constituye a nuestro juicio un requisito cuya necesidad se puede discutir dentro de la política judicial, en tanto como se sabe, supone que *“a través de una comprobación sumaria de que el afectado por la medida tiende a insolventarse, o de causar alguna lesión que pueda hacer ilusoria la ejecución de la sentencia”*. (ORTÍZ-ORTÍZ)¹⁴⁷

¹⁴⁶ Ortíz-Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las medidas Innominadas. En el ordenamiento jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p. 127.

¹⁴⁷ *Ob. Cit.*, p. 127.

Lo dicho, nos lleva a cuestionar: ¿será fácil para el solicitante de la medida preventiva ‘demostrar’ así sea con prueba verosímil, que el deudor como dice ORTÍZ-ORTÍZ, (i) tiende a insolventarse, o (ii) que le causará una lesión que haga nugatoria la sentencia.? La respuesta es negativa, ya que se somete al solicitante a una carga, o súper carga, que a veces parece excesiva, otras veces, ‘imposible’

Deducimos que en este sentido, la comprobación del peligro en la tardanza, nos puede conducir hacia el terreno de las *pruebas imposibles* –aunque en su mayoría, se atribuye a casos de pruebas de hechos negativos y por tanto carente de pruebas-,¹⁴⁸ o si se prefiere, de difícil o imposible comprobación, entonces también distinguir –como lo hace ECHANDIA-, entre la imposibilidad (de probar) y la dificultad (de probar).¹⁴⁹

Ciertas circunstancias –como la dificultad o la imposibilidad de la prueba, según sea el caso- hacen que por ejemplo, como lo explica este autor, solo en el supuesto que la ley lo autorice, puede el juez basar su decisión contentándose en medios verosímiles –cuando no se exija la plena prueba- sin que tenga certeza de los hechos.¹⁵⁰ Este, convenimos, es el caso de las medidas preventivas.

Cuando se analizan cómo se prueban los hechos relacionados con el *fumus bonis iuris*, podríamos entrar dentro del terreno de las pruebas imposibles, o pruebas diabólicas, si se piensa que *“la parte potencialmente perdidosa puede efectuar una seria de actividades desplegadas con la finalidad de ocasionar una disminución en su patrimonio o una merma en la*

¹⁴⁸ Disponible: <http://www.miguelgallardo.es/prueba/diabolica/>

¹⁴⁹ Echandía, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, 4a ed., editorial Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1993, p.319.

¹⁵⁰ *Ob. Cit.*, p. 319.

*propia esfera patrimonial del objeto de los derechos sobre los cuales se litiga*¹⁵¹ (ORTIZ-ORTIZ).

Son circunstancias, que por su dificultad probática ha obligado a los solicitantes en buscar las fórmulas más idóneas, y hasta alternativas –si así se pueden catalogar- debiendo apelar incluso el hacer uso común de un justificativo para perpetua memoria, diligenciado previamente ante notaría pública –con miras a demostrar los elementos de procedencia cautelar-, como dice HENRIQUEZ LA ROCHE.¹⁵²

Pero creemos que tal uso corriente no consigue los resultados esperados por quienes aspiran la tutela cautelar, pues no se da frecuentemente lo que dice el maestro HENRIQUEZ LA ROCHE, sobre que *del contenido de dicha perpetua memoria (que contenga declaraciones de testigos), sea suficiente para conceder cautela*, porque además, como el mismo dice, debería ser ratificada por los mismos testigos¹⁵³. Además, por lo general se trata de testigos ‘inventados’, pues de ordinario no les consta que efectivamente el deudor/demandado está dilapidando sus bienes, o que está fraguando quedar insolvente para afectar ostensiblemente al actor. En muy pocos y excepcionales casos, tendríamos testigos verdaderos que les consten esas circunstancias.

De otro lado, las artimañas usadas por los deudores que quieran dejar sin posibilidad de cobro eventual a sus acreedores, muchas veces son indetectables, y salvo que se corra con la suerte que el demandante conozca a un testigo que estuvo presente en la oferta de venta del propio demandado a un tercero, o que se le haya ofrecido a él mismo; podría constituir un hecho de prueba imposible.

¹⁵¹ Ortíz Ortíz, Rafael. *Introducción al Estudio de las Medidas Innominadas. Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional*, tomo I, Paredes Editores, Caracas, 1999, p.43.

¹⁵² Henríquez La Roche, Ricardo. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, tomo 4, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, Caracas, 2009, p.253.

¹⁵³ *Ob. Cit.*, p.254.

Con esta preocupación, parece pertinente el comentario que al respecto hace el profesor PARRA QUIJANO citado por RIVERA MORALES, en el sentido que *<las presunciones se establecen por razones de equidad, debido a la dificultad de traer al proceso hechos de imposibilidad probatoria>*¹⁵⁴ y con esto conectar estos comentarios con el proceso judicial previsto por el Constituyente de 1999 relativo al *proceso equitativo*.

Según RIVERA MORALES, cuando cita PARRA QUIJANO, no se refiere a hechos imposibles, sino a hechos normales que no hay medios de traerlos al proceso.¹⁵⁵ En todo caso, consideramos este asunto entre los casos de imposibilidad probatoria, lo que afecta el derecho a la prueba de rango constitucional, por estar contenido dentro del debido proceso (art.49.1. CRBV).

Justamente a lo que refiere este autor, sobre la dificultad de probanzas de hechos normales –que preferimos llamar reales-, derivan cuestionamientos que hagan su *prueba imposible*, pues el hecho puede que exista [el peligro que el fallo quede ilusorio por causas imputables al deudor demandado], pero que sea de imposible de prueba afecta ostensiblemente:

- (i) el *debido proceso* respecto del acceso a la prueba;
- (ii) el *derecho a la tutela judicial efectiva* respecto al derecho de pedir en sede cautelar, pero además;
- (iii) el derecho a la tutela porque de no conseguirse medidas preventivas, podrían impedirse la materialización de una eventual sentencia a favor del actor.

¹⁵⁴ Rivera Morales, Rodrigo. *Las pruebas en el Derecho Venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de Lopna*, 6ª ed., Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2009, p.419.

¹⁵⁵ *Ob. Cit.*, p.419.

Según lo expuesto, si bien el peligro en la tardanza constituye un juicio objetivo de una persona razonable, el problema que observamos es cómo demostrar esa circunstancia fáctica, *cuando a veces no se cuenta con las pruebas reales*. Sabemos que nuestra ley presume la buena fe y la mala hay que probarla; pero sería una prueba diabólica que se acredite justamente in limine litis, tal circunstancia que en nuestro criterio no puede deducirse en forma presuntiva (mala fe), ya que funciona como una presunción legal.

Esto funcionaría así, la consecuencia de la norma es que todos actuamos de buena fe (supuesto de hecho presuntivo), pero si hay mala fe, habrá que probarlo, lo que es de <imposible> demostración en sede cautelar, y que también guarda sus dificultades en forma ordinaria.

A tal evento, parece conveniente el aporte del derecho colombiano al respecto, bajo la figura de la *sospecha del deudor*, que funciona en sentido inverso al nuestro como presunción legal: se presume como sospechosos a la conducta del deudor, y por tanto no será necesario demostrarlo, como indica QUIROGA CUBILLOS citado por ORTÍZ-ORTÍZ.¹⁵⁶ Con ello, se evita someter a quien tiene derechos (como el caso venezolano), a sendas cargas probatorias, aunque funcionen en forma presuntiva y sólo se baste la probabilidad, porque el problema es su demostración en juicio.

Consecuencia de lo expuesto, advertimos que no obstante que se pida solo la probabilidad de que sea cierto lo que se aduce, ello no resuelve a veces la necesidad de la cautela por falta de pruebas de un elemento tan voluble como el *periculum in mora*, que incluso, ha sido visto como un concepto jurídico indeterminado por nuestra jurisprudencia,¹⁵⁷ como se analizará adelante.

¹⁵⁶ Ortíz-Ortíz, Rafael. *Introducción al estudio de las medidas cautelares innominadas*, tomo I, Paredes editores, Caracas, 1999, p.45.

¹⁵⁷ Baudin, Patrick. *Código de Procedimiento Civil (Comentado)*, 2010/2011, ediciones Paredes, 3ª ed., Caracas, 2010, p.820.

Por ello, parece conveniente revisar los términos según los cuales, seguimos manteniendo esa exigencia legislativa procesal de acreditar con prueba (aunque presuntiva) del peligro en la tardanza, ya que *más de las veces se hace imposible para el solicitante la demostración así sea presuntiva de esa circunstancia*, lo que en propiedad, pudiera afectar cuando menos dos derechos –para otros garantías- de rango constitucional, a saber (i) *el derecho de acceso a la prueba* (art.49.1.CRBV) porque se somete al peticionante a acreditar algunas circunstancias ajenas al campo de la prueba, en virtud de su imposibilidad manifiesta; (ii) la tutela judicial efectiva (art.26 CRBV), pues, nos preguntamos, cómo puede ser efectiva una tutela –que se pretende en sede cautelar-, cuando de entrada se somete al sujeto que dice tener derecho (fumus bonis iuris) –y que acredita esta circunstancia- a tener que comprobar también [*con no se sabe a veces con qué prueba, ni cómo*], que su demandada pretende hacer quedar ilusorio un fallo en su contra (periculum in mora) –que no puede acreditar tal circunstancia porque a veces, aunque cierta no puede probarlo-.

Alguien puede sostener, y siempre lo vamos a respetar, que los elementos del artículo 585 CPC son irrevisables porque son la esencia del sistema cautelar en general, lo cual, no es tampoco una verdad absoluta, si se toman en cuenta las matizaciones a este sistema por ejemplo están previstas en materia de amparo constitucional y las medidas correspondientes, pero más específicamente, ya que el mismo Código adjetivo plantea una serie de supuestos normativos que exceptúan al solicitante de cumplir con los extremos del artículo 585 CPC, cuando solo requiere la comprobación de uno (*el humo o apariencia del buen derecho*).

Específicamente hacemos referencia a las medidas preventivas que se dictan con ocasión de los procedimientos especiales. De manera, que serán estas mismas circunstancias –excepcionales frente al 585 CPC- que

sirvan para cuestionar que no obstante que el precepto 585 CPC [que contiene los elementos del humo del buen derecho y el peligro en la tardanza], constituya la base o el fundamento del todo el sistema cautelar [pues de hecho encabeza el Libro Tercero. Del procedimiento Cautelar y de otras incidencias], se consiga argumentar a favor de sus excepciones.

En la mayoría de los procedimientos especiales establecidos en el Código adjetivo (Libro Cuarto), se conceden a los demandantes ciertas prerrogativas en cuanto a medidas preventivas se trata, que constituyen excepciones –frente al régimen del artículo 585 CPC-, pero que son requisitos ordinarios en cuanto a la especialidad, entonces no excepcionales en cada procedimiento especial. En conjunto, la especialidad de los procedimientos contenciosos para la procedencia de las medidas preventivas, apunta a la tesis de este estudio: *que no es necesario la demostración del peligro en la tardanza, como si del humo o apariencia del buen derecho.*

En ese contexto, verifiquemos solo a título enunciativo como algunos procedimientos especiales, disponen de un tratamiento especial en cuanto las medidas preventivas, donde por lo general, *se omite cualquiera exigencia del peligro en la tardanza*, bastándose con acreditar la apariencia del buen derecho, según la naturaleza del título objeto de demanda.

Solo a manera ilustrativa, en la **vía ejecutiva** procederá en forma automática la medida de embargo [*prescindiendo del peligro en la tardanza*], según el artículo 630 CPC:

“Cuando el demandante presente instrumento público u otro instrumento auténtico que pruebe clara y ciertamente la obligación del demandante de pagar alguna cantidad líquida con plazo vencido; o cuando acompañe vale o instrumento privado reconocido por el deudor...”

Por otro lado, en el **procedimiento por intimación** previsto en el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil, también en forma automática el tribunal *[prescindiendo del peligro en la tardanza]* decretará embargo provisional de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles o secuestro de bienes determinados –que como vemos son las mismas medidas típicas anotadas en el artículo 588¹⁵⁸ CPC en su encabezamiento-:

“Si la demanda estuviere fundada en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, facturas aceptadas o en letras de cambio, pagarés, cheques, y en cualesquiera otros documentos negociables, (...)”

También el **procedimiento de ejecución de hipoteca** (art.661 CPC), tiene su trámite especial respecto a las cautelas, en tanto se faculta al juez *[prescindiendo del peligro en la tardanza]* de decretar *“inmediatamente la prohibición de enajenar y gravar el inmueble hipotecado...”*, y en el **procedimiento de ejecución de prenda** (art.668 CPC), si el Juez *[prescindiendo del peligro en la tardanza]* encontrare los requisitos de ley, *“ordenará el depósito de la cosa dada en prenda...”*

En fin, estos solos ejemplos (como también los juicios interdictales de posesión) son evidentes que no es cierto que el elemento del peligro en la tardanza, constituye per se, un elemento necesario en la procedencia de las medidas preventivas.

Otro factor a favor de nuestra tesis, y que desmonta la premisa según la cual, es necesario según el artículo 585 procesal la probanza del peligro en la tardanza en la procedencia de las medidas preventivas, es que si es la voluntad del demandante –porque no tiene cómo probarlo, por ejemplo-, o

¹⁵⁸ **Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil:** *“En conformidad con el artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas: 1. El embargo de bienes muebles; 2. El secuestro de bienes determinados; 3. La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.”*

porque simplemente no existe tal peligro de tardanza del demandado; puede –sin estar llenos los extremos del artículo 585 CPC- ofrecer caución de las previstas en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil y de igual manera obtener la cautela en contra de su deudor.

Analicemos lo que dispone ese precepto:

“Artículo 590. Podrá también el Juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que ésta pudiera ocasionarle.

Para los fines de esta disposición sólo se admitirán:

- 1. Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia.*
- 2. Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos.*
- 3. Prenda sobre bienes o valores.*
- 4. La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez.*

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.”

Del contenido del precepto anterior, se deduce que si el actor insiste en obtener alguna de las medidas típicas establecidas en el artículo 588 CPC, podrá requerirlas sin que estuviese probadas los extremos o requisitos de procedencia del artículo 585 eiusdem (fumus bonis iuris y periculum in mora). Esto es demostrativo, *que la prueba de la mora no representa un requisito imprescindible en términos de procedencia.*

En conclusión, con todos estos casos de de las medidas preventivas previstas en los procedimientos especiales contenciosos, con las

excepciones en materia de amparo y con las excepciones previstas en el artículo 590 CPC, es patente afirmar que no es cierto que el elemento del peligro en la tardanza sea inamovible, y menos irrevisable como elemento indispensable en la procedencia de las medidas preventivas.

Y, en más de los casos, con la exigencia de acreditar el peligro en la mora pasa todo lo contrario: se hace inoperante para la consecución de la cautela, lo que no es conveniente en términos de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, es criterio de la Sala Constitucional –como se ha venido repitiendo constantemente- que si se llegase a otorgar una medida cautelar sin que se cumplan con los extremos de ley, *<se viola flagrantemente el derecho de tutela judicial efectiva a la contraparte de quien la solicitó.>* [caso Eduardo Parilli Wilhem].

Todo lo expuesto, lleva a que planteemos la revisión del elemento del peligro en la tardanza, por lo cual, presentamos de seguidas una visión que, creemos es consustancial con la visión constitucional del proceso, basado en lo según creemos *¿‘qué es lo que se debería probar’?*

15. ¿QUÉ SE “DEBERÍA” PROBAR PARA LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS? Una visión desde la Constitución.

Analizado anteriormente las relaciones directas entre la llamada *tutela cautelar* –en el sentido como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia- con la *tutela judicial efectiva* propiamente dicha, insistimos en que se haga un análisis desde la Constitución y no, únicamente mediante el estudio de las normas adjetivas, lo que sería un estudio incompleto al dejar aquella fuera del debate.

Ello es importante para comprender el fenómeno procesal, y dentro de éste, *el sistema cautelar y las pruebas de procedencia*, a los fines de no incurrir en los errores advertidos por MOLINA GALICIA, respecto a las <consecuencias devenidas de la falta de correspondencia de los elementos constitucionales en el estudio del proceso>.¹⁵⁹

Esta falencia, en su juicio, devinieron en lo que llama <el fracaso> de la reforma procesal del Código de 1987, cuando los proyectistas <desatendieron deliberadamente la perspectiva constitucional del proceso>. Escribe, que “*se antepuso así el criterio del derecho procesal como accesorio del derecho material, y no el carácter reglamentario de la ley procesal de los derechos y garantías Constitucionales...*” (MOLINA GALICIA: 2008. Pp.208-209).

En tal sentido, se requiere, en primer lugar comprender que *el proceso es el instrumento de realización de la justicia*, como dispone el artículo 257 del texto Constitucional, rango desde el que devienen importantes consecuencias, basado en la fe que otorga el Constituyente para que, por su conducto se logre uno de los fines del Estado: *la justicia*. De esta forma, proceso no solo constituye meras formas y actos instrumentales, sino que, en su esencia (aunque se manifieste a través de formas), éstas sean utilizadas de un modo en que no desvirtúe la justicia, o como lo dice la propia Sala Constitucional, las formas están al servicio de la justicia, y no al revés.

En segundo lugar, que ese proceso no puede estar sometido a dilaciones indebidas, ni a reposiciones inútiles; es decir, *el proceso debe garantizar la tutela de los derechos en forma efectiva*; ya que el Constituyente pretende –entre otros atributos- según el artículo 26 Constitucional, una justicia célere, responsable, equitativa y expedita, en

¹⁵⁹ Molina Galicia, René. *Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencia. ¿Hacia un gobierno judicial?*, Serie Monografías, 2ª ed., Ediciones Paredes, Caracas, 2008, p.208.

cuyo propósito la llamada jurisdicción cautelar tiene un peso específico como lo hemos anotado.

En tercer lugar, que debe entenderse la asunción del proceso desde la Constitución, entonces proceso no sea cualquiera, sino que aquel que constituya verdadero instrumento de realización de la justicia (art.257 CRBV) y que garantice la tutela de los derechos que les son requeridos (art.26 CRBV), aquel que se logre mediante el desarrollo de un debido proceso (art. 49 CRBV), derecho de rango además humano –previsto en tratados universales-, para que así se consiga la plenitud de los que quiere el Constituyente. Adicionalmente, y no por casualidad, dentro del debido proceso se encuentra *el derecho de probar* (art.49.1.CRBV), que es consustancial con nuestra tesis.

Hechas estas precisiones, debemos superar otro obstáculo en la propuesta que hacemos: Tratándose de medidas preventivas, salvo las de secuestro previstas en el artículo 599 ⁽¹⁶⁰⁾ CPC [que se dictan sobre bienes propios del demandante, pero que usa la otra parte], en el caso de las medidas de embargo y de prohibición de enajenar y gravar, pueden afectar el derecho de propiedad de la “parte” contra quien obren, inclusive de terceros

¹⁶⁰ **Artículo 599 del Código de Procedimiento Civil.** *“Se decretará el secuestro: 1. De la cosa mueble sobre la cual verse la demanda, cuando no tenga responsabilidad el demandado o se tema con fundamento que éste la oculte, enajene o deteriore. 2. De la cosa litigiosa, cuando sea dudosa su posesión. 3. De los bienes de la comunidad conyugal, o en su defecto del cónyuge administrador, que sean suficiente para cubrir aquéllos, cuando el cónyuge administrador malgaste los bienes de la comunidad. 4. De bienes suficientes de la herencia o, en su defecto, del demandado, cuando aquél a quien se haya privado de su legítima, la reclame de quienes hubieren tomado o tengan los bienes hereditarios. 5. De la cosa que el demandado haya comprado y esté gozando sin haber pagado su precio. 6. De la cosa litigiosa, cuando, dictada la sentencia definitiva contra el poseedor de ella, éste apelare sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble. 7. De la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el Contrato. También se decretará el secuestro de la cosa arrendada, por vencimiento del término del arrendamiento, siempre que el vencimiento de dicho término conste del documento público o privado que contenga el contrato. En este caso el propietario, así como en vendedor en el caso del Ordinal 5° podrán exigir que se acuerde el depósito en ellos mismos, quedando afecta la cosa para responder respectivamente al arrendatario o al comprador, si hubiere lugar a ello.”*

en la forma que les afecta [v.gr., art.546 (¹⁶¹) CPC]. Esta situación, conlleva a afirmar la interpretación restringida en materia de medidas preventivas.

Ora, ello lo que significa es que no puede aplicarse la analogía en el sistema cautelar, para evitar los excesos propios como atentatorios a la seguridad jurídica. Se entiende que no puede aplicarse una medida preventiva por vía de la analogía, o sea, que no puede aplicarse una medida prevista en alguna ley, en otro proceso cuya ley no lo disponga en forma expresa (la posibilidad de medidas).

Entonces, buscar el equilibrio de los valores constitucionales en juego, no en contraposición, sino en perfecta relación. De este modo, caso de decretarse una medida preventiva (que contiene la tutela judicial efectiva de rango constitucional) y que con ello se afecte a la propiedad del demandado (que contiene el derecho de rango constitucional), dicha afectación sería relativa, no solo por la accesoriedad y temporalidad de las medidas –que pueden suspenderse-, sino que al contrario, caso de no decretarse la medida, se afectaría la garantía de tutela judicial efectiva del demandante.

Suponiendo en el primer caso, esto es, que se decreten las medidas en la esfera de intereses del demandado (sobre sus bienes), huelga recordar que una de las características de las cautelas es su provisionalidad (temporalidad), que se suyo implica que afectaría solo relativamente a su

¹⁶¹ **Artículo 546.** *“Si al practicar el embargo, o después de practicado y hasta el día siguiente a publicación del último cartel de remate, se presentare algún tercero alegando ser el tenedor legítimo de la cosa, el Juez aunque actúe por comisión, en el mismo acto, suspenderá el embargo si aquella se encontrare verdaderamente en su poder y, presentare el opositor prueba fehaciente de la propiedad de la cosa por un acto jurídico válido. Pero si el ejecutante o el ejecutado se opusieren a su vez a la pretensión del tercero, con otra prueba fehaciente, el Juez no suspenderá el embargo, y abrirá una articulación probatoria de ocho días sobre a quién debe ser atribuida la tenencia, decidiendo al noveno, sin conceder término de distancia.*

El Juez en su sentencia revocará el embargo si el tercero prueba su propiedad sobre la cosa. En caso contrario confirmará el embargo, pero si resultare probado que el opositor sólo es un poseedor precario a nombre del ejecutado, o que sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, se ratificará el embargo pero respetando el derecho del tercero. Si la cosa objeto del embargo produce frutos se declararán embargados éstos, y su producto se destinará a la satisfacción de la ejecución. En este último caso la cosa podrá ser objeto de remate, pero aquél a quien se le adjudique estará obligado a respetar el derecho del tercero, y para la fijación del justiprecio de la cosa embargada se tomará en cuenta esta circunstancia. De la decisión se oírá apelación en un solo efecto, y en los casos en que conforme al artículo 312 de este Código sea admisible, el recurso de casación. Si se agotaren todos los recursos la sentencia producirá cosa juzgada, pero la parte perdidosa en vez de apelar de la sentencia de primera instancia podrá proponer el correspondiente juicio de tercería, si hubiere lugar a él. (Subrayado nuestro).

propietario, pues, caso de decretarse la medida, podría (i) levantarse con una contra cautela; (ii) sustituirse por otro bien propiedad del demandado; (iii) levantarse por ser procedente la oposición a la misma; (iv) levantarse por haber cesado la causa temporal de existencia; etc.

Hecha esta aclaratoria hagamos otra aproximación al tema, pues se requiere comprender que el proceso judicial (sea oral o escrito), pasa por una serie de cuestionamientos en razón de su eficacia con relación a su duración, sea que la tardanza afecte a quien tiene la razón, de allí que QUIROGA LEÓN, explique que el fundamento de las medidas cautelares, es en función de la realidad jurídica: **el tiempo en el proceso.**¹⁶²

Por lo general, al menos en los procesos ordinarios de cognición –no en aquellos que revisten características especiales con ocasión de los títulos a demandar-, sabemos que el tiempo juega en contra de quien tiene razón, lo que sugiera revisar esa premisa, si se pretende explicar el carácter constitucional del derecho a la tutela judicial, cuya efectividad [por eso se le llama tutela judicial ‘efectiva’], dependerá en buena medida no solo de la duración del proceso, sino fundamentalmente, *de haber sido provisto de medidas asegurativas al derecho que dice tenerse.*

De forma que, probar (i) la tardanza de los juicios, en cuyo caso pudiera afectar el derecho del accionado, como probar (ii) las actuaciones del demandado para burlar una eventual sentencia en su contra, son aspectos que requieren revisarse a la luz del nuevo texto constitucional.

Esta idea en modo alguno sugiere, como se aborda de seguidas, que el derecho a la defensa –del demandado- quede relegado a la tutela judicial –del actor -, pues ambos tienen aval constitucional y, en principio están en el mismo plano, solo que en estos casos, ante esta aparente dificultad que

¹⁶² Quiroga León, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal*, editorial Idemsa, Lima, Perú, 2008, p.146.

enfrenta valores, <se requiere de una ponderación de ambos bienes constitucionales>, lo que es perfectamente válido según la tendencia del *neo constitucionalismo*, entendida ésta como una práctica dentro del Estado Constitucional moderno. Sobre neo constitucionalismo, destaca el trabajo de CARBONELL.¹⁶³

Si bien la fórmula del neo constitucionalismo, en principio, actúa directamente sobre jueces constitucionales, “*quienes tienen que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos*”¹⁶⁴, sostenemos el criterio, que esta visión del Estado Constitucional –*ergo, respecto a la función de los jueces en el juego de valores*- se extiende también a los jueces ordinarios, desde la constitucionalización de instituciones procesales (art. 26, 49 y 257 CRBV) y en nuestro caso, como veedores de la integridad de la Constitución por mandato del artículo 334 del texto político. Y, es que en general, “*los jueces tienen la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados.*”¹⁶⁵

Dada esta concepción de la Constitución frente al proceso, o lo que es lo mismo, por la adscripción constitucional de figuras procesales, reconocemos nuevos y mejores mecanismos, que como vimos arriba, obliga a enfrentar a *valores constitucionales* –también llamados *bienes constitucionales* en el sentido como los aprecia el profesor CASAL-.¹⁶⁶

En nuestro caso, ponderar y lidiar las tensiones que se generan, por un lado, la tutela judicial efectiva del solicitante, frente el derecho de defensa del demandado y el derecho de propiedad que se afecte por determinadas medidas preventivas).

¹⁶³ Carbonell, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos (Obra Colectiva), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, editorial Trotta, Madrid, 2007, pp.9-12.

¹⁶⁴ *Ob. Cit.*, p.10.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.10.

¹⁶⁶ *Vid.*, Casal, Jesús María. *Los derechos fundamentales y sus límites*, editorial Legis, 1ª ed., Caracas, 2010, pp.1/413.

En el tema que nos ocupa, especialmente al llamado peligro en la tardanza o en la mora –*periculum in mora*–, identificamos dos premisas que la doctrina y jurisprudencia dan por insertos dentro de aquél:

(a.) El peligro de la tardanza de los juicios.

(b.) Que la conducta del deudor pueda hacer menoscabo en la eventual sentencia.

En el presente estudio, analizamos esta premisa frente a las consecuencias de esta visión Constitucional del proceso, donde ubicamos que mediante la comprensión de **los hechos notorios** y también a través de **las máximas de experiencia**, conseguimos sortear la probanza del requisito del peligro en la tardanza, como se explica:

Que la literalidad del precepto contenido en el artículo 585 del Código Adjetivo, prevea que se deba probar tanto el derecho reclamado como el peligro en la tardanza, no es impedimento para que el operador (juez) ‘corrija’ por vía de una interpretación actualizada esta circunstancia respecto al peligro en la tardanza.

Acá, volvemos a revisar los validos argumentos del maestro HENRÍQUEZ LA ROCHE respecto a que:

“(...) el peligro en la mora tiene dos causas motivadas: una constante y notoria, que no necesita ser probada, cual es la inexcusable tardanza del juicio de conocimiento, el arco de tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada; otra causa es los hechos del demandado durante ese tiempo para burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada”. (HENRÍQUEZ LA ROCHE: 2009. Pág.253)

El término corrección a que se hace referencia arriba, corresponde al desarrollo del derecho judicial, ampliamente expuesto por un importante sector de la doctrina desde los cambios generados por el caos del

positivismo extremo. Esta *corrección [del derecho]*, aunque suene a esa tendencia del llamado ‘gobierno de los jueces’ tan temido y criticado por algunos, se construye a través de las sentencias -por medio de la motivación de los órganos jurisdiccionales-, *quienes son los que dicen el derecho por vía de interpretación, de cuyo proceso pueden derivar distintas consecuencias jurídicas como normas.*

Significa, construir otras normas (consecuencia de la interpretación) a partir del precepto mismo, si se tiene en cuenta la tesis conforme a la cual, de un mismo precepto pueden derivarse cuantas normas correspondan según la interpretación del operador, como explica el profesor CANOVA GONZALEZ, porque los operadores pueden “...interpretar el significado abstracto del ‘enunciado legal’ y extraer, de allí, la ‘normas’ que aplicarán a los asuntos o procesos de los cuales conozcan.”¹⁶⁷

Dentro de esta perspectiva, los jueces se convierten en garantes de la Constitución, ya no en abstracto, sino de verdadera actuación en la práctica.

a.) ¿Cómo funcionan los hechos notorios frente al peligro en la mora?

Desde que el ilustre profesor y maestro HENRIQUEZ LA ROCHE reconociera *que no se requiere prueba el tema de la tardanza del proceso, porque resulta obvio por ser un hecho notorio* –en tanto exentos de pruebas-, nos preguntamos, si con ese mismo argumento puede eximirse al solicitante de las cautelas, que deba probar los actos del demandado que pretendan burlar o enervar la eventual sentencia en su contra. Esta parece ser la médula de la tesis que nos ocupa.

¹⁶⁷ Canova González, Antonio. *La Inconstitucionalidad de la Ley*, Temas de Derecho Constitucional y Administrativo (Obra Colectiva), Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2010, p.400

Existen argumentos suficientes para que se tenga probado la tardanza del juicio por hechos notorios –como indica HENRÍQUEZ LA ROCHE-, pues para nadie es un secreto la duración excesiva de los juicios en Venezuela. Esta tesis, la cual apoyamos, sirve para explicar el tenerse como probada – por vía de los hechos notorios-, únicamente frente a la premisa del periculum in mora, específicamente atendido al peligro de la tardanza por la duración de los juicios.

Sin embargo, esta tesis, no servirá para explicar cómo puede darse por probado la <conducta que desplegada por el deudor/demandado para enervar la eventual sentencia en su contra>, lo cual intentamos resolver como sigue (a través de las máximas de experiencia).

b.) ¿Cómo funcionan las máximas de experiencia frente al peligro en la tardanza?

La segunda premisa correspondiente al periculum in mora [relativa a las conductas del deudor/demandado que intenten que el fallo sea nugatorio] tiene otro tratamiento, por ser otro el problema a resolverse desde el punto de vista probatorio, que ya no posible a través de los hechos notorios (como la premisa distinguida en la letra a.).

En este aspecto, pensamos *primero*, que esas conductas a que nos referimos (del deudor que intenta evadir un eventual fallo en su contra) no se desprenden en forma explícita del precepto 585, lo que hace cuestionar su exigibilidad. En efecto, como se indicó, se trata de un presupuesto doctrinal avalado por la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, debemos ser conscientes que las cosas y el tiempo han cambiado, y que el ciudadano venezolano tampoco es el mismo desde el Código de 1916, los que nos hace recordar los comentarios que el ilustre

proyectista del Código de 1987, Dr. FUENMAYOR hacía frente a la conducta ejemplar de los ciudadanos en los juicios de otrora.

Y, *segundo*, que caso de que –como sostiene la doctrina y jurisprudencia- las conductas del deudor son elemento implícito que se desprenda del precepto 585 CPC (aunque no lo vemos), conseguimos que ese hecho relativo a que se pruebe las conductas del deudor/demandado, se pueden resolver mediante las *máximas de experiencia* de los jueces.

Ante esta afirmación, nos planteamos que *¿quiénes más que los propios jueces –lo decimos con propiedad-, para saber cuál ha sido el comportamiento de los deudores de obligaciones demandadas en la mayoría de los juicios que ha conocido?*

En respuesta de esta interrogante diremos, que partiendo del supuesto que las presunciones a que se hacen referencia en el artículo 585 CPC, son *presunciones hominis* (como convienen ORTÍZ-ORTÍZ y HENRÍQUEZ LA ROCHE) entonces logramos conexión con esta propuesta sobre el uso de las máximas de experiencia judicial para deducir el peligro en la tardanza, por virtud de las conductas asumidas por las partes.

Tampoco se olvide, lo que deduce RIVERA MORALES, respecto a que para las presunciones del hombre, se deben aplicar métodos lógicos, reglas de experiencia y análisis de concordancia.¹⁶⁸

Atrás insistimos en proponer, que no se pruebe el peligro en la tardanza [por ser un hecho notorio], y además que no se exija la prueba de las actuaciones o conductas del deudor con miras a enervar el derecho del actor en una eventual ejecución [por no estar regulado en la ley en forma expresa], y sin embargo, *si se entendiese como insustituible como elemento del precepto –como deduce la doctrina y la jurisprudencia-, entonces se*

¹⁶⁸ Rivera Morales, Rodrigo. *Las pruebas en el Derecho Venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de Lopna*, 6ª ed., Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2009, p.419.

permita al juez llegar a deducir esa conducta mediante las máximas de experiencia.

Las máximas de experiencia tendrán la utilidad en ese orden, porque son consecuencias en forma de inferencias o deducciones que una persona de inteligencia media puede llegar, para establecer las razones que llevaron al actor a demandar el cumplimiento de ciertas obligaciones de contenido patrimonial.

Apelamos a la experiencia en el foro por ser evidente, *que si no hay medidas de coerción frente al deudor moroso, no se conseguirá con éxito las acciones de tutela de los derechos del reclamante.* Ello no quiere decir, que se prefiera el derecho de tutela del accionante frente al derecho de defensa del demandado (a quien debe presumirse 'inocente' de lo que se le reclama, amén de formar parte del debido proceso), pero sí, que es conveniente aceptar como explica CALAMANDREI, que se **pondere estas circunstancias**, que: *"...representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación;..."*¹⁶⁹

En ese orden, considera que:

"(...) entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca a toda providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario..."
(CALAMANDREI: 1945. Pág. 71)¹⁷⁰

Esta afirmación, deduce la importancia a la vigencia de la ponderación de valores arriba descrito, propio del neo constitucionalismo, que funciona de

¹⁶⁹ Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial Bibliografica, Buenos Aires, 1945, p.71.

¹⁷⁰ *Ob. Cit.*, p.71.

la forma que expone el jurista PIETRO SANCHIS, en el sentido de *preferirse un valor frente a otro* (ambos del mismo rango), pero solo en la abstracción para la resolución de determinado asunto. Ello implica que no siempre un valor sea preferido frente a otro frente a determinado caso. A este enfrentamiento, este autor lo resume en que [solo para determinado caso] un valor “derrote” a otro, aunque en otro asunto, ambos valores también enfrentados, puede suceder lo contrario.¹⁷¹

c.) ¿Qué se debería probar del precepto 585 CPC?

En resumen, arriba explicamos la aplicación del hecho notorio y las máximas de experiencia, bien para la exención de pruebas –caso del peligro en la tardanza en lo atinente a la duración de los procesos, por la vía del hecho notorio-, ora, para la comprobación por parte del juez dentro del conocimiento de las conductas de las partes –caso del peligro en la tardanza en lo atinente a la posibilidad que el fallo quede ilusorio por desvíos de bienes, por la vía de máximas de experiencia-.

Como se sabe, el hecho notorio releva de pruebas y las máximas de experiencia, confía en el juez por el conocimiento privado de las cosas, deducir ciertas consecuencias por vía de presunciones, lo que equivaldría en disminuir el rigor de las cargas probatorias (así sean presuntivas) de los aspirantes a la obtención de medidas preventivas. No estamos diciendo, que se faculte al juez a dictar providencias de oficio, pero sí, que comporta un cambio importante en la manera de concebirse el sistema de presunciones a fines cautelares, en cuanto, disminuye la carga (del solicitante) facultando al juez hacer uso de una discrecionalidad delegada y dirigida.

¹⁷¹ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p.179.

Corresponde ahora estudiar **¿qué es lo que se debería probar** –en términos de cargas probatorias del solicitante-?

Dentro de la ponderación de valores explicada atrás, asumimos una posición pro accionante, sin que implique que no entendamos la importancia del derecho de la defensa del otro, porque ya explicamos cómo funciona este enfrentamiento de valores o bienes constitucionales. En nuestro caso [respecto a esta propuesta de *qué es lo que se debe probar*], optamos por preferir el derecho de tutela del actor (que además tiene derecho de probar dentro del debido proceso) frente al derecho de defensa del demandado, no porque éste no sea importante –ya que ambos están en el mismo plano-, sino por un sentido de justicia -como dijo CALAMANDREI atrás-, ya que *no se le está quitando el derecho de defensa al demandado, pues solo se está difiriendo para su debida oportunidad. En cambio, respecto al actor puede significar (el lograr la cautela), su única oportunidad antes que el deudor distraiga los bienes.*

Insistimos, que ello implica que no se le concedan al demandado oportunidad de defensa –contra quien obran las medidas- ni oportunidad de contradictorio, porque lo que existe es *“una necesaria relativización del contradictorio por su objeto y finalidad (inaudita pars); pero ello sólo se circunscribe a la afectación del derecho de defensa en aras de la tutela judicial del solicitante de la providencia cautelar...”*, como explica el profesor peruano QUIROGA LEÓN.¹⁷²

Preferimos decir que existe una matización en los temas tanto de plenitud probatorio [que no se exige], como del contradictorio, que queda postergado –no eliminado- al momento que se da por enterado el accionado, quien posee varias herramientas a los fines de proceder a controlar los

¹⁷² Quiroga León, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal*, editorial Idemsa, Lima, Perú, 2008, p.148.

efectos de las decisiones que les son adversas, y que hasta ese momento se dictaron sin su concurso.

Aunque suene excesivo, en este tema opera la idea que se “*dispara primero y averigua después*”¹⁷³, como bien lo dice el maestro HENRÍQUEZ LA ROCHE, lo que no creemos sea exabrupto, si analizamos someramente el elenco de defensas con que cuenta el demandado contra quien obren las medidas, pero además, no tendría sentido que el actor avisare al demandado que pronto introducirá demanda en su contra.

En ese orden, sin que implique una lista cerrada, puede el demandado:

(i) Contra caucionar en la forma indicada en los artículos 589¹⁷⁴ y 590¹⁷⁵ CPC para pedir el levantamiento de las medidas;

(ii) oponerse a la medida preventiva si se dan los extremos de ley según el artículo 602 CPC¹⁷⁶;

¹⁷³ Henríquez La Roche, Ricardo. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Editorial Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, tomo 5, Caracas, 2009, p.247.

¹⁷⁴ **Artículo 589 del Código de Procedimiento Civil.** “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.”

¹⁷⁵ **Artículo 590 del Código de Procedimiento Civil:** “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.”

¹⁷⁶ **Artículo 602 del Código de Procedimiento Civil.** “Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar. Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos. En los casos a que se refiere el artículo 590, no habrá oposición, ni la articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el artículo 589.”

(iii) pedir la nulidad de la medida por violatoria a presupuestos legales, conforme al artículo 206 CPC¹⁷⁷ –por ejemplo que se omita la firma del juez o del secretario-¹⁷⁸;

(iv) apelar de la providencia que contenga el decreto de medida, con base a que el a quo, incurrió en error que hace anulable el fallo cautelar y aún así no lo declaró, por ejemplo, conforme lo previsto en el artículo 208 CPC¹⁷⁹;

(v) incluso intentar acción de amparo contra decisión judicial con pedimento de medida de suspensión de efectos, suponiendo que el juez de la causa que dictó las medidas contra las se querella, fue suspendido disciplinariamente y su tribunal acéfalo, sin poder decidir incluso los términos de una eventual oposición a la medida –que se computa desde la práctica de la medida, que haría más gravoso el derecho del demandado.

Asimismo, cuando los bienes sometidos a medidas preventivas afectan derechos de terceros, se cuenta con la intervención de tales terceros, como el caso de la oposición al embargo previsto en el artículo 546 CPC¹⁸⁰

¹⁷⁷ **Artículo 206 del Código de Procedimiento Civil:** “Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez.”

¹⁷⁸ A título de ejemplo, en sentencia del 13 de agosto de 1992, con ponencia del Magistrado Carlos Trejo Padilla, juicio Aserradero Santa Bárbara, C.A. v. Antonio De Oliveira Gómez (exp. Nro.91-0267), se anuló una medida de prohibición de enajenar y gravar dictada por un juzgado de instancia, porque “...debió estar suscrito por el Juez del Tribunal, sin que la sola firma del Secretario pueda suplir esa falta...”

¹⁷⁹ **Artículo 208 del Código de Procedimiento Civil:** “Si la nulidad del acto la observare y declarare un Tribunal Superior que conozca en grado de la causa, repondrá ésta al estado de que se dicte nueva sentencia por el Tribunal de la instancia en que haya ocurrido el acto nulo, disponiendo que este Tribunal antes de fallar, haga renovar dicho acto conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.”

¹⁸⁰ **Artículo 546 del Código de Procedimiento Civil:** “Si al practicar el embargo, o después de practicado y hasta el día siguiente a publicación del último cartel de remate, se presentare algún tercero alegando ser el tenedor legítimo de la cosa, el Juez aunque actúe por comisión, en el mismo acto, suspenderá el embargo si aquélla se encontrare verdaderamente en su poder y, presentare el opositor prueba fehaciente de la propiedad de la cosa por un acto jurídico válido. Pero si el ejecutante o el ejecutado se opusieren a su vez a la pretensión del tercero, con otra prueba fehaciente, el Juez no suspenderá el embargo, y abrirá una articulación probatoria de ocho días sobre a quién debe ser atribuida la tenencia, decidiendo al noveno, sin conceder término de distancia.

El Juez en su sentencia revocará el embargo si el tercero prueba su propiedad sobre la cosa. En caso contrario confirmará el embargo, pero si resultare probado que el opositor sólo es un poseedor precario a nombre del ejecutado, o que sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, se ratificará el embargo pero respetando el derecho del tercero. Si la cosa objeto del embargo produce frutos se declararán embargados éstos, y su producto se destinará a la satisfacción de la ejecución. En este último caso la cosa podrá ser objeto

que permite su participación en la forma indicada en el ordinal 2º del artículo 370 CPC, o que han sido objeto de otras medidas como la de prohibición de enajenar y gravar o el secuestro, de la manera que indica el ordinal 1º del artículo 370 CPC.

16. PRESUNCIONES Y MEDIOS DE PRUEBAS.

La necesidad de las presunciones frente a ciertas pruebas, la explica muy bien GRAHAM: *“Así como las cargas de la prueba están algunas veces situadas por razones de equidad”* explica este pensador más adelante, que *“algunas presunciones están creadas para corregir un desequilibrio resultante del mayor acceso que tiene a la prueba una de las partes.”*¹⁸¹

Este aserto, está muy relacionado con uno de los aspectos atendidos en este estudio (relativo a pruebas difíciles y pruebas imposibles).

En este orden, vamos a estudiar las cosas en el estado en que se encuentran, o lo que es lo mismo, trabajaremos con la exigencia doctrinal y jurisprudencial respecto a la posición de que debe probarse tanto el *periculum in mora* como el *fumus bonis iuris*, para luego llegar a plantear el motivo de nuestra tesis: *que solo debe probarse el derecho reclamado.*

Insistimos por ahora, que dediquemos esfuerzos para delinear lo que se viene haciendo, y cómo se viene haciendo para suponer que estamos en presencia de un problema.

Primero, para ORTIZ-ORTÍZ el peligro en la tardanza debe ser acreditado en juicio, no puede ser presumido, lo que entiende como que no

de remate, pero aquél a quien se le adjudique estará obligado a respetar el derecho del tercero, y para la fijación del justiprecio de la cosa embargada se tomará en cuenta esta circunstancia. De la decisión se oirá apelación en un solo efecto, y en los casos en que conforme al artículo 312 de este Código sea admisible, el recurso de casación. Si se agotaren todos los recursos la sentencia producirá cosa juzgada, pero la parte perdedora en vez de apelar de la sentencia de primera instancia podrá proponer el correspondiente juicio de tercería, si hubiere lugar a él.”

¹⁸¹ Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial: indicios y presunciones*, Editorial Librería Profesional, Bogotá, 2001, p.204.

puede ser relevado de prueba,¹⁸² con cuya posición, en principio, no está de acuerdo con la del maestro HENRÍQUEZ LA ROCHE –la cual seguimos respecto a la posibilidad de los hechos notorios. Sin embargo, el mismo ORTÍZ-ORTÍZ reconoce que frente al contenido del artículo 585 CPC, se trata de un contenido mínimo donde pueden utilizarse cualquier medio de prueba, pero para cuya procedencia se requiere cuando menos presunción grave, donde reconoce se está en presencia de las *presunciones homines*.¹⁸³

Este aporte del profesor resulta fundamental en la construcción de nuestra tesis, ya que plantea la utilidad de las presunciones homines, cuestión que está aparejado con las máximas de experiencia con las diferencias que son propias. Cuando distinguimos que “en principio” este autor no estaba de acuerdo con la utilidad de los hechos notorios, deviene de lo que más adelante explicó.

Como ORTIZ-ORTIZ, también el maestro HENRIQUEZ LA ROCHE sostiene que para las probanzas de los elementos del artículo 585 CPC, priman las llamadas presunciones hominis; y en esa línea, plantea dos ideas sumamente interesantes que facilitarán nuestras conclusiones.

Manifiesta que la idea del peligro en la mora, tiene dos causas motivadas: (i) *una constante y notoria*, que no necesita ser probada, cual es la inexcusable tardanza de los juicios, y la otra (ii) los hechos del demandado durante este tiempo con miras a burlar al demandante, en cuanto a desmejorar la efectividad de la sentencia. En este último caso, se refiere la presunción hominis.¹⁸⁴

¹⁸² Ortíz Ortíz, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas. En el ordenamiento jurídico venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p.127.

¹⁸³ *Ob. Cit.*, p. 124.

¹⁸⁴ Henríquez La Roche, Ricardo. *Comentarios al Código de procedimiento Civil*, editorial Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, tomo 4, Caracas, 2009, p.253.

Es decir, que atribuye el empleo de los hechos notorios por un lado – para acreditar la tardanza de los juicios- y por otro, el empleo de las presunciones homines –para acreditar las conductas lesivas del deudor para no cumplir el fallo final-.

Observamos, que el propio precepto 585 CPC hace mención a las presunciones, cuando refiere a la exigencia de *“siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia – se refiere al peligro en la mora (periculum in mora)- y del derecho que se reclama –se refiere al buen derecho (fumus bonis iuris)-.”*

En este aspecto, conseguimos confusión en el foro sobre las presunciones hominis, poco usadas por los jueces por desconocimiento como fórmula; quienes por el temor de no hacer inferencias u opinar en cuanto al fondo, solo usan las presunciones de ley porque son de más fácil manejo. Notamos también confusión en la doctrina y la propia jurisprudencia, sobre todo, cuando confunden indicios con las presunciones, así como se asocian a las presunciones como medios de pruebas.

Las presunciones –como explica PARRA QUIJANO citado por RIVERA MORALES- sirven al juez para la valoración, pero no son medios de pruebas en sí mismos, ni se les puede confundir con los indicios.¹⁸⁵

Dos cosas que aclarar en este tema: **que las presunciones no son pruebas y que los indicios si lo son**. En principio, nuestra legislación prevé dos tipos de presunciones, las de ley y las del hombre como lo establece el artículo 1394 de nuestro Código sustantivo: *“Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido.”* Según esta norma las presunciones son legales y las presunciones del hombre (hominis).

¹⁸⁵ Rivera Morales, Rodrigo. *Las pruebas en el Derecho Venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de Lopna*, 6ª ed., Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2009, p.417.

Por su parte, el artículo 1399 del mismo Código, recoge las presunciones homines de la manera siguiente: “*Las presunciones que no están establecidas por la ley quedará a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la ley admite la prueba testimonial.*”

Como el precepto 585 CPC no precisa expresamente a cuál de los tipos de presunciones se refiere respecto a los requisitos de procedencia de las medidas preventivas, se da por descontado que se trata de las presunciones del hombre, porque el artículo 585 se refiere a que “exista presunción grave”, y no remite a ninguna ley para saber qué constituye presunción grave. Debe ser entonces, aquel juicio que emane del hombre, en este caso, en cabeza del juez como aprehensor de esas premisas, y decimos juicio en tanto supone un trabajo intelectual, que no subjetivo. De allí que bien exponga ROSEMBERG, que la presunción grave, contiene “*un juicio objetivo de una persona razonable*”.¹⁸⁶

Confirmamos que las presunciones contenidas en el artículo 585 CPC no puede tratarse de las presunciones legales, ya que en éstas privan “supuestos” de certeza, teniendo que tomarse al hecho como tal (*iure et de iure*) y en algunos casos, permitiendo la contraprueba del *hecho (iuris tantum)*. Esto funciona de la manera siguiente: el operador busca el precepto expreso que contiene consecuencias jurídicas y lo aplica. En cambio, en las presunciones hominis que tratamos, el juez deduce ciertos hechos pero partiendo de la existencia o el conocimiento de otros hechos (ya probados o existentes); de allí la confusión de algunos con el tema de los indicios (previstos en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil), que también explicaremos.

¹⁸⁶ Ortíz-Ortíz. *El Poder Cautelar General y las medidas Innominadas*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p. 120 [la cita a Rosemberg, pertenece a su obra: *Tratado de Derecho Procesal*, tomo III, p. 284.]

Por consiguiente, las *presunciones hominis* (del hombre/del juez) son las que contienen la categoría exigida en el mencionado artículo 585, en las que sus consecuencias no están previstas en la ley (en forma expresa), sino, que quedan a la prudencia del juez, sobre buscar el supuesto o consecuencia del hecho conocido.

Así como convenimos con nuestro profesor ORTÍZ ORTÍZ respecto de la idea que la presunción grave (a que hace referencia el art.585 CPC) se encuentra dentro de las presunciones hominis¹⁸⁷; sin embargo, no estamos de acuerdo con su posición respecto al tratamiento que hace del sistema presuntivo, al que califica como *aparente* medio probatorio.

Explica ORTÍZ, que esta presunción judicial es aplicable al *fumus bonis iuris* y al *periculum in mora*, cuando se:

“pretenda con una presunción; pero no operaría en los casos en los casos en que se utilice otro medio de prueba como la documental, testimonial o de inspección ocular, ya que en estos últimos casos la valoración ya no es de libre convicción sino a través de la sana crítica y la tasación legal.” (ORTIZ: 1997. Pág.124)

No justificamos el cambio que hace este autor cuando propone, caso de ser *otro medio de prueba* el utilizado, acudir por ejemplo a la tasación legal [tarifa legal]; pues hemos indicado que por el sistema de pruebas según el juicio de verosimilitud no pueden estar sujetas (los medios) a las reglas de la tasación ordinaria, sino que gozan de autonomía perfectamente diferenciada de aquella (tasación).

Por este motivo, es que defendemos como DUQUE CORREDOR, la existencia de un proceso cautelar propiamente dicho, que no le quita su carácter accesorio respecto del proceso principal.

¹⁸⁷ Vid., *Ob. Cit.*, p.124.

En ese sentido, no podemos estar de acuerdo con ORTÍZ-ORTIZ en aplicar el sistema de tasa legal, ya que como sistema busca la <certeza> en cuanto a lo principal; pero en lo cautelar priva la <probabilidad> de ser cierto, más no su certeza. De allí que se use el juicio de verosimilitud o de meras probabilidades.

Ahora bien, si compartimos la posición ORTÍZ-ORTÍZ, cuando plantea la posibilidad de que el juez *pueda usar la sana crítica* frente al establecimiento de los requisitos de procedencia del artículo 585 CPC, pues desde ese uso justificamos en parte nuestra tesis como veremos.

Aclarado lo anterior, prosigamos analizando el funcionamiento de las presunciones, que como indicamos, también se confunden con los indicios, tal y como reconoce el autor colombiano ECHANDÍA, quien específicamente refiriéndose a nuestro Código Civil (entre otras legislaciones), opina que se *confunde* la prueba de indicios, con las presunciones judiciales o de hombre (*hominis*).¹⁸⁸

También señala que por cuanto la función procesal de las presunciones del hombre es servirle de guía al juez para la valoración de las pruebas¹⁸⁹; suele pasar que algunos autores cuando dicen que los indicios sirven también para la apreciación de las pruebas, los confunden con las presunciones de hombre.¹⁹⁰ Pero no son lo mismo.

En este tema, creemos superado el debate sobre los indicios como medios de pruebas, porque en algún momento se pensó, que no lo eran –según importantes autores como DOSI y LEONE, recogido por SENTÍS MELENDO.¹⁹¹ Por ejemplo, para BORJAS con el Código de 1916, si bien no

¹⁸⁸ Echandía, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, Biblioteca jurídica Dike, 4ª ed., punto N°371, Medellín, 1993, p. 605

¹⁸⁹ *Ob. Cit.*, punto N°388, p. 694.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 694 y ss.

¹⁹¹ Sentís Melendo, Santiago. *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, editorial Ejea (Ediciones Jurídicas Europa-América), Buenos Aires, 1979, pp.297/298

asimila a la presunción como un verdadero medio de prueba, asimila en cierto modo las presunciones con los indicios, cuando clasifica a las pruebas, *en propiamente dichas* y las *presunciones*, donde explica frente a estas últimas, que “*se refieren a hechos diversos y distintos del que se trata de demostrar, siendo siempre indicios o probanzas semiplenas...*”¹⁹²

En el marco de la propuesta de BORJAS, encontramos a JIMÉNEZ SALAS, quien aduce que: “*Presunción no significa prueba ni verdad, sólo indicio o posibilidad.*”¹⁹³

Por su parte, COUTURE explica que constituye una suposición muy difundida desde el Código Napoleónico, incluir a las presunciones como medios de prueba¹⁹⁴, pero, en su apreciación, ni las presunciones legales, ni las presunciones judiciales pueden ser consideradas como pruebas.¹⁹⁵

Por su lado, PIERRE TAPIA explica que la presunción es la consecuencia que la ley o el juez sacan de un hecho conocido para establecer un hecho desconocido¹⁹⁶, como lo recogen algunas sentencias recogidas en su trabajo.¹⁹⁷

No obstante a lo que dicen COUTURE y PIERRE TAPIA, en cierta manera, la jurisprudencia patria ha delineado los elementos constitutivos de las presunciones, mediante pruebas de los hechos que le sirven de base; otras veces, ha asimilado la presunción a la prueba, como puede verse por ejemplo, en Sala de Casación Civil cuando abordó el asunto en estos términos: “*...en sentencia de fecha 10 de octubre de 1990, la Sala estableció que la motivación empleada por el juez en el caso de las presunciones*

¹⁹² Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo III, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, p. 205.

¹⁹³ Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, Caracas, 1999, p.50.

¹⁹⁴ Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 79.

¹⁹⁵ *Ob. Cit.*, p. 111.

¹⁹⁶ Pierre Tapia, Oscar. *La Prueba en el Proceso Venezolano*, tomo I, editorial Marte, 1973, p. 161.

¹⁹⁷ *Ob. Cit.* En el referido trabajo, se citan sentencias del 15 de abril de 1907 (memoria 1909, tomo I, p.299); sent. del 27 de mayo de 1908 (memoria 1909, tomo I, p. 475.) JTR, Vol. IV, años 1954-1955, pág. 423, tomo II.

hominis, dada la especial naturaleza de esta prueba, debe ser precisa y detallada...¹⁹⁸ (Resaltado nuestro).

En ese mismo sentido, otro fallo precisó: “...*la sola aseveración del juez de que la prueba de presunciones es la prueba por excelencia en el juicio de simulación no constituye infracción de ley ni es siquiera afirmación errónea...*”¹⁹⁹

El contenido de la sentencia que antecede, aunado a la apreciación que sobre la importancia de las presunciones en los negocios simulados, sugirió el autor PIERRE TAPIA²⁰⁰, nos llevó a indagar, otro trabajo de gran valía sobre la materia. Nos referimos a la obra insigne del autor MUÑOZ SABATÉ, *La Prueba de la Simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*, que aparece sucintamente citado, por JIMÉNEZ SALAS²⁰¹ a quien le atribuye la afirmación según la cual, la presunción “*es la inferencia lógica, el proceso discursivo que permite inducir o deducir de un dato otro dato, o de un hecho otro hecho*”²⁰² Dicho de otra manera, la presunción es el universo o el género; en tanto que los indicios son las especies que se contienen en aquellas.²⁰³

El autor SERRA DOMÍNGUEZ, citado en la obra de MUÑOZ SABATÉ según JIMÉNEZ SALAS, aduce que la presunción es una actividad intelectual del juzgador que partiendo de un indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente, o más bien la

¹⁹⁸ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, caso: U. MARTÍNEZ contra MÉRIDA MOTORS, C.A. en fallo del 8 de agosto de 1991. Aparece publicada bajo el N°777-91, en *Jurisprudencia RAMÍREZ & GARAY*; CXVIII, Tercer Trimestre, pp.607 y ss.

¹⁹⁹ Sala de Casación Civil, sentencia del 14-6-54, Tomo IV, 2ª etapa, págs. 723 y 724, cuyo extracto y datos tomamos de Pierre Tapia, Oscar. *La Prueba en el Proceso Venezolano*, tomo III, Caracas, 1973, p. 47.

²⁰⁰ *Ob.Cit.*, p.15

²⁰¹ Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, Caracas, 1999, pp. 41 y ss.

²⁰² *Ob. cit.*, p. 42.

²⁰³ *Ibidem*, p. 42.

actividad intelectual probatoria realizada en la fase de fijación por la que se afirme un hecho distinto al afirmado por partes instrumentales.²⁰⁴

En este estado, hemos llegado a un estadio más o menos importante sobre el tratamiento del asunto, que nos lleva a la afirmación que las presunciones son juicios de valor en las que el juez no sólo puede apreciar los indicios concordantes entre sí, sino cualquier medio de prueba. Constituyen juicios de valor, que son consecuencia de hechos conocidos, solo que para el establecimiento de tal consecuencia, puede valerse de cualquier medios probatorios, incluyendo los indicios concordantes que se sumen de uno y otro medio. Esa sería la relación entre presunciones e indicios, no su identidad.

De manera que en esta materia cautelar, mediante las presunciones, se hace un juicio de verosimilitud, o de probabilidades de que la realidad sea conforme a lo que conste (*fumus*), constituyendo *una medida de valoración* – empleando un término atribuido a SENTIS MELENDO.²⁰⁵

Si conectamos el **juicio lógico** que representan las presunciones (para DEVIS ECHANDÍA)²⁰⁶, al cual nosotros le agregamos “juicio de valoraciones o medida de valoración (siguiendo una denominación de SENTIS MELENDO), con lo que planteábamos antes sobre el **juicio de verosimilitud**, tenemos que: en ambos sistemas de apreciación para llegar a la verdad, presuponen que a prima facie, el juez que debe conocer sobre el pedimento de las medidas preventivas goce de “autonomía discrecional”, en el sentido de tener el arbitrio de tener por probables los hechos con las pruebas producidas.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 42.

²⁰⁵ Sentís Melendo, Santiago. *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, editorial Ejea (Ediciones Jurídicas Europa-América), Buenos Aires, 1979, p.295.

²⁰⁶ Echandía, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 4ª edición, Tomo II, Medellín, 1994, p.694.

Pero no podemos confundir discrecionalidad como arbitrariedad, porque siempre estará obligado el juzgador, de hacer un examen del material probatorio, así sea en forma presuntiva, como explicó la Sala de Casación Civil en fallo del 09 de diciembre de 2002:

*“La medida cautelar requiere la prueba por el solicitante de la misma, a objeto de producir en el Juez la convicción de que el aseguramiento preventivo es necesario. Para tomar tal determinación, el Tribunal resuelve con fundamento en su **prudente arbitrio**, debiendo verificar los extremos legales exigidos por los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil...”*²⁰⁷

Esto quiere decir, a juicio de la Sala que actuar con arbitrio, no lo exime de hacer valoración del material probatorio, porque además precisó en la misma decisión:

*“(...) si bien es cierto que las medidas cautelares dependen para su decreto, en buena medida, de las presunciones que pueda apreciar el juzgador en el debate procesal, para llegar a determinar la verosimilitud del gravamen o el perjuicio que determine la necesidad de la cautela, no es menos cierto que la convicción a la que debe arribar el sentenciador, efectuada la oposición, debe depender de las pruebas que ambas partes produzcan en el incidente, vale decir no sólo ya de la sola **discrecionalidad del juzgador** ni de su prudente arbitrio.”*

Implica, que aunque se esté en presencia de presunciones del hombre, ello no puede ser excusa para no explicar cómo llegó a la convicción para el decreto cautelar correspondiente, sin pasar por la comprobación de los requisitos de procedencia.

Respecto a la presunción hominis, tiene un aspecto que no podemos pasar por alto, y es el condicionante establecido en el mismo precepto 1.399 del Código Civil, en tanto “...*quedarán a la prudencia del Juez, quien no*

²⁰⁷ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0459-091202-00479.htm>

debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en la Ley admite prueba testimonial.”

En efecto, esa condición de que solamente en los casos en la Ley admite prueba testimonial requiere una lectura especial, porque puede estar limitándose el derecho constitucional de probar, y como piensa RIVERA MORALES, podría chocar con el principio de verdad, de la libertad de medios y de sana crítica.²⁰⁸

Al margen de estas observaciones, la forma de apreciación <presuntiva>, sirve de canal o vía, para que el juez, a través del juicio <de verosimilitud>, entienda “como verdadero” el hecho del periculum in mora y el fumus bonis iuris, que como lo exige el precepto 585 CPC. De manera que se articulan perfectamente las presunciones con el contenido y finalidad del juicio de verosimilitud.

Por lo antes analizado, podemos afirmar que cualquiera sea el medio probatorio del que se valga el peticionante de la medida, el juez deberá “apreciarlo” no por la tasación ordinaria que rige para el Derecho Probatorio General; sino que se guiará por la prueba presuntiva que lo llevará al decreto de la medida, siempre que aquella sea grave. Incluso, tiene la facultad el juez de que, si no está convencido de la demostración del periculum in mora o del fumus bonis iuris, de solicitar del peticionante *ampliación* de la prueba determinando su insuficiencia (art.601²⁰⁹ CPC), sin que quiera decir, que está rompiendo con el principio de no exigibilidad de certeza o verosimilitud.

Por ello hay que advertir, que por el hecho de que el legislador “disminuya” el rigor en <no exigir> plenitud de prueba para la demostración de los elementos del artículo 585 CPC, obedece a la naturaleza del asunto

²⁰⁸ Rivera Morales, Rodrigo. *Las pruebas en el Derecho Venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de Lopna*, 6ª ed., Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2009, p. 419

²⁰⁹ El encabezado del artículo 601 CPC, señala: “Cuando el Tribunal encontrare deficiente la prueba producida para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia determinándolo...”

(el fin del proceso cautelar); y no supone la idea que los medios probatorios *entren al proceso cautelar probando* –como ocurre en los procesos especiales contenciosos-, aunque más adelante sostenemos la suficiencia cautelar con que se pruebe el derecho reclamado.

Coloquemos un ejemplo hipotético, para establecer cómo funcional las presunciones en la praxis: Si en el juicio seguido por “A” contra “B”, por cobro de una cantidad de dinero, el actor “A” peticionante de una medida preventiva de prohibición de enajenar y gravar sobre determinado bien inmueble “X” de exclusiva propiedad de “B”, a los fines de demostrar la presunción grave del derecho reclamado (*fumus bonis iuris*) y del peligro que acarrea la tardanza en la ejecución de un eventual fallo a su favor, porque pueda quedar ilusorio (*periculum in mora*), promueve como *única prueba –para la comprobación ambos elementos-* junto a la solicitud de la medida, una carta suscrita por un extraño a la causa “C”, en donde éste le manifiesta a “B” que *“está de acuerdo con la oferta que le hiciera y que por tanto desea adquirir el inmueble “X” por el precio y según las condiciones conversadas; y que estima pueda firmarse la operación de compra venta el día..., y que la forma de pago será mediante...”* En este planteamiento, no lejano a la realidad, tenemos que el juez debe regirse no por el sistema de plenitud de prueba (certeza) mediante la tarifa legal, pues de ese modo tendría que pedir que ese tercero, acuda a juicio a ratificar lo escrito, a tenor de lo previsto en el artículo 431 CPC, lo que desnaturalizaría la exigencia de “presunción grave” –previsto en el art.585 CPC-, como iría en contra de la celeridad y urgencia que se debe en toda cautela.

Siguiendo con el mismo caso, puede suceder que: **(i)** el juez quede <convencido> de que se procede la medida, en cuyo caso, la decretará; caso contrario, **(ii)** puede <no estar convencido> pues ni siquiera le es verosímil el planteamiento; ni tampoco dicho medio documental le hace “presumir” que

efectivamente existan los elementos de procedencia, en cuyo caso, podrán darse los siguientes supuestos: *(ii.a.)* negará la medida; o, *(ii.b.)* mandará a ampliar la prueba que se acompañó, porque no le merezca fe tal medio según facultad del artículo 601 CPC. Sin embargo, aunque no estemos de acuerdo, podrá exigir del demandante se promueva por vía testimonial al tercero que suscribe dicha carta, para ratifique en juicio lo pertinente, incluyendo la posibilidad de ser interpelado por el juez conforme al artículo 487 del Código adjetivo (pues recordemos que por ser inaudita altera pars, probablemente la parte “B” aún no se ha hecho presente en autos).

En el supuesto que nos ocupa, fijémonos que esa posibilidad de <ampliar> la prueba para convencerlo, no se hace regulando la tasación del medio probatorio conforme a las reglas del sistema ordinario de pruebas; sino, que es una facultad soberana del juez en atribución a ese PODER CAUTELAR que tiene, lo que es indicativo que en los temas cautelares, no aplica la tarifa legal –como propuso ORTIZ ORTÍZ y por eso no estamos de acuerdo con su posición-.

Según esta concepción, el juez no debe acudir al sistema tarifado, pero en la hipótesis casuística que nos ocupa, puede “auxiliarse” de un método para poder llegar a la verdad; si se quiere, por analogía, donde la ratificación de ese tercero del contenido de dicho instrumento puede merecerle mejor apreciación. Cuando decimos analogía no es para dictar la medida, solo para hacer evacuar un medio que no aparezca regulado expresamente.

Este caso de laboratorio sirve para rescatar la idea (entre el foro) que las medidas preventivas si bien son de contenido estricto o restrictivo como enseñó BORJAS²¹⁰; no por ello, son una especie en extinción y que se dictan

²¹⁰ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, (Comentario I.), Tomo IV, Ediciones Sales, 3ª edición, Caracas, 1964, p.15.

“excepcionalmente”; pero además, sirve para afirmar que el sistema de pruebas de las cautelas es particular y, en cierto modo, autónomo dentro del llamado principio de prueba, o mejor aún, dentro de lo que se conoce como derecho probatorio.

La práctica nos demuestra la ignorancia capital de una buena parte de los jueces en el manejo de las medidas preventivas; lo cual lleva a que les cueste entender **el propósito constitucional que tiene todo accionante de que se le tutele efectivamente su derecho.**

En fin, puede valerse el peticionante de la medida de cualesquiera medios probatorios conforme a lo permitido por nuestra legislación (razón de nuestro ensayo); siempre sometidos a valoración por el juez como receptor de la prueba, mediante el sistema de presunciones.

Cuando el artículo 585 del Código Adjetivo condiciona que “*se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave*”, está destacando la diferencia sustancial entre medio de prueba y la presunción que recaiga de aquél. El primero es el canal por intermedio del cual, el juez puede descubrir la verdad de lo alegado, conforme al Principio de congruencia.

Pueden promoverse pues, a prima facie para el procedimiento cautelar una inspección ocular, un justificativo de testigos, testimoniales, etc; cuya apreciación, reiteramos, por parte del juez queda sometida a su libre apreciación, pero siempre *motivando* el decreto que dicta la medida.

Hemos advertido, que si bien el sistema presuntivo que apoya el juicio de verosimilitud que hace el juez de los elementos de las medidas (arts. 585 y 588 CPC, en su caso), disminuye el rigor de la exigencia probatoria, no quiere decir que los medios entran “probando” al proceso cautelar en forma automática.

La apreciación por parte del Juez de los medios de prueba, sugiere un mecanismo intelectual manifestado más o menos de la siguiente forma: presentado la petición de cualquier medida, el juez consideraría *a priori* que los elementos para su procedencia se entienden como <probables> (esto, por el juicio de verosimilitud); pero, pasa a una segunda fase *a posteriori* (casi inmediato) en donde verifica que el medio o medios de pruebas promovidos, son suficientes, es decir, si le convencen y hacen presumir (como cualquier individuo de inteligencia media) que existe el riesgo que pueda quedar ilusorio la ejecución de un eventual fallo por la tardanza (*periculum in mora*), aunado a que el derecho pretendido por el peticionante “parece” tener suficiente razón para ser protegido.

Para llegar a esa presunción (de “probabilidad”), el juez puede valerse también de la *prueba indiciaria* de gran utilidad para el sistema presuntivo, pero, es falso que para cuya procedencia, tiene que existir varios indicios de autos y adminicularlo unos y otros, y además, relacionarlos con los demás medios de prueba. No podemos confundir que el sistema de presunciones si bien propio del derecho Probatorio; encuentra características especiales, cuando en el procedimiento cautelar gobernado por la <verosimilitud>; se tengan como **probables** los elementos *periculum in mora* y *fumus bonis iuris*; y por tanto su demostración probatoria será la que considere el juez como suficiente, pudiendo incluso, ser un sólo indicio el que prive para su convencimiento.

Por tal razón, no podemos aplicarle a los indicios la regla general del artículo 510 CPC, en el sentido que sean varios y además concordantes; siendo este motivo el que nos obliga separarnos de la tesis de nuestro profesor ORTÍZ-ORTÍZ cuando remite la posibilidad de acudir al tasación legal. Sin embargo, también afirmamos que compartimos con ORTÍZ la remisión que hace al sistema de Sana Crítica cuando sea necesario, porque

descansa parte de la tesis conforme a la cual, se debe eximir de prueba el requisito del periculum in mora.²¹¹

Repetimos que cuando el Juez ordena ampliar la prueba precisando su insuficiencia, no se refiere a que la misma no es plena; simplemente, que no la tiene siquiera como suficiente para que el hecho que quiere probar lo tenga como verosímil (posible). Contra esa valoración cautelar, no pueden existir argumentos como lesión al derecho de propiedad de la parte contra quien obra, o que no hay derecho a la defensa; porque hemos explicado que la **provisionalidad** del decreto permite la defensa de aquél, que posteriormente podrá pedir y demostrar su <falta de justificación>, para exigir su levantamiento.

17. LA CARGA DEL SOLICITANTE, COMUNIDAD DE LA PRUEBA Y DEMÁS PRINCIPIOS PROBATORIOS APLICABLES A LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Lo primero que hay que explicar, es que dentro del sistema cautelar se dan las mismas actividades probatorias que se dan en el proceso principal, pero algunas veces mediatizadas en cuanto a sus efectos y presupuestos.

Desde la adscripción constitucional del acceso de pruebas previsto en el artículo 49.1. CRBV, se sostiene que toda prueba obtenida en violación del debido proceso será nula. Esta premisa lleva a la afirmación, que si el solicitante de las medidas pretendiera, por ejemplo, obtener sin consentimiento de su deudor una carta, un telegrama, o grabar una conversación suya sin su autorización, para demostrar los requisitos del artículo 585 CPC, *dichas pruebas no tendrían valor en juicio*, ni para el fondo, ni para la pretensión cautelar.

²¹¹ Ortíz-Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y las medidas Innominadas. En el ordenamiento jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p. 120.

Claro está, no se puede confundir la premisa del debido proceso a la prueba, con el hecho que se dicten medidas cautelares en ausencia del demandado, ya que justamente el que sean dictadas inaudita altera pars constituye una característica que las distingue. Tampoco se puede pensar, que no se le dio oportunidad al demandado, pues esa oportunidad queda postergada como hemos explicado atrás.

Si bien hemos indicado que el sistema probatorio que rige al proceso cautelar (preventivo) no es el mismo que el aplicado para las pruebas del mérito y otras incidencias²¹²; no queremos decir, que por ello va estar divorciado de los principios generales del Derecho Probatorio.

La disminución del rigorismo de la certeza por la verosimilitud en materia cautelar, no es sino la única diferencia importante frente a la valoración de la prueba; ya que en todo lo relacionado con pruebas debe estar en sintonía con lo general, esto es, con los principios fundamentales. Entre estos, tenemos los de carga de quien peticiona la medida y la función de la comunidad de los medios que aporta.

En ocasión al régimen general del sistema de pruebas, la parte que solicita la tutela de sus derechos peticionando alguna medida preventiva, tendrá la **carga subjetiva** de demostrar sus respectivas afirmaciones de hecho en forma presuntiva. O sea, deberá demostrar el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora* (en el sentido como actualmente se exige), en consonancia con lo dispuesto en el artículo 506 CPC²¹³. Aquí se debe examinar, qué le corresponderá a la parte peticionante cumplir con tal exigencia, pues sino, correrá con las consecuencias legales, como por

²¹² Como por ejemplo la articulación probatoria producto de las cuestiones previas, conforme al artículo 352 CPC.

²¹³ El encabezado del artículo 506 CPC señala: "*Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho...*"

ejemplo, el juez se abstenga de decretar la medida y ordene ampliar la prueba por ser insuficiente; y en el peor de los casos, niegue el decreto.

Por tales motivos asimilamos la noción de **carga** (subjetiva) al petitioner de la medida, en la que deberá demostrar con pruebas verosímiles, los hechos que justifican el periculum in mora y el fumus bonis iuris; que como indica PESCI FELTRI, *“la parte solicitante de la medida debe comprobar ambos hechos para que le sea concedida.”*²¹⁴

Es evidente, de que si hablamos de que existe la carga de quien alega (subjetiva), el juez como receptor de la prueba, también queda sometido al sistema de su **carga** (objetiva) pero matizado producto de que queda habilitado a deducir lo probable por vía de presunciones hominis.

Volvemos con el profesor PESCI FELTRI cuando explica: *“No obstante el artículo 585 del Código vigente, justamente, **obliga al Juez a pretender la comprobación de ambos supuestos antes de acordar las medidas cautelares, comprobación cuya carga pesa sobre el solicitante de la medida.**”*²¹⁵ (Resaltado nuestro). En la frase de este autor, se identifica tanto la carga del juez, que él llama obligación, y la carga del solicitante.

Igualmente, se manifiesta en el régimen cautelar el sistema de comunidad de la prueba, que se patentiza al hacerse presente la parte demandada, quien no solo puede desvirtuar la presunción con la que el juez dictó medida en su contra, sino que puede hacer suyos los efectos de las propias pruebas aportadas por su contrario (solicitante cautelar), para inducir al juez a que la premisa o presunción hominis que dio lugar a la medida, funciona del modo al revés al deducido por el juzgador e intentar revertir la medida.

²¹⁴ Pesci Feltri, Mario. *Algunas consideraciones sobre el Código de Procedimiento Civil*, editorial jurídica venezolana, Caracas, 1991, p. 166.

²¹⁵ *Ob. cit.*, p.167.

Partimos del supuesto de que quien aporta la prueba se “olvida” de su pertenencia, ya que pasa como sabemos a ser propiedad del proceso y de allí es común, beneficiando o menoscabando su posición. Por consiguiente, la prueba que aportó el solicitante de la medida, si bien para el momento de su decreto fue “convinciente al juez” y por tanto la decretó; si se modificara a situación de hecho que dio lugar al decreto de dicha medida preventiva, esa ***misma prueba*** que aportó, puede servirse en contra de su posición; y podría el juez levantar la medida.

Coinciden en todo proceso cautelar pues, los principios generales del Derecho probatorio: de necesidad de la prueba, de inmediación, de concentración, de contradicción, que por importancia respecto de esta tesis, abordamos en capítulo siguiente.

18. EL CONTRADICTORIO DE LAS PRUEBAS PARA LA PETICIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.

Aprendimos del profesor CABRERA ROMERO que el derecho a la defensa puede materializarse a través de varias manifestaciones, una de ellas, en la posibilidad de controlar por vía de la oposición y por vía de la impugnación la prueba.²¹⁶ Esta idea sugiere, que el principio contradictorio de la prueba en general, puede ejercitarse bien por la oposición, bien por la impugnación.

Cuando se aplica esta misma premisa al sistema cautelar, no hay razones para que sea distinto, de manera que también se le debe conceder a aquél contra quien obren las medidas, la oportunidad de cuestionar las pruebas que dieron lugar al “fumus” y al “periculum”. No obstante esta

²¹⁶ Cabrera Romero, Jesús E. *Contradicción y Control de la prueba legal y libre*, tomo I, editorial Jurídica Alva, Caracas, 1998, pp.19-23.

referencia, estamos conscientes de ciertas diferencias del sistema genérico de la prueba con el sistema probatorio cautelar, entre las que destaca:

La oposición funciona con carácter preventivo, en el sentido de advertirle al juzgador que no debe admitir determinado medio de la contraria, por ser ilegal (pues no encuadra dentro de los supuestos de ley), o por ser impertinente (no guarda relación con el tema a debatir). Esto quiere decir, que como posibilidad de control (defensa) tiene lugar antes de que el Tribunal se pronuncie sobre la prueba (su admisión).

En cambio, *la impugnación* es un proceso correctivo que sucede <en tiempo> posterior de que la prueba se encuentra en el proceso, es decir, después que se ha admitido.

Ahora bien, el control probatorio y el principio de contradicción en el proceso cautelar tiene matices especiales, por eso preferimos decir que se encuentra postergado, si se tiene en cuenta en que generalmente las medidas preventivas son dictadas sin presencia de la otra parte (*inaudita altera pars*). Esto hace, que el esquema ordinario que nos brinda la oposición y la impugnación, puedan verse modificados, o ausentes en algún momento del trámite, pero siempre habrá oportunidad de contradecir.

Respecto a la oposición como emanación del derecho a la defensa (art.49.1. CRBV) hay que distinguir dos momentos o premisas, que la parte contra quien obran las medidas esté citada o no.

En el primer caso, que la parte contra quien obren las medidas no se encuentre citada aún en la causa –por ejemplo si se enterase de la medida al momento de su práctica-, lógico sería entender que **en esta etapa, no tiene posibilidad de controlar la prueba promovida por el peticionante de la medida** para demostrar los elementos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

En el segundo caso, es decir, que la parte demandada esté citada –lo que no es difícil encontrar en la práctica- y litigue el juicio desde el principio, frente a esta situación **tiene la oportunidad para oponerse a los medios que presente el accionante que pretende determinada cautela** (como ocurre con bastante frecuencia en materia arrendaticia donde el inquilino que sospecha que será demandado, atiende y está pendiente de los sistemas de distribución de causas judicial para detectar cualquier acción en su contra y precaver una medida inaudita altera pars).

También habrá que considerar en esta contradicción probatoria cautelar, que por cuanto el sistema de pruebas regido para el proceso cautelar tiene carácter “presuntivo” (juicio de verosimilitud, no de certeza) difiere del sistema previsto en el Código de Procedimiento Civil –en forma general para los procesos de cognición- frente la certeza o plenitud de la prueba, y para lo cual, regula los mecanismos a través de los cuales debe hacerse la impugnación para cada medio de prueba.

En este trabajo intentamos responder estas interrogantes:

¿Qué sucede con el control probatorio en el proceso cautelar teniendo en cuenta que la petición cautelar de basa en prueba aunque verosímil?

¿Debería aplicarse cada forma de impugnación del Sistema Probatorio general, frente al sistema de pruebas cautelares?

Ante estas interrogantes, hay que tomar en cuenta la previsión del artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la especialidad que se debe en prioridad a los procedimientos así descritos frente a los generales, donde establece: *“Las disposiciones y procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo, en todo cuanto constituya la especialidad; sin que por esto dejen de observarse en lo demás las disposiciones generales aplicables al caso.”*

Se ha abordado la necesaria conexión que debe existir entre el sistema de pruebas, al que hemos denominado general y el sistema de pruebas especial o cautelar. También se ha señalado que el sistema de pruebas cautelar –por ser especial- se “beneficia” del sistema general, de cuyos principios “generales” depende.

Esta relación entre ambos sistemas, de <beneficio mutuo>, es sólo aparente. El sistema de pruebas *general* es el que sienta las bases para que tengan vigencia otros sistemas *especiales*, entre ellos, el sistema probatorio en el procedimiento cautelar. El primero, puede existir sin auxilio del régimen especial; pero éste último –aunque especial- no pudiera existir individualizado sin relación al general. La interacción que tienen ambos sistemas –*el del régimen general de la prueba respecto del fondo y del régimen especial de la prueba respecto de las cautelas*- es necesaria cuando explicamos atrás para justificar la naturaleza del proceso cautelar. Por lo regular, esta relación se patentiza de la forma siguiente: las pruebas para la procedencia de las medidas cautelares se encuentran en el cuaderno principal, a pesar que se hacen valer en el cuaderno de medidas.

Existe pues, una verdadera subordinación en lo que respecta especial a lo general, pero ¿dependerá en todo momento de esa subordinación?

De la aplicamos la regla del artículo 22 CPC citado, pareciera que el régimen probatorio del sistema cautelar (Libro Tercero), **debe aplicarse con preferencia sobre las generales de pruebas** que dispone el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y demás leyes especiales. Así pues, si antes hablamos de una **subordinación** del especial (cautelar) frente al general; ahora hablamos de **preferencia** del especial frente al general; pero, con una condición: *<siempre que no se dejen de observar las disposiciones generales aplicables a cada caso.>*

Lo anterior, lleva a la tesis de que efectivamente el sistema probatorio del proceso cautelar goza de aplicación <preferente>, siempre y cuando no distraiga los preceptos del sistema general de pruebas, al que está <subordinado.> Pero sucede (volviendo al punto inicial), que en la normativa que rige la materia <especial cautelar>, no establece nada sobre la forma de ejercer el control de la pruebas respecto a las cautelas, sea por vía de oposición, sea por vía impugnación.

Razón de lo indicado, urge reconocer que el proceso cautelar no dispone de un lapso probatorio como sí tiene el sistema general de pruebas (art. 388 CPC), por tanto difiere también sustancialmente de aquél, no sólo de las oportunidades de ejercer el control, sino también, como veremos: *<las formas o modos de tal ejercicio>*.

En consecuencia, lo que determina si efectivamente la forma de oposición e impugnación de las pruebas debe regularizarse por el sistema general, es la naturaleza misma del proceso cautelar. Recordemos el ejemplo que usamos para explicar, como el juez en sede cautelar -para convencerse de la verdad por el juicio de probabilidades-, en el reconocimiento de los hechos alegados para la petición de una medida, se podía auxiliar en alguna modalidad de las que disponía cualquier ley, y en el caso planteado, sobre el Código de Procedimiento Civil.

Igual puede suceder si el medio promovido es un justificativo de testigos, y el Juez, so pretexto de no estar convencido, pues ni siquiera le parece probable el hecho, ordenare la ratificación del testigo mediante su deposición. Luego, si se encuentra presente la parte contra quien obraría la medida, pudiera impugnar y controlar dicha prueba, amparándose en los principios generales al respecto; aunque insistimos, no por regulación legal, sino por analogía ya que *no puede aplicarse la tasa legal para producir el medio como tampoco para impugnarlo*.

La *naturaleza del proceso cautelar*, será la clave para responder nuestras incógnitas, por lo que se hace perentorio precisar:

- a) *En el sistema probatorio cautelar*, rige el juicio de verosimilitud o juicio de probabilidad, en la que el Juez tiene como **probable** la existencia de un hecho. En este juicio, constata que determinadas pruebas presumiblemente acrediten situaciones que se “parece” a la realidad.
- b) *En el sistema general de pruebas*, rige el juicio de certeza o juicio de plenitud de prueba, en la que el Juez tiene que basarse no en la posibilidad cierta de que el hecho exista (que sea probable); sino que tendrá la carga de apreciar la plenitud de la prueba. Es decir, la **verdadera** existencia del hecho, descartando los medios que no le otorguen ese convencimiento absoluto.

Esta diferencia es fundamental para concluir que si bien el sistema de pruebas general “surte” de principios al sistema probatorio especial cautelar; por la naturaleza del proceso preventivo, se disminuye el rigor de aquél, y por tanto no puede seguirse por sus regulaciones en forma exclusiva. De esta manera, deberá la parte contra quien obre la medida, responder al juicio y plantear una defensa que <desvirtúe> los medios de prueba que a prima facie, tomó el juzgador para decretar la medida, y utilizará los medios de impugnación previstos en las leyes especiales y en el Código, pero no por requerirlo la Ley, sino, como <modelo por vía de analogía>, pues recordemos que el fin de uno y otro es diferente. En el general se requiere la certeza (busca la plenitud); y en el especial la sola apariencia de ser verdad (busca la verosimilitud).

Acá, vale mencionar lo que dice el maestro CABRERA ROMERO cuando explica que algunos medios probatorios del sistema general (referidos al juicio de certeza), tienen una *oposición diferida o especial* –como sería el caso de la prueba de informes, cuyas resultas llegan mucho tiempo después de ser promovidas²¹⁷. Con esa idea, planteamos cómo no permitir que en el proceso cautelar donde se limita tal rigidez (de la plenitud), se tenga un contradictorio <a posteriori> de la “promoción” de las pruebas y además <especial> por no estar tasado, máxime cuando se valoran por el juicio de verosimilitud.

19. CONCLUSIONES.

Antes de presentar la propuesta que es el objeto de la presente investigación, haremos un listado de los aspectos más resaltantes del estudio que nos ocupa en forma de premisas concluyentes, y desde luego establecer cómo podemos presentar una tesis con carácter científico (según método y resultado). De este modo, cumplir con la técnica investigativa formulando cuál es el problema, ergo, cuál la solución.

I.

De las conclusiones preliminares.

Primero: Que desde sus inicios, el legislador procesal estuvo ganado a la idea que fuere probada presuntivamente el derecho reclamado, aunque con la medida de arraigo (al margen de la probanza de que el deudor intente salir del país) se prevé a nuestro juicio el primer antecedente del peligro en la tardanza en cuanto a cómo afectar al eventual ganancioso según la disposición de bienes por la otra parte, ya que exigía a los fines de su

²¹⁷ Cabrera Romero, Jesús Eduardo. *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*, tomo I, editorial Jurídica Alva, Caracas, 1997, p.43.

procedibilidad, que “...*haya temor fundado de que la parte disipe, enajene u oculte sus bienes...*”; lo que guarda correspondencia con dos aspectos de las cautelas vigentes, **a)** en cuanto a su objeto: porque recaería sobre bienes, como los que indica el artículo 588 CPC; y, **b)** en cuanto al elemento del peligro en la tardanza que exige: “...*riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo...*”; pues en proximidad con la previsión del arraigo, el que haya temor fundado de que la parte disipe los bienes, es para evitar dejar su patrimonio al margen del demandante, o lo que es lo mismo, que quede ilusoria la ejecución del fallo.

Segundo: Que aunque con el Código de Procedimiento Civil de 1916 se prescindió de exigirse -como en el arraigo- la demostración sobre el temor de dilapidación de los bienes del deudor/demandado (porque además de suprime esta medida); no obstante, la jurisprudencia exigía el peligro en la tardanza como elemento de procedencia de las cautelas, lo que derivó de la doctrina contemporánea. Es decir, se exigía el *periculum in mora* por creación jurisprudencial.

Tercero: Que el Código de Procedimiento Civil de 1987 si reguló expresamente el *periculum in mora* junto al *fumus bonis iuris* dentro de los requisitos del artículo 585 para la procedencia de las medidas preventivas, exigiendo la probanza de ambos extremos a través de prueba presuntiva. Asimismo, que aunque el precepto no lo señale en forma explícita, la doctrina y jurisprudencia han entendido dentro del requisito del *periculum in mora*, o peligro que quede ilusorio la ejecución del fallo, la consecución de las siguientes circunstancias (i) la tardanza del proceso; (ii) la conducta procesal del demandado.

Cuarto: Que el Código de Procedimiento Civil regula en el Libro Tercero lo concerniente al Procedimiento Cautelar, otorgándole carácter autónomo como regulación, lo que no quita su naturaleza de accesoriad e

instrumentalidad respecto al juicio principal. Que sin embargo, el llamado proceso cautelar –para otros incidencia cautelar- puede coexistir en forma paralela respecto del proceso principal que le sustenta, como se demuestra por ejemplo, cuando las decisiones correspondientes en sede cautelar pueden ser recurribles en Casación, independientemente del proceso principal.

Quinto: Que las medidas preventivas se diferencian del resto de medidas provisionales, ya que las primeras tienen por finalidad que precaven o evitan que el eventual fallo de fondo quede ilusorio o no materializable, por conductas atribuidas al deudor y la tardanza del proceso.

Sexto: Que para los elementos de procedencia de las medidas preventivas se exige prueba presuntiva, que se logra mediante el juicio de verosimilitud que implica un *juicio de probabilidades* (no de certeza), en donde juega un papel fundamental *las presunciones*.

Séptimo: Que las presunciones, aunque aparecen indicadas en el capítulo V sección III del Código Civil en lo relativo a las pruebas, no lo son, cuando es lo propio afirmar que se tratan de consecuencias jurídicas que saca la ley (presunciones de ley) o el hombre (presunciones homines) desde un hecho conocido. Y, que es error conceptual de nuestra legislación, lo alertó DEVIS ECHANDÍA en su estudio ampliamente citado.

Octavo: Que para un sector importante de la doctrina (RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE y RAFAEL ORTÍZ-ORTÍZ) la prueba de lo verosímil constituye una presunción hominis o del hombre, posición que damos por cierto –como creemos- y que ayuda a sustentar nuestra tesis, porque al demostrarse el humo del buen derecho (reclamado), el operador de justicia debe considerar: (i) que existe una expectativa tutelable del actor, (ii) que esa expectativa es tal –y no se ha logrado- por un ‘supuesto’ incumplimiento de

quien aparezca con deudor; sin distinguir si lo hace de buena o mala fe, pues de otro modo no existiera la demanda. De esta misma forma, deducir que si se prueba presuntivamente el derecho reclamado, es probable que se demande por el no cumplimiento natural de quien aparece como el obligado.

Noveno: Que la doctrina y jurisprudencia consultada, no consideró como se hace en este estudio, que al elemento *periculum in mora* puede llegarse a través de las máximas de experiencia del juzgador, cuando solamente esté demostrado con prueba verosímil (probable) el derecho reclamado, ya que constituye del conocimiento privado del juez, el hecho de que la tardanza propia del proceso sea razón más que suficiente (prescindiendo de la conducta del deudor) para afectar una eventual ejecución a favor de aquél.

Décimo: Que la doctrina ha advertido que las presunciones operan a fin de facilitar el tema probatorio, partiendo de la premisa que aunque existen los hechos, determinadas circunstancias *imposibilitan la prueba*; que es consustancial con la opinión que señalamos respecto a que en muchos casos, se cae en el terreno de las pruebas difíciles y también de las pruebas imposibles, lo que afectaría el **acceso a la prueba** que tiene rango constitucional por haberlo previsto el Constituyente dentro del debido proceso (49.1.CRBV).

Undécimo: Que aunque el solicitante de una medida cautelar, haya probado los extremos de procedencia del artículo 585 CPC, los jueces gozan de cierta autonomía para decretar o no según su prudente arbitrio; lo que tampoco está establecido en forma explícita en el capítulo correspondiente en la ley procesal; pero que ha sido una posición de la jurisprudencia pacífica. Que en nuestro criterio, esa arbitrariedad delegada por la jurisprudencia la convierte en “arbitrariedad” no sólo porque no está previsto

legalmente; sino porque no permite revisión de las decisiones en ese sentido, pudiendo cambiarse la valoración por vía presuntiva de un juez a otro.

Duodécimo: Que así como en el resto de las medidas preventivas previstas en el Código de Procedimiento Civil para los distintos procedimientos especiales (intimación, vía ejecutiva, ejecución de hipoteca, ejecución de prenda, ejecución de créditos fiscales), **no se exige la demostración del peligro en la tardanza** (que se tiene por existente) al solamente exigirse la demostración presuntiva del derecho (por la calidad del título); también podría aplicarse esa premisa frente a la procedencia de las medidas preventivas con fundamento en el artículo 585 CPC. Lo mismo sirve, en materia de amparos constitucionales como ya se trató.

Décimo Tercero: Que el precepto 585 del Código de Procedimiento Civil (1987), es preconstitucional con ocasión al texto fundamental de 1999, existiendo cierto divorcio entre uno y otro, que amerita la adecuación de aquél a temas constitucionales relacionados como la legalidad, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, el proceso como instrumento de realización de la justicia; y a la justicia misma como valor superior.

II.

De la conclusión final.

En definitiva, toda la investigación se resume en afirmar en que el peligro en la tardanza (*periculum in mora*), específicamente respecto a demostrar la conducta del demandado –que pueda enervar la eventual sentencia en su contra- no aparece expresamente prescrito como requisito del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Que en cualquier caso que se entienda que es un elemento “insustituible” para el régimen cautelar general –tesis que no aceptamos- y *que por tanto deba probarse junto a la mora del proceso*, sostenemos que

podría deducirse mediante los hechos notorios (por la tardanza natural y excesiva de los procesos), y por tanto estaría eximido de prueba.

E, incluso, si tuviera que aceptarse que hay que probarlo –insistimos, que no convenimos-, entonces se colija que puede el juez llegar a tal “comprobación” mediante las máximas de experiencias.

Finalmente, considerar que exigirle al solicitante de las cautelas la comprobación, así sea presuntiva, de actos del deudor que pueden enervar la eventual sentencia a favor del primero, a sabiendas que la tardanza del proceso atenta frente a su derecho a la tutela efectiva y su derecho de “acceso” de pruebas, constituiría un caso de **prueba imposible**, que como bien explica nuestro maestro y mentor JORGE WALTER PEYRANO –amén de académico y juez-, “*es aquélla, que por imperio de diversas razones, no podrá ser producida por quien soporta la carga en cuestión.*”²¹⁸

En estas líneas se resumen nuestra posición.

20. PROPUESTAS.

Cumplida las metas según la programación del trabajo, corresponde seguidamente presentar las eventuales soluciones al “problema” que identificamos en la petición y posterior decreto de las medidas preventivas con arreglo al artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

De las conclusiones anteriores, el principal problema advertido es que se está sobre exigiendo a los solicitantes de las medidas preventivas, en cuanto a la demostración de hechos que muchas veces tienen *imposibilidad de pruebas* (como acreditar la conducta del deudor de querer desafiar la justicia imposibilitando una eventual ejecución en su contra), pero además,

²¹⁸ Peyrano, Jorge Walter. *La prueba difícil*, en: *Civil Procedure Review (Obra colectiva)*, vol.2, nro.1, jan./apr.2011, p.89, Disponible: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=36&embedded=true

que tal exigencia no se desprende en forma expresa dentro de los requisitos expresos del artículo 585 CPC, siendo pues una construcción doctrinal y jurisprudencial.

Que no obstante de no ser un requisito expreso (conducta del deudor), puede llegarse a su demostración, mediante las *máximas de experiencia* del juez por los juicios de valor que consiga armar según las circunstancias; o prescindirse de probarse porque queda sobre entendido –la tardanza de los juicios y su eventual afectación a la tutela del actor- mediante la teoría de los *hechos notorios*.

Además, que el único requisito expreso del artículo 585 en estudio, es la probanza “presuntiva” del humo de buen derecho del solicitante de la cautela.

Todo lo explicado, obliga a que presentemos las posibles soluciones, en orden de importancia según hemos defendido a lo largo de este trabajo:

20.1. De la reinterpretación del precepto 585 CPC.

Desde hace algún tiempo se viene imponiendo la tesis de corrección del derecho, estimulada primordialmente desde los trabajos de DWORKIN, a los que se han venido sumando otros catedráticos, entre los que destaca ATIENZA, para quien la idea de corrección [*del derecho*], forma parte de las obligaciones del jurista por la pretensión de la justicia.²¹⁹

Sugiere que corresponde a los jueces, en equilibrio de esos poderes que se conceden al legislador y que habría que controlar, y de hecho se controlan por mecanismos varios (control difuso, anulación de norma o concentrado), *hacer por vía de interpretación la adecuación de la norma*

²¹⁹ Atienza, Manuel. *Argumentación Constitucional*, en: Interpretación Constitucional, Universidad Libre de Colombia, 1ª ed., Bogotá, 2010, p.81.

legislativa al entorno real, ergo, pasando primero frente a su convalidación con los valores constitucionales.

Es decir, el *derecho judicial* –entendido aquél generado de la praxis judicial- empieza a adquirir una importancia en este juego o equilibrio de intereses y valores, donde ya no solo sirve de función orientadora (como ocurre con la Casación), sino que comporta, en sí mismo, una importante fuente (de derecho) en relación al sistema de precedentes.

En este caso, hay que recordar como por ejemplo, son vinculantes las interpretaciones que de normas y valores constitucionales, haga la Sala Constitucional –inclusive para el resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia-. Por esta razón, un autor de la talla de LÓPEZ MEDINA –formado en Harvard- reconoce: “*El papel de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes de derecho es uno de los grandes temas de la cultura jurídica contemporánea.*”²²⁰. Colegimos que este autor se refiere a la jurisprudencia devenida de procesos constitucionales, ergo, como emanadas de órganos en función constitucional, que no es lo mismo a la jurisprudencia que se genera en la Casación, dada sus diferencias y límites, frente aquella jurisprudencia Constitucional.

Nos inclinamos por la tesis de coexistencia entre el *derecho legislativo*, otrora fuente de derecho por excelencia (la emanada de los órganos asamblearios representativos de la voluntad “soberana”) frente al *derecho judicial*, nuevo paradigma en el sistema de fuentes, que aunque pueden enfrentarse –como frecuentemente se observa en la praxis-, generalmente funcionan en forma de complemento.²²¹

²²⁰ López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, editorial Legis, 2ª ed., 6ª reimpresión, Bogotá, 2008, p.134.

²²¹ Petit Guerra, Luis Alberto. *El derecho legislativo y el derecho judicial en el sistema de fuentes y su control democrático*, IX Conferencia Internacional del COLAD (Comité Latinoamericano de Derecho) y IX CEDDAL (Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina), Curitiba, Estado de Paraná, Brasil, octubre de 2011.

Dentro de esa perspectiva, abogamos por la existencia de la norma 585 CPC mediante una reinterpretación de su contenido, en los siguientes términos: A los fines de mantener la validez del artículo 585, proponemos una *nueva interpretación* que garantice la vigencia del mismo; ello porque una interpretación sería suficiente, como opinamos, para corregir las exigencias actuales respecto a la exigencia del *periculum in mora*.

Ya explicamos que este requisito a su vez está contenido –según la jurisprudencia y la doctrina-, en dos circunstancias (que la tardanza del proceso y que la conducta del demandado hagan ilusorio el fallo). En esta propuesta, una interpretación atendería que la norma no dice lo que la jurisprudencia actual dice que contiene. Que la conducta del demandado no tiene relevancia para la procedencia cautelar, que bastaría sea acreditado el *humo o apariencia del buen derecho* (*fumus bonis iuris*) para reconocer su <necesidad cautelar>, cuya temporalidad garantice que sea levantada si se demostrase que el actor no tenía razón. Por ello su temporalidad –tienen una vigencia finita- e instrumentalidad –dependen del juicio principal del que sirven-.

En cuanto al requisito de la tardanza en juicio, nos inclinamos a pensar que se da por cierto, mediante hechos notorios, y por ende, relevado de prueba, de la poca o nula efectividad del Poder judicial frente al control y manejo de los procedimientos, que sería lo que la Corte Interamericana responde al nombre de *plazos razonables*, siguiendo los lineamientos del artículo 8.1. de la Convención Americana, consistente en aquél proceso en donde se otorgan las debidas garantías de una persona para que sea oída y dentro de un plazo razonable por un tribunal imparcial, independiente y competente.²²²

²²² Caso: Ricardo Baena y otros vs. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001.

Para nadie es un secreto que en Venezuela el Poder judicial no funciona como corresponde. Que, por política judicial, estructura del Poder Judicial, déficit presupuestario, ineficiencia, politización de la Justicia, suspensión de los concursos de jueces -sin la escogencia debida de los más aptos-, falta de colocar la reforma de la Justicia como aspecto de Estado y no de partidos, los bajos salarios del resto de los funcionarios que hacen vida en el sector justicia, los pésimos servicios físicos y de infraestructura; con tribunales cerrados por jueces suspendidos en forma indefinida, son parte de las múltiples causas (y otros etcéteras más) que *hacen que los procesos judiciales tarden más de lo que corresponde*. Son factores 'notorios' que se explican por sí mismo.

De manera, que no obstante estas circunstancias atentatorias contra la celeridad y la tutela del demandante, suponemos que no conceder una cautela a quien al final tendría razón, sería una burla a la tutela judicial efectiva de contenido constitucional [art.26 CRBV] y la cesión por parte del Estado de su ius imperium con la peligrosa posibilidad que la gente tome justicia por mano propia, al no poder ejecutar sus fallos (cuando no tuvieron posibilidad de una medida cautelar cuando correspondía).

A pesar que algunos ponen en dudas si en Venezuela funciona el sistema de precedentes –que no es motivo de este trabajo-, como corresponde en primer lugar a la Sala Constitucional poner orden a los bienes o valores constitucionales en juego, suponemos que la interpretación no solo debe nacer de la Sala de adscripción natural, como es la Sala de Casación Civil, sino además, por la Sala Constitucional en su labor de última intérprete de la Constitución, con funciones vinculantes cuando corresponda interpretar valores y principios constitucionales (art.335 CRBV); los cuales se deducen del análisis correspondiente sobre el cambio de criterio en materia de la exigibilidad de las medidas del artículo 585 CPC.

Dentro de la argumentación que se haga por vía de interpretación, se facilita al “intérprete” el hecho que *<probar que la conducta del deudor pueda afectar la eventual ejecución del fallo>*, no está prevista en la ley [procesal], entonces, fundamentarse en *la legalidad*, especialmente como fuente del *<ordenamiento jurídico>* –por ser más amplia que incluye a las otras fuentes- y que también está previsto en el Preámbulo bajo la fórmula del *<imperio de la ley>*. En fin, sería sencillo para el operador llegar a la conclusión, que interpretando los valores constitucionales, esa exigencia procesal -sobre la conducta del deudor para la procedencia de la cautela- no está prevista en la ley.

Es decir, proponemos la revisión de la premisa que se exija la probanza de una conducta del deudor, que en todo caso sería implícita, pero no expresa: el precepto 585 no dice que debe probarse la conducta del deudor, entonces estamos dando por válido un elemento que (i) no forma parte del *<ordenamiento jurídico>* –como exige el artículo 2º Constitucional-, (ii) ni forma parte del *<imperio de la ley>* -como exige el Preámbulo-.

Adicionalmente, el operador de esta norma, supongamos la Sala Constitucional, en su análisis deberá verificar en forma abstracta la justicia como valor superior constitucional (art.2 CRBV), esto es, si se está “garantizando” la justicia, mediante estas nuevas exigencia fuera de ley; pero especialmente explicar cómo funciona el régimen cautelar frente a la expectativa de derecho/justicia como emanación de la tutela judicial efectiva y su materialización (art.26 CRBV); así como del proceso como instrumento de realización de la justicia (art.257 CRBV) dentro de un proceso debido (art.49 CRBV).

Quedaríamos satisfechos si se considera, que basta la probanza (también presuntiva) del derecho reclamado, para obtener la cautela en garantía del derecho a tutela judicial, que explicamos frente al derecho la

defensa supera con creces mediante la tesis de PRIETRO SANCHÍS respecto a que frente a una confrontación de derechos o valores igualmente importantes, priva uno sobre el otro (lo “derrota” en términos abstractos) en razón del caso en estudio.

En este asunto, distinguir también como explicáramos atrás, que una cosa es el precepto (respecto al contenido del artículo 585), y otro, la norma o normas que pueden generarse del precepto, según sean las interpretaciones que de él se consigan. Producto del resultado interpretativo, nacerá una norma más cercana al justiciable, lo que redundará en el foro, a que los eventuales deudores cumplan dentro de lo posible sus obligaciones a sabiendas que se está prefiriendo la tutela del actor, frente a la conducta reprochable (*pero de difícil y hasta imposible prueba*) del deudor.

En nuestro criterio, si los deudores saben –si se hace notorio- que se está cambiando el sistema cautelar –colocando menos impedimentos a los demandantes-, serán más cuidadosos en incumplir dolosamente sus compromisos. Solo miremos el desastre generado, cuando por ejemplo, un Decreto Ley²²³ ordenó suspender la práctica de *medidas preventivas* (e incluso ejecutivas) en el sector de arrendamientos de viviendas, que con razón o no –que no viene al caso-, constituye una demostración cuando la tutela judicial tiene todo, menos de efectiva y tampoco de tutela.

20.2. Desaplicación del precepto 585 CPC por control difuso.

Esta propuesta está conectada con la posición anterior, que no excluyente porque parte de la idea, que mientras algún caso llega a la Sala Constitucional por vía de revisión, avocamiento o de interpretación, puede que algún juez, movido por las motivaciones explicadas anteriormente, es

²²³ Decreto-Ley Sobre Desalojos y Desocupación Arbitraria de Viviendas, Gaceta Oficial Nro.39.668 de 06 de mayo de 2011.

decir, bajo los argumentos que dan lugar a la interpretación excluyente de lo que no dice su texto procesal, considere que lo que se viene haciendo constituye una violación a norma de carácter constitucional, como a los valores en ella protegidos (legalidad, justicia).

En este caso, desaplique por control difuso únicamente esa parte del precepto que requiere se prueba del “...riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo...” Derivación de lo expuesto, el juez analice que está acreditado el buen humo o apariencia del derecho, por ejemplo, decir que exigir al actor que presumiblemente tiene un derecho, y someterlo además a la circunstancia (i) de probar que el demandado está haciendo actos que “presuman” van a distraer sus bienes y además, (ii) probar que es con miras a afectar el derecho eventual del demandante/acreedor, podría entrar en el campo de las pruebas imposibles y de las pruebas difíciles, y está dicho, que existe un derecho constitucional a la prueba, establecido en el art.49.1. CRBV.

Por este argumento, se tendría *por violado ese derecho de la prueba, y en ese caso, debe preferir la norma constitucional que el texto procesal.*

Asimismo, puede argumentar también, que colocarle más cargas al actor, correspondería una violación a su derecho de tutela que además, debe ser inmediata, célere (art.26 CRBV).

Fijémonos que a distingo del caso anterior, en este, el juzgador como juez de la causa [que no lo es ninguna de las Salas], está palpando las limitaciones al actor, y debe empezar por analizar –en nuestro criterio- el tema del debido proceso primero en lo relativo a la *prueba imposible*, que ha hecho incluso que autores como RIVERA MORALES se refiera a la existencia de un verdadero “derecho al debido proceso de la prueba”²²⁴, sino

²²⁴ Rivera Morales, Rodrigo. *Nulidades procesales, penales y civiles*, Universidad Católica del Táchira, Editorial jurídica Rincón, San Cristóbal, 2003, p.370.

además, porque parte del debido proceso es someterse a los jueces naturales quienes corresponderá darle como la misma norma indica, las “... *garantías establecidas en esta Constitución y en la Ley...*” (art. 49.4. CRBV).

En consecuencia, siendo una de las garantías someterse al principio de la legalidad, y no consiguiendo el juez que dentro de los requisitos del artículo 585 se encuentre la exigencia demostrativa de la conducta imputable al deudor que quiera hacer ilusorio el fallo, por consiguiente, consigue otro argumento para desaplicar esa parte de la norma, y mantener el resto del precepto en el caso en estudio.

La desaplicación que indicamos es *específicamente*: (i) por violación a la tutela judicial efectiva (art.26 CRBV), al colocarle cargas que impiden esa tutela; (ii) que además esas cargas no están previstas en la ley, entonces viola la legalidad (art.2 CRBV), y finalmente, (iii) que se afecta el derecho de pruebas al actor, al impedirle acceder a medios para probar esa conducta del deudor, lo que llevaría al campo de las pruebas imposibles al afectar su derecho a la prueba, que es contenido del debido proceso (art.49.1. CRBV).

También en el orden abstracto, estas exigencias en definitiva afectan el valor justicia art.2 CRBV, que sería suficiente como motivo del control difuso, aunque reconocemos las dificultades de interpretar elementos abstractos.

Consecuencia de esta desaplicación, huelga recordar dos cosas:

(i.) Que producto de la desaplicación por control difuso el precepto 585 CPC solo queda desaplicado para el caso supuesto, y que se dictaría la medida cautelar por vía de cómo queda el precepto por la nueva interpretación del juez de instancia [sin la exigencia del *periculum in mora*], y;

(ii.) Que luego del trámite correspondiente, corresponderá al juzgado de alzada (frente al juez que desaplicó), hacer la consulta final cuando esté firme (de modo que sea la alzada quien remita a la Sala Constitucional], pues solo así conocerá dicha Sala el asunto, para saber si la desaplicación del juez a quo se corresponde en criterios constitucionales, dentro de sus principios y valores rectores.

Entonces, comenzará a explicar el juzgador que la violación del debido proceso le afecta el derecho a probar al solicitante de la cautela; porque por ejemplo, no cuenta con la forma de hacerlo (afectación derecho a la prueba, art.49.1.); debiendo incorporar en su análisis lo arriba explicado sobre legalidad y justicia (art. 2), pero además, al proceso como instrumento fundamental de justicia (art.257), y especialmente, soportar su fallo en la tutela judicial efectiva (art.26) que se logra si se cumple con el debido proceso, *“con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley”* (art.49.4.) explicando que en ninguna ley se exige probar la conducta dolosa del deudor en detrimento del acreedor/demandante.

Por último, también la Sala Constitucional tendría la posibilidad de desaplicar por control difuso, pero en este caso, seguiría “viva” la norma y por ende, no estamos de acuerdo en ese papel individualízate (que aplica al caso particular), como si estaremos de acuerdo que dicha Sala anule esa parte de la norma 585 en estudio que no se corresponde con los valores constitucionales, que solo podría hacerlo en el recurso de nulidad de leyes.

Queda revisar otro aspecto relacionado con lo expuesto, pensando en un futuro <posible>.

20.3. La derogatoria del precepto 585 CPC y la aprobación de otro.

Posiblemente esta premisa, sea la más difícil en términos de lo realizable, en virtud que hasta donde conocemos, las varias Comisiones revisoras del Código de Procedimiento Civil, dada la poca calidad y preparación de algunos de sus integrantes –o de todos-, llamados más por alianzas ideológicas que por conocimientos en la materia a la que se les convoca, no ha dado los resultados que el foro espera.

Sin embargo, no podemos descartar la posibilidad, aunque mediata, de presentar un proyecto que sustituya, parcialmente –por vía de reforma parcial del Código- el contenido del actual artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Implicaría, primero escoger una Comisión a la altura de los padres del Código vigente –lo que ya sería una empresa “difícil”-, para así, presentar algunas propuestas respecto al nuevo contenido de un eventual nuevo precepto, y luego, redactar el mismo.

Esta propuesta, es consecuencia de las explicaciones hechas en los apartes 1 y 2, para que, en el entendido de proscribir toda exigencia sobre el régimen de pruebas del peligro en la tardanza, teniéndose éste como un elemento deducido por el juez; bien por las máximas de experiencia –a quienes gustan asumir que entra en su esfera personal-, bien por los hechos notorios –entonces, eximidos de pruebas por ser público y común-.

O, simplemente reconociendo que no es necesaria la probanza del peligro en la tardanza respecto a la conducta que asume el obligado/demandado, porque no es exigencia de ley.

Dentro de esta suposición, y prescindiendo de la exigencia del peligro en la tardanza, excusándonos si fallamos en la técnica de redacción

legislativa, el nuevo precepto quedaría redactado más o menos de este tenor:

“Las medidas preventivas establecidas en este título las decretará el Juez, cuando se demuestre por prueba verosímil la existencia del derecho que se reclama, a fin de garantizar el eventual fallo favorable del solicitante.”

Asimismo, y suponiendo que se mantenga el espíritu del artículo 590 CPC, otro aparte del artículo <a reformar> regularía:

“Cuando el juez no considere suficiente la acreditación presuntiva del derecho reclamado en sede cautelar, el solicitante podrá pedir las medidas preventivas ofreciendo la caución o las garantías establecidas en el artículo...” (Suponiendo que se mantenga el art.590 CPC).

Esta tesis presenta a la comunidad académica, un estudio sistemático –con razonamiento científico y mediante el acatamiento de un método–, sobre la viabilidad de prescindir del elemento del peligro en la tardanza (o *periculum in mora*) dentro de los requisitos de procedencia del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, haciendo énfasis, fundamentalmente en que se trata de la imposición a unas probanzas [que no aparecen expresamente regulados: *la supuesta acreditación de actos del deudor*], amén de constituir al mismo tiempo aspectos de difícil comprobación [actos del deudor en detrimento de su acreedor].

Finalmente, damos por sentado que la tardanza de los juicios constituye un hecho para todos conocidos, y que someter al demandante a

semejante exigencia, constituye no una carga, sino una verdadera misión a veces imposible.

Y dada que el acceso a las pruebas tiene rango constitucional, dentro del debido proceso (art. 49.1. CRBV) y además como derecho humano como hemos afirmado en otra parte²²⁵, queremos sacar del campo de las pruebas difíciles, y hasta de las pruebas imposibles, un requisito que se supone debe permitir, por su naturaleza (temporal e instrumental), la rapidez de la tutela cautelar, siempre guardando a la otra parte, su oportunidad de contradecir y oponerse a su práctica; y conseguir también su suspensión.

Por último, responde nuestra inquietud, y es consustancial con lo que pensamos, que el mismo Código Adjetivo dispone de otras medidas preventivas donde se prescinde de probar el peligro en la tardanza.

Así que el tema no es ajeno a la praxis, de allí el motivo de este trabajo: *que el planteamiento que hacemos tenga posibilidad de materializarse.*

No en balde el prodigioso MUÑOZ SABATÉ plantea que si algún futuro le queda al Derecho Procesal, será la necesaria reinterpretación de las medidas cautelares. Menuda afirmación del maestro y *¡nada más preocupante para quienes amamos al “proceso”!*.

²²⁵ Petit Guerra, Luis Alberto. *Estudios sobre el debido proceso. Una visión global: Argumentos como derecho fundamental y humano*, editorial Paredes, Caracas, 2011, pp.1/330.

FUENTES CONSULTADAS.

Fuentes bibliográficas (por índice de autores).

- Arazi, Ronald y Mario E. Kaminker. *Algunas reflexiones sobre la anticipación de la Tutela y las Medidas de satisfacción Inmediata (autosatisfactivas)*, XVI Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, Brasil, 1998.
- Argüello Landaeta, Israel. *Medidas Cautelares como Manifestación de la Justicia Preventiva*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Caracas, 1989.
- Atienza, Manuel. *Argumentación Constitucional*, en: Interpretación Constitucional, Universidad Libre de Colombia, 1ª ed., Bogotá, 2010.
- Baudin Patrick. *Código de Procedimiento Civil (Compilación)*, Paredes Editores, Caracas 2010-2011.
- Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Ediciones Sales, 3ª Edición, tomos I, III y IV, Caracas, 1964.
- Brewer Carías, Allan y Ortíz Alvarez, Luis. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Colección Jurisprudencia N°4, editorial jurídica Venezolana, Caracas, 1996.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, Editorial Heliasta, Madrid, 1979.
- Cabrera Romero, Jesús Eduardo. *La Prueba Anticipada o el Retardo Perjudicial*, Vadell Hermanos editores, Valencia, 1990.
- Cabrera Romero, Jesús Eduardo. *Contradicción y control de la prueba legal y libre*, tomo II, Editorial Jurídica Alva, SRL, Caracas, 1998.

- Calamandrei, Pietro. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. I, Buenos Aires, 1973.
- Calamandrei, Pietro. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1945.
- Canova González, Antonio. *Consideraciones al proceso judicial venezolano*, en: revista Nro.1, *Instituto Venezolano de Derecho Procesal* (Obra colectiva), enero-junio, editorial Livrosca, Caracas, 1999.
- Canova González, Antonio. *La Inconstitucionalidad de la Ley*, Temas de Derecho Constitucional y Administrativo (Obra Colectiva), Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2010.
- Carbonell, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos (Obra colectiva), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Carnelutti, Francesco. *Las Instituciones del Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973
- Casal, Jesús María. *Los derechos fundamentales y sus límites*, editorial Legis, 1ª ed., Caracas, 2010.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974.
- Cuenca, Humberto. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, ediciones Biblioteca Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994.

- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, tomo I, editorial Diké, Medellín, 1994.
- Duque Corredor, Román. *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*, Ediciones Fundación Pro-Justicia, Colección Manuales de Derecho, tomo III, Caracas, 1999.
- Feo, Ramón. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Colección de obras jurídicas venezolanas, Tomo 2º , ediciones Rea, Caracas, 1962.
- Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, 3º ed., ediciones Trotta, Madrid, 1968.
- Henríquez La Roche, Ricardo. *Código de Procedimiento Civil (comentado)*, tomo IV, editorial Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Caracas, 2009.
- Henríquez La Roche, Ricardo. *Conferencias Sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, Caracas, 1986.
- Jiménez Salas, Simón. *Medidas Cautelares*, Kelran Editores, C.A., 5ª edición, Caracas, 1999.
- Lazo, Oscar y Martínez, Juana. *Código de Procedimiento Civil de Venezuela". Concordado y Anotado*, Gráficas Armitano, C.A., Tomo III, Caracas, 1979.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, editorial Legis, 2ª ed., 6ª reimpresión, Bogotá, 2008.
- Loreto, Luis. *Ensayos Jurídicos*, editorial jurídica venezolana, 2ª ed., Caracas, 1987.

- Marcano Rodríguez, Rafael. El artículo 1108 del Código de Comercio, *Revista de Ciencias Políticas*, t. IV, año 9º, enero, 1981.
- Márquez Añez, Leopoldo. *Estudios de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.
- Molina Galicia, René. *Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencia. ¿Hacia un gobierno judicial?*, Serie Monografías, 2ª ed., Ediciones Paredes, Caracas, 2008.
- Montero Aroca, Juan. *El Proceso No tiene Naturaleza Jurídica*”, en *Revista de Derecho Procesal (Obra colectiva)*, edición conjunta del Instituto de Derecho Procesal José Rodríguez Urraca y Paredes editores, Nro.1. Caracas, 1990.
- Rivera Morales, Rodrigo. *Las pruebas en el Derecho Venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de Lopna*, 6ª ed., Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2009.
- Montoya, César. *Familia y Menores. Vivencias jurídicas*. Editorial Livrosca, Caracas, 1999.
- Ortiz Ortiz, Rafael. *El Poder Cautelar General y Las Medidas Innominadas*, Paredes Editores, Caracas, 1997.
- Ortiz Ortiz, Rafael. *Las Medidas Cautelares Innominadas. Estudio Analítico y temático de la jurisprudencia nacional*, Tomo I, Paredes Editores, Caracas, 1999.
- Ortiz Ortiz, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, 1ª ed., Caracas, 2004.
- Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial: indicios y presunciones*, Editorial Librería Profesional, Bogotá, 2001.

- Parilli Araujo, Oswaldo. *La Prueba y sus medios escritos*, Editorial Mobil Libros, Caracas, 1996.
- Perera Planas, Nerio. *Código Civil Venezolano (comentado)*, ediciones Magón, 3ª ed., Caracas, 1992.
- Perera Planas, Nerio. *Medidas Provisionales en los juicios de Divorcio*, editorial Magon, Caracas, 1976.
- Pesci-Feltri, Mario. *Algunas Consideraciones Sobre el Código de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991.
- Pesci Feltri, Mario. *Estudios de Derecho Procesal*, colección estudios jurídicos, N°12, editorial jurídica venezolana, Caracas, 1981.
- Peyrano, Jorge Walter. *La Medida Cautelar Innovativa embozada en Procedimiento Civil y Comercial*, Vol. 3º, editorial Juris, Buenos Aires, 1994.
- Peyrano, Jorge Walter. *La prueba difícil*, en: *Civil Procedure Review (Obra colectiva)*, vol.2, nro.1, jan/apr.2011
- Petit Guerra, Luis Alberto. *La medida de arraigo como antecedente del periculum in mora*, Boletín N°3 (Obra colectiva), octubre-noviembre, Instituto Venezolano de Derecho Procesal (Invedepro), Caracas, 1999.
- Petit Guerra, Luis Alberto. *Estudios sobre el debido proceso. Una visión global: Argumentos como derecho fundamental y humano*, editorial Paredes, Caracas, 2011.
- Petit Guerra, Luis Alberto. *El derecho legislativo y el derecho judicial en el sistema de fuentes y su control democrático*, IX Conferencia Internacional del COLAD (Comité Latinoamericano de Derecho) y IX CEDDAL (Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina), Curitiba, Estado de Paraná, Brasil, octubre de 2011.

- Pierre Tapia, Oscar. *La Prueba en el Proceso Venezolano*, tomo I, editorial Marte, marzo, 1973.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- Podetti, Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tomo 4º, Buenos Aires, Argentina, 1969.
- Solís Saldivia, Marcos. *Consideraciones acerca de la Naturaleza Jurídica de la Jurisdicción Voluntaria*, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2005.
- Quintero Muro, Gonzalo. Medidas Cautelares, Gustavo. *Medidas preventivas*, Talleres Gráficas Ilustraciones, Caracas, 1961.
- Quintero Tirado, Mariolga. *Las Medidas Cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil*, Revista de Derecho Privado, U.C.V., Caracas, 1986.
- Quintero Tirado, Mariolga. *La apelación. Algunas posturas*, en: Estudios iberoamericanos de derecho procesal (Obra Colectiva), Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez, Carlos J. Sarmiento (Compilador), Editorial Legis, 1ª ed., Colombia, 2005.
- Quiroga León, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal*, editorial Idemsa, Lima, Perú, 2008.
- Rivera Morales, Rodrigo. *Las pruebas en el Derecho Venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de Lopna*, 6ª ed., Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2009.
- Rodríguez Urraca, José. *El Proceso Civil*, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1984.

- Rubio Llorente, Francisco. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, editorial Ariel, Barcelona, 1995.
- Santana Mujica, Miguel. *Vocabulario Procesal Probatorio y Otros Estudios Jurídicos*, Paredes editores, Caracas, 1985.
- Sanojo, Luis. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Fabretón Editores, Caracas, 1981.
- Sentís Melendo, Santiago. *La Prueba*, Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1979.
- Vegas Rolando, Nicolás. *Las Medidas Preventivas Mercantiles*, editorial Forense venezolana, Caracas, 1976.
- Zoppi, Pedro Alid. *Providencias Cautelares*, Colección Humberto Cuenca, N°6, ediciones Vadell Hermanos, Valencia, 1988.

Fuentes colección de jurisprudencias (sin índice de autores).

- Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Primer Trimestre, N°21, 2ª etapa, editorial Sucre, Caracas, 1986.
- *Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 2ª etapa, I trimestre, N°17, editorial Sucre, 1985
- Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Primer Trimestre, N°21, 2ª etapa, editorial Sucre, 1986.
- *Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N°2, editado por Talleres Gráficos del Congreso de la República, julio, Caracas, 1982.

- *Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 2ª eta Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Nros. 8 y 9, agosto y septiembre, Año XVII, editorial Oscar Pierre Tapia, Caracas. 1990.*
- *Jurisprudencia Ramírez & Garay, Cuarto Trimestre, LXXI, editorial Ramírez & Garay, Caracas, 1977.*
- *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”; Vol. 8-9, agosto/septiembre, editorial Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1993.*
- *Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia; editorial Oscar Pierre Tapia, tomo N°8, agosto, Año VIII, Caracas, 1997.*

Fuentes legales.

- Código de Procedimiento Judicial (1836).
- Código de Procedimiento Civil (1901).
- Código de Procedimiento Civil (1904).
- Código de Procedimiento Civil (1916).
- Código de Procedimiento Civil (1987).
- Código Civil (1982).
- Código de Comercio (1955).
- Constitución de la República de Venezuela (1961).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).
- Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (1999).
- Decreto-Ley Sobre Desalojos y Desocupación Arbitraria de Viviendas (2011).
- Ley Sobre Ventas con Reserva de Dominio (1958).

Fuentes electrónicas.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/88-310300-C99-740.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-0134-220501-99017.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/170200-13884-155.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00662-170401-1139.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/150-240300-0130.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00032-140103-2002-0320.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/170200-13884-155.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/156-240300-0436.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0459-091202-00479.htm>

<http://www.miguelgallardo.es/prueba/diabolica/>

