

**UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO**

**EL PROCESO CAUTELAR COMO MISIÓN TUTELAR DEL
ESTADO DE DERECHO**

**Trabajo Monográfico Especial de Grado,
Presentado como requisito parcial para
optar al Grado de Especialista en
Derecho Procesal**

Autora:

**Abog. Maribel del Carmen Rubio
Espinoza**

Tutor:

Dr. Andrés Octavio Méndez Carvallo

Caracas-Diciembre 2005

**UNIVERSIDAD CATOLICA “ ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POST GRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**EL PROCESO CAUTELAR COMO MISIÓN TUTELAR DEL
ESTADO DE DERECHO.**

**Autor: Maribel Rubio Espinoza
Asesor: Dr. Andrés O. Méndez C.
Año:2005**

RESUMEN

En el presente trabajo se desarrolló lo relacionado con el proceso cautelar como misión tutelar del Estado de derecho tomándose en cuenta para ello opiniones doctrinales de diferentes autores como también aquellas leyes involucrada en el tema. Se tratara de analizar el proceso cautelar como misión tutelar del estado de derecho, para garantizar los derechos de los particulares que acuden a un órgano jurisdiccional para que se les proteja sus pretensiones y evitar así la ilusoriedad del fallo. Se procuró comparar los diferentes criterios doctrinarios, fundamentos, naturaleza jurídica, como se encuadra esta tutela cautelar en nuestra constitución, y otras legislaciones; determinar el derecho a una tutela efectiva como también el derecho a una efectividad en la sentencia. Se tomará para ello una investigación monográfica documental, con carácter descriptiva con un desarrollo conceptual, con apoyo en una revisión bibliografica y jurisprudencial, el cual permitió hacer un análisis inductivo-deductivo para así cumplir con el fin señalado: la demostración de incidencia de la tutela cautelar en la protección y ejercicio del Estado de derecho.

Descriptores: Tutela, acción, proceso, jurisdicción, cautela.

INTRODUCCIÓN

El sistema cautelar es un proceso que incide grandemente en la administración de justicia, tanto es así que a través del desarrollo de mi investigación llegaré a determinar que las medidas cautelares tienen como finalidad la tutela preventiva del Estado de derecho y en última instancia la legitimidad del Estado, es por lo que justifico la importancia del estudio sobre la materia.

Cuyo objetivo General es analizar el proceso cautelar como misión tutelar del Estado de Derecho, y cuyos objetivos específicos son: comparar los diferentes criterios doctrinarios, fundamentos, semejanzas y diferencias con la tutela sumarial; determinar el proceso cautelar como tutela de un derecho desde un marco constitucional y legal; distinguir el proceso cautelar como una satisfacción jurídica; como también especificar la distinción cautelar.

Metodológicamente nos ubicamos en un diseño de una investigación teórica, monográfico a nivel descriptivo, utilizándose técnicas de análisis de contenido, análisis comparativos, la inducción y la síntesis.

La presente investigación reside su importancia en cuanto que su finalidad es proteger al individuo que acude a los órganos jurisdiccionales para asegurar las resultas del juicio y evitar así que quede ilusoria la ejecución de la sentencia, exponiéndose a que por mala fe su adversario enajene, oculte o grave sus bienes y se encuentre en un estado de insolvencia cuando haya de ejecutarse el fallo definitivo recaído contra él. Originándose no solo el debilitamiento de nuestro ordenamiento jurídico.

A esto le agregamos que las medidas cautelares inciden grandemente en la administración de justicia, por cuanto estas tienen la finalidad el estado de derecho y en última instancia la legitimidad del mismo. No olvidando que el uso ilimitado e irracional de esta institución nos puede conducir a el poder usado arbitrariamente.

Por lo que podemos decir que la función jurisdiccional además de tener como misión reservarse la solución de los conflictos y evitar la justicia particular, también esta dirigida a la satisfacción concreta de los intereses individuales y, por esa vía se convierte en el fundamento de la legitimidad del Estado y la consecución del estado de Derecho.

Este trabajo está dividido en cuatro capítulos, el capítulo Primero comprende: cuestiones generales, La tutela cautelar, fundamento, instrumentalidad y diferencias con otras figuras análogas; Capítulo Segundo abarca: Fundamento Constitucional y legal de la Tutela Cautelar; el Capítulo tercero comprende: El proceso Cautelar como tutela de un derecho. Y por último el capítulo Cuarto nos habla de la tutela anticipatoria, de esta forma me permitirán cumplir de la mejor manera mi propósito. De lo antes expuesto podemos afirmar que es el proceso cautelar unos de los medios mas idóneos para garantizar el estado de derecho siendo esta su misión: tutelar el mismo.

INDICE GENERAL

	Págs.
PORTADA	
DEDICATORIA	iii
RECONOCIMIENTO	iv
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
EL SISTEMA CAUTELAR	
A. Cuestiones Generales	4
B. La Tutela Cautelar	5
C. Fundamento doctrinal	16
D. Instrumentalidad Cautelar	26
E. Semejanzas y diferencias con figuras análogas:	33
Tutela Sumarial.	

CAPITULO II

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

DE LA TUTELA CAUTELAR

A. Fundamento Constitucional.	34
1. Desde el punto de vista del juez	36
2. Desde el punto de vista del legislador	41
B. Limitaciones Constitucionales:	43
1. por parte del legislador	44
2. Por parte del juez.	54
C. La Tutela Cautelar en la legislación Venezolana	61
D. La Tutela Cautelar en otras Legislaciones.	64

CAPITULO III

EL PROCESO CAUTELAR COMO TUTELA

DE UN DERECHO

A. Derecho a una tutela judicial efectiva.	74
B. Derecho a una efectividad de la sentencia.	86
C. Como una satisfacción jurídica	91

D. Jurisprudencias.	96
---------------------	----

CAPITULO IV

LA DISTINCIÓN CAUTELAR:

La Tutela Anticipatoria.	102
--------------------------	-----

CONCLUSIÓN	112
-------------------	-----

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	115
-----------------------------------	-----

CAPITULO I

SISTEMA CAUTELAR

Es el proceso cautelar unos de los medios más idóneos para garantizar el estado de derecho siendo su misión: tutelar el mismo.

Por lo que es necesario que este prevista en la legislación venezolana, debido a que solo así, podrán el juez otorgarlas para favorecer el derecho reclamado por el actor a la hora de obtener una sentencia.

A. CUESTIONES GENERALES

Cuando los hombres establecen las bases de una organización estatal y renuncian al estado primitivo, se establece un vinculo de derecho mediante el cual existe una renuncia explicita a la justicia por sus propias manos, reservan al Estado la función de dirimir los conflictos entre particulares. Para garantizar que los particulares no sintieran la necesidad

de ejecutar sus propias decisiones, el Estado ha instituido la llamada jurisdicción a través de los cuales los particulares deberían encontrar remedio pronto y seguro a sus controversias.

Para Ortiz (1997, 86) quien nos dice:

“El sistema cautelar está sustentada sobre dos coordenadas; por una parte la noción de derecho cautelar que implica que los justiciables tienen la facultad de garantizar los resultados del juicio contradictorio que se dilucida en el proceso principal; y en segundo lugar, la justicia material preventiva que atiende a al sistema de medidas considerada como una función del órgano jurisdiccional”.

Por lo que importa a todo litigante estar seguro de los resultados del juicio y prevenirse contra el peligro de que, por mala fe o por negocios posteriores a la incidencia del litigio, su adversario enajene, oculte o grave sus bienes y se encuentre en estado de insolvencia cuando haya de ejecutarse el fallo definitivo recaído contra él. Quedar burlado después del triunfo judicial, sin poder a veces entrar en posesión 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 moderno han querido evitar a los litigantes, autorizando al efecto medidas preventivas mas o menos eficaces.

B. LA TUTELA CAUTELAR

Antes de adentrarnos en el tema de la tutela cautelar es importantes que definamos ciertos conceptos importantes y vinculante.

Por lo que es bueno definir a la acción y para ello utilizaremos lo señalado por Balzan (1986, 67) quien las define como:

“El derecho que tienen los particulares de dirigirse a los órganos jurisdiccional, mediante el proceso, pidiendo se les proteja el derecho sustantivo que se auto asignan”.

Siendo la acción ese derecho de acudir al órgano jurisdiccional traemos lo enfatizado por Couture (1981, 40) quien define a la jurisdicción

“a la actividad realizada por los órganos competentes por el Estado, para resolver un conflicto o controversia de intereses, mediante una sentencia sea susceptible de ejecución”.

Ese ejercicio de la acción va a configurar la importancia de la tutela jurisdiccional, puesto que, el proceso comienza cuando acudimos a al órgano jurisdiccional.

En cuanto al concepto de jurisdicción no es posible dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos por lo que ahondaremos en esa

potestad del Estado de su función como lo es administrar justicia, para ello traemos lo enfatizado por Ortiz (1997, 7) quien dice:

“la función jurisdiccional además de tener como misión reservarse la solución de los conflictos y evitar la justicia particular, también está dirigida a la satisfacción concreta – material o potencial- de los intereses individuales y, por esta vía se convierte en el fundamento de la legitimidad del Estado y la consecución del estado de Derecho.”

En ese mismo orden de idea debemos tener claro la definición de jurisdicción por lo que el procesalista Humberto Cuenca (1965) señala:

“Es toda actividad pública del Estado destinada a dirimir conflictos y de allí las distintas clases de jurisdicciones, especialmente civil y administrativa, para distinguir la función judicial de la ejecutiva”. (p 73)

De igual manera para Chiovenda (1997, 233) la jurisdicción es la función del Estado que tiene por fin:

“la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”.

Si tomamos en cuenta lo señalado anteriormente podemos entonces decir que la acción sería, pues, el acto a ejercer o hacer valer un derecho, acción esta que otorga el derecho a una concreta tutela jurisdiccional

dirigido frente al Estado -puesto que el tribunal no es sino un órgano del Estado- y respecto de un adversario, derecho este cuya satisfacción consiste en la sentencia que concede dicha tutela al actor.

De Igual forma Cuenca (1957, 76) al tratar de explicar lo importante de la jurisdicción señala que:

“la jurisdicción proporciona los medios para la reparación del derecho lesionado que calamandrei denominó tipos de garantías jurisdiccionales, que si bien no es su única función, sin embargo tiene profunda relevancia. ahora, esta consideración de extraordinariedad en nada merma el carácter de la jurisdicción como función soberana del Estado como verdadero derecho subjetivo de los particulares”.

De la misma manera Gómez (1979, citado por Ortiz, 2000, 7) define la función jurisdiccional como:

”La función del Estado que se desarrolla en el proceso; el proceso es el mecanismo a través del cual se asegura esta función y, al mismo tiempo, la jurisdicción es un presupuesto del proceso, y el primero de todos”.

De tal forma que la labor jurisdiccional se manifiesta y debe traducirse necesariamente en un proceso revestido de las formalidades necesarias, establecidas por el legislador, para que el juez, las decreta, y así pueda

garantizar a los justiciables que la decisión del juez será justa y equitativa pero sobre todo se ajustará a derecho.

Hechas las consideraciones anteriores Carnelutti (1997) señala:

“a propósito de la acción cautelar jurisdiccional, ha de observarse que como la acción jurisdiccional en general no es poder de obtener una decisión favorable, sino sólo de obtener una decisión, del mismo modo esta acción cuando es cautelar no consiste en un poder de obtener la medida cautelar, solo una decisión en vía cautelar” (p 243).

Es claro determinar que el Estado ejerce esa jurisdicción solo cuando logra solucionar los diferentes conflictos que surge entre los ciudadanos, siendo ésta una de sus funciones primordial: satisfacer las necesidades jurídicas.

Por lo que atendiendo a lo dicho anteriormente y para dar continuación de la jurisdicción como un complemento e instrumento de la legalidad podemos referirnos a lo señalado por Rengel (1992, 34):

“Entre la jurisdicción y la sentencia existe una estrecha relación que existe entre una función y el acto propio de la misma. Sin la función jurisdiccional sustitutiva de la autodefensa en el Estado moderno, no puede darse la sentencia;

y a la vez ésta no podrá existir como actos de tutela jurídica sin el desenvolvimiento de los actos propios de la función jurisdiccional de las cuales la sentencia es el acto final”.

De lo antes expuesto se puede afirmar que la jurisdicción y la legitimidad son nociones correlativas, debido a que no hay verdadera jurisdicción si el estado no tiene legitimidad.

Al hablar de tutela es bueno referirnos a las conclusiones establecidas por Ortiz (1907, 82):

- “1. Que la primera finalidad del Estado es garantizar a los ciudadanos el goce y uso efectivo de su libertad y el pleno ejercicio de sus derechos.
2. Que el Estado a través de sus órganos y entre ellos los órganos jurisdiccionales, tienen una función de protección, amparo, defensa, custodia o cuidados de personas e intereses”.

A la par de estas consideraciones se impone pensar que el proceso, en definitiva, en cuanto medio para hacer plena la jurisdicción se vincula con la finalidad misma de garantizar el estado de Derecho, esto es, salvaguardar a los ciudadanos contra los abusos, arbitrariedades y las injusticias bien sea del propio Estado, bien sea de los particulares y ello justifica además su existencia y la organización tribunalicia. Teniéndose en cuenta que el ejercicio de esta jurisdicción no traerá como consecuencia que al vencido se le viole sus derechos.

Por lo que para el mismo autor (1997, 9) quién afirma:

“Si aceptamos como válida las afirmaciones, en el sentido de vincular la ejecución de la sentencia con la función jurisdiccional, entonces las medidas cautelares –en cuanto incidencia autónoma en un proceso principal- también forma parte de esa función, y si bien no es lo mas importante, al menos tienen, desde el punto de vista práctico, profunda influencia en el estado de Derecho”.

En este propósito Chioventa (citado por Ortiz, 1997, 10) de manera semejante dice:

“Hay que relacionar la ejecución con el fin del proceso, no sólo cuando en el curso de la ejecución surgen cuestiones que es necesario dirimir (ya sobre la existencia de la acción ejecutiva, ya sobre las distintas medidas ejecutivas) tenemos jurisdicción, sino que la aplicación misma de las medidas ejecutivas es jurisdicción, puesto que está coordinada a la actuación de la Ley.”

Si bien es cierto que la función jurisdiccional va a determinar la función del Estado frente a los particulares no es menos cierto que esta administración de justicia debe estar preconstituida en una norma en donde quede plasmada la voluntad abstracta del legislador. Una vez establecida los parámetros señalados por el legislador, entonces, podríamos ejercer esa función jurisdiccional.

Debido a esto es bueno traer a colación a Ortiz, (1997, 10) quien señala:

“la jurisdicción y la legitimidad son nociones correlativas, debido a que no hay verdadera jurisdicción si el Estado no tiene legitimidad, y esa jurisdicción se manifiesta en el conjunto de reglas que debe guiar la conducta de los particulares y de los órganos jurisdiccionales para verificar no sólo la realidad de lo alegado sino también la aplicación de la voluntad concreta de la Ley . Por lo que debe entenderse que el momento jurisdiccional no se agota o no se cumple con la mera declaración formal del derecho, sino que requiere también conocer que, materialmente, tal declaración se haga efectiva. Por esta razón se ha abandonado la tesis según el cual el proceso culmina con la sentencia, y en lugar se plantea que la ejecución de la sentencia forma parte de toda estructura procesal ”.

Esa tutela jurisdiccional resultaría así de simple seguridad, equivalente a una forma de tutela preventiva y no satisfactiva del probable derecho material o procesal al que se presta auxilio judicial. Dentro de la prevención, distingue la destinada a impedir el cambio de situación conservativa y la que procura determinar el cambio de la situación – innovativa- ,requiriéndose para ambas como elemento necesario, las formas del proceso cognoscitivo, aun cuando éste posteriormente llegue a ser absorbido por el proceso principal.

Por lo que es bueno señalar lo que significa tutela y para ello usaremos el concepto emitido por Cabanellas (1989, 233) quien la define como: “en

general, toda suerte de protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intereses”.

Cabe decir que, la teoría de la tutela cautelar se relaciona con el denominado proceso de conocimiento, institución de reciente data en el derecho procesal moderno. Fue concebida por los grandes maestros italianos, constituyendo una modalidad especial de la tutela jurisdiccional eminentemente declarativa, a partir de la concepción de un tipo de proceso dominado por el principio dispositivo. Por lo que es bueno señalar lo reiterado por Calamandrei (1945) los italianos hablaron del proceso cautelar, dándole diferentes clasificaciones y observándolos desde diferentes puntos de vista; pero la mayoría, han mantenido criterios de que el proceso cautelar es un proceso especial.

Razón por la cual el proceso cautelar se introduce así, como *tertium genus* (denominación que se aplica para caracterizar una posición distintas entre dos clásicas y al parecer irreductibles o únicas) de proceso contencioso, junto al proceso de cognición y al de ejecución.

La nociones de legitimidad y estado de Derecho son equidistante de la misma realidad: la vida del individuo en el marco de las sociedades organizadas. Sin duda, los órganos por excelencia, llamados a salvaguardar el estado de Derecho y por consiguiente la legitimidad del Estado mismo están agrupados bajo la denominación de poder judicial o jurisdiccional.

Para Carnelutti (1997, 62) llama cautelar al proceso que “en vez de ser independiente sirve para garantizar el buen fin de otro proceso”.

Siguiendo esta idea podemos citar al mismo autor (1997, 68) quien nos dice:

“a propósito de la acción cautelar jurisdiccional, ha de observarse que como la acción jurisdiccional en general no es poder de obtener una decisión favorable, sino solo de obtener una decisión, del mismo modo esta acción cuando es cautelar no consiste en un poder de obtener la medida cautelar, sino sólo una decisión en vía cautelar”.

Basándonos en las ideas del autor anterior podemos decir que las medidas cautelares, en tanto que función jurisdiccional, cumple no solo la misión de la tutela del estado de Derecho, sino también la seguridad en la satisfacción de los particulares. De modo que estas medidas tienen una doble misión o una doble finalidad: por una parte, una finalidad mediata que consiste precisamente en la preservación del estado de Derecho y la legitimidad del Estado mismo; pero existe también una finalidad inmediata, que es aquella que tiene que ver con la seguridad para el titular del derecho que una vez recorrido las fases del proceso, la ejecución de la sentencia dictada por el juez no sea ilusoria. Esto se debe a que la parte que se sabe vencida pueda deshacerse de los bienes y de esa manera se haría muy difícil hacer efectiva materialmente la obligación fijada por la decisión jurisdiccional.

Para Quintero (citado por Ortiz, 1997, 14) señala sobre la finalidad de estas medidas:

“están encaminadas a evitar que el derecho del litigante triunfador quede burlado por la mala fe y la viveza del contrario, que, aunque perdedor, podríamos considerarlo hasta ganancioso en cierta manera, pues bien sabido es de nosotros

que en nuestra legislación esta prohibida la prisión “por incumplimiento de obligaciones civiles”.

El legislador procesal venezolano estableció la potestad del juez de dictar una providencia preventiva, si considera, que existe una posibilidad de que la parte sea vencida en el proceso puede deshacerse de los bienes y de esta manera se haga muy difícil efectiva materialmente la obligación fijada por una decisión judicial.

Con el único fin de evitarse que la justicia sea burlada y que no haya una verdadera justicia, pues nada hace un individuo que acude a los órganos jurisdiccionales a satisfacer una pretensión y victorioso de este proceso que para nadie es un secreto que son lentos y costoso, y solo le queda una sentencia inejecutable. Razón por la cual el legislador, da la posibilidad al juez de otorgar medidas preventivas.

Para Enrico (citado por Ortiz 1997, 8) ha establecido que:

“por más que se aclaren los tiempos del proceso de cognición, por mas que se simplifiquen las formas del proceso ejecutivo, no puede la tutela jurisdiccional responder nunca en el instante mismo en que se le invoca, con prontitud tan fulmínea, que impida que, entre el momento en que el demandante acuda a la justicia y el momento

en que ella provee, trascorra un lapso que en ciertos casos haga menos provechosa y hasta ineficaz la providencia”.

Igualmente el mismo autor (citado por Ortiz, 1997):

“La lentitud de los mecanismo judiciales es la fuente primordial de su descrédito en la opinión común: hacer esperar tanto el reconocimiento oficial del derecho, que cuando llega por fin la sentencia no se lo pueda ya hacer valer últimamente, equivale prácticamente a desconocerlo: al punto de que, en el sentimiento popular, va en ello la confianza misma en la autoridad judicial, cuyo largos trámites pueden parecer a los profanos hechos de intento para dar modo a los deshonesto de que escapen a tiempo de las redes de la justicia”(p. 9).

Es aquí donde las medidas cautelares se vinculan estrechamente con la función jurisdiccional, para garantizar que la tardanza de los procesos judiciales de cognición no signifique la negación del derecho mismo; de modo que la misión de asegurar preventivamente el derecho reclamado es, al mismo tiempo, un momento de la función jurisdiccional; y debe el Estado de garantizar este derecho, logrando así que cumpla, el fin único de nuestra legislación: la justicia.

C. FUNDAMENTO DOCTRINAL DE LA TUTELA CAUTELAR

El ordenamiento jurídico impone que procedan una serie de actos, a través de los cuales y en contradicción entre las partes, son aportados los

hechos, se produce las pruebas de las alegaciones y se introducen argumentaciones jurídicas, proporcionándose al órgano jurisdiccional el material necesario para que dicte una sentencia acertada y justa.

En el mismo orden de idea Carnelutti (1971, 415) conceptualiza el proceso cautelar como “la garantía del equilibrio inicial de las fuerzas entre las partes a fin de evitar que la duración del proceso se resuelva en una alteración del mismo”.

De igual forma Orterlls (2000, 24) define la tutela cautelar como:

“el instrumento jurídico-procesal que tiene por función evitar que esto último suceda, mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto”.

Para Ostells (2000, 42) la naturaleza jurídica de la tutela cautelar da lugar al planteamiento de diversos problemas que en algunos casos tiene importantes consecuencias prácticas. Debido a que es confuso la actividad de estas instituciones. Por lo que el mismo autor (2000, 43) en un análisis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (2001) dice:

“ a) ¿Proceso Cautelar o medidas cautelares?. Respecto a la configuración de conjunto de la actividad cautelar se suscita

básicamente un problema de orden sistemático, tanto de sistemática doctrinal (como debe encuadrarse aquella actividad en la sistematización de las instituciones procesales) como legislativa (qué lugar debería ocupar en una ley procesal correctamente ordenada.”

El proceso es una actividad de resultados inciertos. Ello ha de conducir a que se valore también desde la previsión de un resultado favorable al autor en que ha de consistir un ejercicio correcto de la potestad jurisdiccional.

Calamandrei (1945, 31) quien ha estudiado las medidas cautelares desde tres puntos de vista señala que:

“ el primero desde el perfil de la “acción” (acción asegurativa o cautelar) que se dirige a la emanación de ellas; bajo el perfil del “proceso” (proceso cautelar, y a través del cual se obtienen las providencias cautelares; y finalmente bajo el perfil de la “providencia” por sí misma (providencia cautelar), que se distingue de las otras providencias jurisdiccionales por sus propios caracteres”.

Se puede decir, entonces, que si estudiamos la teoría de la tutela cautelar se relaciona con el denominado proceso de conocimiento, institución de reciente data en el derecho procesal moderno y que a lo largo del tiempo fue concebida por los grandes maestros italianos (calamandrei),

constituyendo una modalidad especial de la tutela jurisdiccional eminentemente declarativa, a partir de la concepción de un tipo de proceso dominado por el principio dispositivo.

Carnelutti (1997, 110) dice:

“que con el ejercicio de tal acción, se involucra una pretensión –de cautela-; se decide sobre ella –decreto cautelar-, se otorga sobre ella el derecho de contradicción –oposición de partes o de terceros- y está dotado de un procedimiento de las medidas preventivas. Por lo que llama cautelar al proceso que en vez de ser independiente sirve para garantizar el buen fin de otro proceso”.

Calamandrei (1945, 79) inclinado hacia la consideración de las medidas cautelares bajo el perfil de las providencia por si misma (providencia cautelar) considera que:

“Toda clasificación de las acciones que se funde en la diversa naturaleza de la providencia judicial a que tiende la acción, lo mismo que toda clasificación de los procesos que se funden en los fines que las partes se proponen alcanzar a través de las providencias, a que el proceso se dirige, se resuelve en realidad en una clasificación de los varios tipos de providencias, respecto de las cuales los varios tipos de acción o de proceso no son mas que un accesorio y una premisa”.

Eso significa que el ejercicio de la acción cautelar va a estar envuelta o vinculada a la providencia cautelar. Para Chiovenda (1997, 46) quien sostuvo que:

“el poder jurídico de obtener una de esas resoluciones es una forma autónoma de acción (acción aseguradora) y es mera acción que no puede considerarse como accesorio del derecho asegurado (cautelado) porque existe como poder actual cuando aún no se sabe si aquel derecho existe; e ínterin, el demandado no tiene obligación ninguna de cautela antes de la resolución del juez, Y también aquí el derecho a la resolución de cautela es un derecho del Estado fundado en las necesidades generales de la tutela del derecho: la parte solo tiene el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto”.

De lo señalado anteriormente podemos deducir que el primer dato a considerar para comprender la razón de ser de la ordenación jurídica de la tutela cautelar es el de que la resolución con eficacia para incidir sobre la esfera jurídica de las partes procesales, no puede obtenerse, por regla general, sin más e inmediatamente después de que sea pedida, cumpliéndose para ello los requisitos establecidos por el legislador.

En este sentido Liebman, (1980 citado por Sánchez, 1995, 8) asevera:

“a la cognición y a la ejecución con la que la jurisdicción cumple el ciclo entero de sus funciones principales, se agrega una tercera actividad, que tiene una finalidad auxiliar y subsidiaria, y es la actividad cautelar. La misma está dirigida a asegurar, a garantizar el eficaz desenvolvimiento y el proficuo resultado de las otras dos, y concurre, por eso, mediatamente a la obtención de los fines generales de la jurisdicción, de modo que tal actividad dirigida a poner en acto una cautela, esto es una providencia que tenga el objeto y efecto indicado se llama acción cautelar”.

Por lo que al no cumplirse con el efecto jurídico previsto por una medida cautelar solo traería como consecuencia el descrédito de la justicia.

Por lo que es bueno señalar lo dicho por Ortells (2000, 37)

“ La demora del momento en el cual el actor podrá obtener la plena satisfacción de su pretensión, no merece mas que una valoración negativa. En primer lugar, porque la intermediación del proceso entre el momento en que, según el Derecho material, debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante la sentencia y, en su caso, mediante la ejecución forzosa, implica ya de por sí que el proceso no cumple, con perfección ideal, su función de realización del Derecho. En segundo lugar , aquella demora supone la posibilidad, de que el demandado realice actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción que la sentencia venga, al final, en conceder al actor. De ese modo el actor no obtendría ni siquiera una satisfacción tardía, lo que sin duda es más grave”.

Es el fenómeno procesal donde se manifiesta la institución de las medidas cautelares. No cabe duda, entonces, que la institución de las medidas cautelares está enmarcada no sólo en el marco de la legitimidad sino del poder jurisdiccional, sino para proteger el estado de derecho.

Para Guasp (1977, citado por Sánchez, 1995, 21) nos dice “que el objeto del proceso cautelar es facilitar un proceso principal con el cual aparece

vinculado, evitando que se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial” .

De igual forma Jellinek nos afirma (1999, 365) “ las funciones materiales del Estado nacen de la relación entre la actividad del mismo y sus fines. A causa de los fines jurídicos, tiene el Estado que dirimir su actividad a la implantación y protección del derecho”.

Es evidente que las afirmaciones anteriores dejan claro la esencia protectora de la tutela cautelar de los derechos del actor y la actitud del Estado en el ejercicio de esa jurisdicción para la resolución efectiva del proceso.

Sin embargo debemos tener claro cuales son las tutelas cautelares y para eso es necesario referirnos a lo señalado por Ricci (1995, citado por Marioni, 2000, 33) a referirse: “que solo deben ser llamadas cautelares aquellas tutelas que se destinan a tomar posible la satisfacción del derecho sin provocar su inmediata satisfacción”.

aquellas tutelas que se destinan a tomar posible la satisfacción del derecho sin provocar su inmediata satisfacción”.

Cabe agregar lo señalado por Couture (1981, 17)

“les señala como objeto a tales medidas el de asegurar o garantizar el restablecimiento de la significación económica del litigio, a fin de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo, como es evitar la especulación con la malicia, señalándoles así un doble propósito: moral y material”.

Si tomamos en cuenta todo lo dicho anteriormente podemos concretar que al examinar la naturaleza jurídica de la tutela cautelar da lugar al planteamiento de diversos problemas, que en algunos casos tiene importantes consecuencias prácticas y para ello utilizaremos lo mencionado por Ostells (2000, 42) en un análisis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (2001) entre ellos tenemos:

“a. ¿Proceso Cautelar o Medidas Cautelares?

Respecto a la configuración de conjunto de la actividad cautelar se suscita básicamente un problema de orden sistemático, tanto de sistemática doctrinal como legislativa.

b. Medidas Cautelares y Garantía jurídico-privadas de los derechos
En ocasiones nuestra doctrina civilista se refiere al embargo preventivo, considerándolo como una de las garantías del derecho de crédito.

c. La Naturaleza Procesal de las Normas Reguladora de la Tutela Cautelar y su Consecuencia en el Ámbito de vigencia territorial y temporal”.

Sobre el primer particular ya Ostells (2000, 23) aclara:

“que la actividad jurisdiccional cautelar puede considerarse como un proceso por si mismo y diferente de los procesos de declaración y de ejecución, que se haya al servicio de una función jurisdiccional diferente a la de declarar el Derecho en el caso concreto y a la de realizar forzosamente ese derecho”.

Con referencia a lo anterior se puede mencionar a Guardiola (1972, 577 citado por Ostells, 2000, 45) puntualiza:

“la anotación registral del embargo inmobiliario puede ser estimada como medida de garantía del crédito pero sólo indirecta y mediatamente, puesto que el instrumento de garantía es aquí el embargo mismo, como concreción de la responsabilidad del deudor sobre determinados bienes”.

Efectivamente, aunque, el embargo preventivo tenga naturaleza jurídica procesal, la posición que el Derecho procesal ocupa en el conjunto del ordenamiento está funcionalmente caracterizada por su destino a tutelar, garantizar, proteger los derechos y otras situaciones favorables delimitadas y configuradas por otro sectores del ordenamiento.

La posibilidad de impedir la realización del embargo mediante prestación de fianza, es claro, que no es obligación del demandado, sino una carga suya para evitar que el embargo sobre objeto, originará mayor perjuicio.

De acuerdo a esta concepción, el embargo preventivo quedaría alineado con las garantías jurídico-materiales del crédito, integrándose en el grupo de supuestos existentes en el Derecho positivo.

En razón de este planteamiento surgen criterios como lo señalado por De León (citado por Ostells, 2000,47):

“tanto el derecho a la constitución de la garantía jurídico-materiales es la genérica posibilidad de insatisfacción del derecho del acreedor, frente a la cual protegen a éste mediante un reforzamiento de las posibilidades de cobro que excede de la ordinaria responsabilidad patrimonial”.

En segundo término, el mismo autor señala que las garantías jurídico-materiales existen la obligación de prestarla independientemente de la pendencia del proceso. Pueden ser constituidas sin necesidad de intervención judicial, cumpliendo el deudor voluntariamente su obligación de prestarlas. Por lo contrario, el embargo preventivo y las demás medidas cautelares sólo pueden adoptarse en relación con un proceso y la práctica de las mismas no pueden entenderse como cumplimiento de una obligación del demandado, sino como sujeción de mismo al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En tercer lugar y siguiendo la idea de los autores anteriores se puede citar a Carreras (citado por Otells, 2000, 49)

“ No se excluye que ante la falta de satisfacción voluntaria tanto el derecho a que se presten las garantías, cuanto de los derechos derivados de las mismas, tenga que recurrir el acreedor al proceso para obtener la satisfacción mediante la actividad jurisdiccional.”

La determinación de que el embargo preventivo y las medidas cautelares en general tienen naturaleza jurídico procesal tiene una serie de consecuencias.

D. INSTRUMENTALIDAD CAUTELAR

La característica esencial de las medidas cautelares es su instrumentalidad. Su definición ha de buscarse más que sobre la base de criterio ontológico, en un criterio teleológico: no en la cualidad – declarativa o ejecutiva- al que su eficacia está preordenada.

El concepto de instrumentalidad de Calamandrei (citado por La Roche 1997, 290) se puede definir en esta escueta frase: “ ayuda de precaución anticipada y provisional”.

Sin embargo para La Roche , (1997, 290)quien dice:

La instrumentalidad es hipotética porque sólo existe en la hipótesis que el contenido de la providencia principal sea a favor del que ampara la medida cautelar; y diríamos aún más, que es hipotética también en la hipótesis que se dé el juicio principal futuro. En este caso, la medida cautelar tiene una instrumentalidad eventual; está destinada a precaver el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados sus efectos. Presentan una anticipación mucho mayor de lo que de por sí le es propia a toda medida cautelar, llegando a decretarse antes de que exista el juicio, en virtud de una disposición legal especial “.

El procedimiento cautelar carece de autonomía funcional, pues siendo su finalidad asegurar la eficacia practica de la sentencia que se dicte en el proceso, tal procedimiento estará unido a éste por un vinculo de instrumentalidad o subsidiaridad.

Tal como lo señala Palacio (1972 citado por Sánchez, 1995, 23) dice “que la tutela cautelar presta una tutela inmediata que sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de la justicia”.

Para Calamandrei (1945, 21) elaboró una formulación bastante precisa, que la doctrina ha aceptado mayoritariamente, cuando define a la instrumentalidad de las medidas cautelares:

“no son nunca fin en si mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la enmarcación de una resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente. Hay pues en las resoluciones cautelares, más que el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá a su vez para actuar en el derecho.

Esta instrumentalidad significa entonces que el procedimiento cautelar no tiene un fin en si mismo, sino que constituye un accesorio de otro principal del cual depende y a la vez asegura el cumplimiento de la sentencia que en éste se dicte.

Igualmente, por esta circunstancia, por ser accesorio, no existe en nuestro proceso la acción cautelar principal; en tal sentido, mientras no se proponga la demanda, no podrá solicitarse la medida preventiva.

En este mismo orden de ideas Carnelutti (1997, 44) señala:

“ Las cautelas no constituyen un fin en sí misma, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva del proceso principal en el cual se dictan y se encuentran inevitablemente ligadas a la providencia a la cual han de rendir su tributo”

Para Cuadrado (1992, citado por Sánchez, 1994, 26) “La tutela cautelar ha sido prevista por el legislador como medio a través del cual pueda

perseguirse que otro medio, el proceso, funcione eficazmente, haciendo realidad esa afirmación teoriza de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

Atendiendo al concepto anterior Rocco (1977, citado por Sánchez, 1994,

24) afirma:

“ que para el caso de las cautelas, la instrumentalidad por sí sola no alcanza a mostrar la identidad de ésta frente a otra institución procesa, por ello será necesario reunir las notas que unidas delimiten al máximo su esencia... Por lo tanto, la instrumentalidad es una nota característica de las cautelas, toda vez que son instrumento del instrumento sentencia y si se quiere la mas importante, pero debe estar acompañada de otras tales como la provisionalidad y mutabilidad, para que se pueda integrar el concepto de cautelas”.

En el orden de las ideas anterior, puede señalarse a Quiroga citado por

Sánchez, 1991, 25):

“Para el caso de las cautelas, la instrumentalidad por sí sola no alcanza a mostrar la identidad de ésta frente a otra institución procesal, por ello será necesario reunir las notas que unidas delimiten al máximo su esencia...Por lo tanto, la instrumentalidad es una nota característica de las cautelas, toda vez que son instrumento del instrumento sentencia y si se quiere la mas importante, pero debe estar acompañada de otras tales como la provisionalidad y mutabilidad, para que se pueda integrar el concepto de cautelas”.

Atendiendo a los criterios anteriores se señalar que son manifestaciones

de esta característica esencial de las medidas cautelares las siguientes:

1. Solo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal y en el caso de que puedan obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso dentro del cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada.

2. Deben extinguirse cuando el proceso principal termine.

3. Consisten en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas, que, por regla general, coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con éstos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter provisional. En todo caso, la instrumentalidad de la medida cautelar la hace incidir con intensidad variable sobre la situación jurídica. A la que se refiere la pretensión del proceso principal y sobre la que se proyectará la sentencia que éste se dicte.

Por lo que, la relación entre la medida cautelar y el proceso principal, impone la relación del medio al fin, entre la medida que se adopte y el posible contenido de la sentencia.

E. SEMEJANZAS Y DIFERENCIA CON FIGURAS ANÁLOGAS: LA TUTELA SUMARIAL

La característica esencial que define una medida cautelar y la distingue de instituciones procesales próximas a aquella es la instrumentalidad.

Por lo que Ortells y Calderón (1996, 9) distinguen la tutela sumarial de la tutela cautelar:

“La característica de la instrumentalidad así entendida, permite distinguir las medidas cautelares de la tutela jurisdiccional que se dispensa en un proceso sumario, y ello aunque esta última se establezca, a veces, con el fin de evitar la frustración de ciertos derechos, a causa de la mayor duración de un proceso plenario. A diferencia de la medida cautelar que se adopta a la espera de la sentencia del proceso principal y está destinada a desaparecer con ella, la sentencia de un proceso sumario puede permanecer indefinidamente eficaz, siendo causal que su estabilidad se vea afectada por un proceso plenario posterior, que el favorecido por aquella sentencia no tiene la carga de instar”.

Por lo que esta instrumentalidad conduce a negar la naturaleza de medida cautelar a la práctica anticipada o aseguramiento de la prueba. Por lo que los mismos autores señalan: “La única clase de sentencia a la que puede seguir una ejecución es la sentencia de condena” (p. 10).

Esta concepción estricta de instrumentalidad conduce también a negar naturaleza de medida cautelar a la práctica anticipada o aseguramiento de la prueba.

Por lo que la característica esencial que define una medida cautelar de instituciones procesales próxima a aquella es la instrumentalidad.

Entendiéndose de que las medidas cautelares, no constituyen una finalidad en sí misma, sino que se halla vinculada a la sentencia que se puede dictar en un proceso, es decir su función viene a hacer asegurativa.

La medida cautelar, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que puede dictarse en el proceso principal, por la función de asegurar su efectividad práctica.

Finalmente se puede que el hombre es por esencia libre, es decir, no está sometido a la causalidad natural de otros fenómenos sino que es un ser capaz de ponderar razones y de escoger y determinar su conducta entre un complejo motivacional propio. Por lo que el Estado debe ser vigilante

de la seguridad y justicia de los ciudadanos y para ello debe ejercer esa jurisdicción que le establece nuestra Constitución Bolivariana de la Republica de Venezuela, debido a esto todo ciudadano que acude a un órgano con la función de administrar justicia debe procurársele una tutela judicial efectiva de sus derechos y para evitar la ilusoriedad de ese fallo se le otorgue una tutela cautelar; todo esto desde un marco legal y constitucional.

CAPITULO II

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA TUTELA CAUTELAR.

No cabe duda que siempre que en las constituciones nacionales de los países se habla de la administración de la justicia, se hace referencia implícita a las medidas cautelares. Esa administración de justicia no puede culminar con una sentencia, que se convierta en burla, por parte del obligado a cumplirla.

Por lo que podemos asegurar que es la esencia de la administración de justicia es ser efectiva y si ello es así, son inherentes a esa efectividad las cautelas.

Estas cautelas presentes en todas las legislaciones vienen a configurar la seguridad de la función jurisdiccional del Estado.

A. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

La primera problemática primaria a solventar es si el establecimiento por el legislador de regímenes de tutela judicial cautelar se debe absolutamente a su libertad de configuración normativa o responde, en alguna medida, a la imposición de alguna norma constitucional.

Si la segunda opción de la alternativa es la correcta y si la norma constitucional fuera una de las que reconocen derechos fundamentales, hay que preguntarse, a la vista de la doctrina del tribunal constitucional, en qué casos ha entendido este Tribunal que un juez ordinario ha violado el derecho de obtener tutela cautelar, y, también, que ha entendido el Tribunal Constitucional que podía revisar el enjuiciamiento del juez ordinario como paso para apreciar aquella violación.

Para Taruffo (citado por Parra, 2000, 5) quien a título de pregunta dice:

“ En cuanto a la necesaria efectividad de la tutela jurisdiccional, es un principio cuya validez se encuentra ya uniformemente reconocida, pero que tiene contenidos todavía inciertos y mal definidos en muchos aspectos. Así, por ejemplo, no es claro si el derecho a una tutela judicial efectiva comprende también el

derecho a servirse de medidas cautelares adecuadas como deberán configurarse éstas para adaptarse a las diversas situaciones concretas”.

En este mismo orden de ideas Rengel (1995, citado por Gutiérrez,1988, 148):

“Sería incurrir en una hipertrofia inadmisibles desconocer la autonomía propia del Derecho Constitucional y la del Derecho Procesal, si se considera comprendido en el objeto del primer Derecho, el estudio de los diversos aspectos de la jurisdicción. Es cuestión de diferenciar la función de la jurisdicción, de su actuación como tal, pertenece la jurisdicción al campo del Derecho Constitucional”.

Debido a esto se puede señalar que el sistema cautelar está vinculado de manera directa a la función jurisdiccional como un medio para una tutela judicial efectiva.

1. Desde el punto de vista del juez

La constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) trata expresamente los principios y garantías para la defensa de los intereses y derechos de los ciudadanos, por lo que los mismos al tener rango constitucional deben ser acatados por el juez. Estos artículos son:

“Art. 2: Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”

“Art. 19: El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e independiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que se desarrollen”.

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

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

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

Es bueno señalar que la constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela ha mantenido su esencia en el sentido de prevalecer la justicia y esto a través de sus órganos judiciales, obligando al Estado velar por lo derechos de sus ciudadanos, aplicándose para ello el debido proceso. Siendo este el interés primordial constitucional: la defensa de los intereses de los particulares cuando acuden al órgano jurisdiccional a ejercer sus derechos. Derecho este representado en su articulado de manera reiterada.

En este mismo orden de idea podemos señalar el Art. 585 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1986) que señala:

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

La concepción moderna del Estado de Derecho presupone como uno de sus fundamentos el que toda acción singular del poder esté justificada en una norma previa; de allí surge el principio de legalidad el cual, concretizado respecto a la Administración, implica el sometimiento de

ésta a la ley y al Derecho, a cuya ejecución ve limitadas sus posibilidades de actuación.

Podemos encontrar la plena potestad de la ejecución en lo expresado por el artículo 588 del Código Civil (1987) cuando dice:

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

Debido a que los casos que había presentado la practica forense de situaciones de peligros evidente y cierto en la mora, no contemplados en ninguna disposición legal del ordenamiento jurídico, así como en los escasos ejemplos del Derecho comparado, originaron en la doctrina, e incipientemente en la jurisprudencia, la figura del poder cautelar general, como una tentativa insegura y novedosa por conseguir el modus operandi para eliminar esas situaciones de verdadero peligro; una tentativa que ha surgido como respuesta a una necesidad: ¿debemos reconocer al juez un poder cautelar general, fuera de los institutos singulares ya consagrados por la ley, en virtud del cual pueda, siempre que haya la inminencia de un daño derivado del retardo, dar una providencia en vía preventiva para

soslayar el peligro en la forma y con los medios que consideres oportunos y apropiados al caso?.

Esta noción positiva del principio de legalidad es en concreto, pilar básico de las Constituciones de España y Venezuela. Así lo contempla el artículo 103.1 de la Constitución española (1999) que:

“La Administración Pública sirve como objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”

De igual modo Otells (2000, 23) analizando la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (2001) nos dice:

“La disposición del Art. 721.2 LEC según la cual la tutela cautelar se podrá solicitar << conforme a lo dispuesto en este Título>> es correcta en cuanto expresión del principio de legalidad procesal en materia de tutela cautelar. En ese sentido tiene el mismo contenido normativo que el Art. 5.1 de LEC, cuando autoriza a pretender medidas cautelares de acuerdo con la ley. La disposición no puede ser entendida, en el sentido de que la regulación de la tutela cautelar se halla solo en este Título. Ni siquiera en el de que se encuentra en él con la única excepción –expresada en el artículo 721.2 LEC aunque para un efecto diferente- de lo dispuesto para los procesos especiales”.

Por lo que la legislación española hace énfasis de que tutelar el derecho de los individuos, a través de las medidas cautelares no solo tiene rango constitucionales, sino que esta deben prevalecer como el medio idóneo de hacer justicia.

2. Desde el punto de vista del legislador

La concepción moderna del Estado de Derecho presupone como uno de sus fundamentos el que toda acción singular del poder esté justificada en una norma previa; de allí surge el principio de legalidad el cual, concretizado respecto a la Administración, implica el sometimiento de ésta a la ley y al Derecho, a cuya ejecución ve limitadas sus posibilidades de actuación.

Podemos encontrar la plena potestad de la ejecución en lo expresado por el artículo 588 del Código Civil (1987) cuando dice:

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

Esta noción positiva del principio de legalidad es en concreto, pilar básico de las Constituciones de España y Venezuela. Así lo contempla el artículo 103.1 de la Constitución española (1999) que:

“La Administración Pública sirve como objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”

En igual forma Otells (2000, 23) analizando la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (2001) dice:

“La disposición del Art. 721.2 LEC según la cual la tutela cautelar se podrá solicitar << conforme a lo dispuesto en este Título>> es correcta en cuanto expresión del principio de legalidad procesal en materia de tutela cautelar. En ese sentido tiene el mismo contenido normativo que el Art. 5.1 de LEC, cuando autoriza a pretender medidas cautelares de acuerdo con la ley. La disposición no puede ser entendida, en el sentido de que la regulación de la tutela cautelar se halla solo en este Título. Ni siquiera en el de que se encuentra en él con la única excepción –expresada en el artículo 721.2 LEC aunque para un efecto diferente- de lo dispuesto para los procesos especiales”.

Aunque el Título VI del Libro III Ley de Enjuiciamiento Civil (2001) no contenga la única regulación de la tutela cautelar civil, sí que formula la regulación mas completa y sistemática. Esto conduce a que, si en el régimen específico de alguna medida cautelar existen lagunas, la

integración de las mismas deba hacerse con aplicación supletoria de las disposiciones de ese título.

Significa entonces que para la legislación española como para la legislación venezolana el sistema cautelar debe estar regulado por el derecho, con el fin de asegurarle al actor que al final del juicio este pueda ser efectivo el derecho alegado, su gran importancia reside, en que al obtener justicia entonces el Estado estaría cumpliendo su rol.

B. LIMITACIONES CONSTITUCIONAL

El legislador venezolano fijó límites para la procedencia y prácticas de las medidas preventivas. Las razones son múltiples, debido a que se busca controlar la acción cautelar, por un interés superior de convivencia, poniendo barreras a interés meramente individual. Por lo que el abuso de las mismas estaría trayendo como consecuencia el descrédito y la desestabilización del sistema.

1. Por parte del legislador

Es conveniente señalar que el legislador venezolano fijó límites y supuestos de procedencia para la práctica de las medidas preventivas, puesto que en el fondo se busca controlar la acción cautelar por un interés superior de convivencia, poniendo barreras al interés meramente individual. Si bien el legislador venezolano nos dice que estos límites están para evitar abusos procesales, lo que subyace es el temor de que una posibilidad de cautela incontrolada, conspire contra el mismo principio que nos llevó a utilizar el mecanismo procesal como método de solución pacífica de controversias.

Por lo que el artículo 586 del Código de Procedimiento Civil Venezolano (1987) dice:

“EL juez limitará las medidas de que se trate este Título, a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar los resultados del juicio. A tal fin si se comprueba que los bienes afectados exceden la cantidad de la cual se decretó la medida, el juez limitará los efectos de ésta a los bienes suficientes, señalándolos con toda precisión.”

En igual forma el mencionado Código (1987) en su artículo 587 señala:

“ ninguna de las medidas de que se 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 lo que , al ser preciso legislador, en cuanto a bienes propiedad de quien en su contra se decreta, evitara que se perjudiquen a terceros.

Con todo, la potestad del órgano judicial queda limitada en orden de tres elementos inexcusables:

- a. La pendencia de una litis y la verosimilitud del derecho y del riesgo de frustración del mismo, según señala el artículo 585 del CPC.
- b. La previsión de la cautela en la medida típica o en procesos sumarios.

Si la providencia cautelar solicitada por el actor bajo una denominación atípica se adecua al supuesto normativo y a la finalidad asegurativa de las medidas preventivas típicas, no hay razón para decretar como innominado lo que ya está nominado y regulado por la ley.

c. También está limitada por la función cautelar en sí; esto es, por la instrumentalidad debe tener respecto a las resultas del juicio. Esta instrumentalidad esencial e inexcusable entre la providencia cautelar innominada y la factibilidad de la pretensión del actor, determina la necesaria homogeneidad de la medida.

Para De Cabiedes (citado por La Roche 1997,329) enfatiza:

“En el sistema de las medidas cautelares se ha puesto de manifiesto la relación de homogeneidad y no de absoluta identidad que debe existir entre la medida cautelar y el derecho sustantivo tutelado: falta esa homogeneidad cuando se pretende asegurar un derecho de crédito mediante un secuestro preventivo”.

El artículo 589 del Código Procedimiento Civil venezolano (1987) dice :

“No se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieran ya decretadas, si la parte contra quien se haya 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”.

Es bueno entender, que el juez tiene la facultad para negar la solicitud de una medida preventiva cuando se de la oferta de la contracautela, se

puede decir que esta figura de caucionamiento es un elemento que tiene su esencia mantener la conveniencia práctica en el orden de las responsabilidades civiles, debido a que estas medidas fueron establecidas para el fin del proceso.

De igual manera el Art. 590 de mismo código señala:

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

Para los fines de esta disposición solo 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”.

Sin embargo el sentido y alcance de las normas indicadas, la noción del abuso del proceso gira virtualmente en torno a la extralimitación en las facultades y poderes procesales del juez y de las partes. De allí que, en todo caso de manifestación procesal que se desvié del fin que le asigna el ordenamiento venezolano, podríamos estar ante el primer elemento que configure el abuso.

Del mismo modo el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil (1987) señala:

“Parágrafo único: Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad y mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o tercero han actuado en el proceso con temeridad y mala fe cuando:

- 1º Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas principales o incidentales, manifiestamente infundada;
- 2º Maliciosamente alteren u omita hechos esenciales a la causa;
- 3º Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso”.

Las medidas preventivas es la esencia del proceso, la misma fue creada para su protección, por lo que esta tener una utilidad para si misma, y no para el capricho de las partes.

En efecto Parra (2003, 5) nos señala, que en virtud de lo previsto en el artículo 29, literal 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y el de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática...” .

Con lo que se puede afirmar que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, y la ley puede fijar libertades. Frente a estos privilegios, el juez, cumpliendo los procedimientos previstos en la ley, sólo podrá inaplicarlos ante el desacato evidente a cumplir lo fallado o ante la aparente o pretendida ejecución de la sentencia por parte de la administración. Por lo que una vez verificados por el juzgador, este podrá no decretarlo si así lo considere.

Como puede observarse Otells (2000, 148) nos trae el criterio limitador estipulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (2001):

“El artículo 726.2 tiene también un significado normativo de carácter negativo o limitador de la configuración que el tribunal puede hacer de las medidas satisfactivas, expresadas así:

1. Las medidas habrán de tener carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en la ley para las medidas cautelares.
2. La referencia al contenido de las medidas como similar a lo que se pretende en el proceso, comporta la regla de que el contenido no debe ser igual al de la estimación de la pretensión principal.
3. Las medidas no habrán de prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”.

La función de la tutela cautelar y las consecuencias que derivan de su instrumentalidad –resultantes del conjunto de la ordenación de esta tutela- excluyen que puedan configurarse medidas cautelares con características contrarias fijadas por el legislador, y lo excluyen sin necesidad de las disposiciones del mismo.

El Artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987):

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

Atendiendo a lo señalado en el artículo anterior podemos darnos cuenta que se prevé dos requisitos de procedibilidad de las medidas preventivas,

a saber: la presunción grave del derecho que se reclama (fomus boni iuris) y la presunción grave que quede ilusoria la ejecución del fallo (fomus periculum in mora).

El fomus boni iuris, 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.

Antes de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1916 el legislador no se conformaba con el fumus, con la presumible verdad del derecho reclamado, para autorizar contra el poseedor medida alguna de coartase su libre disposición de la cosa poseída, sino que exigía , la constancia del derecho reclamado, aunque fuese por declaración de testigo, en caso de ser admisible esta prueba.

De la misma manera Zoppi (citado por Ortiz, 1997, 120) a referirse a este requisito establece:

“Lo que si constituye novedad, por decirlo así, es el requisito de evitar el riesgo de una ilusoriedad en la ejecución 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, aún cuando el viejo Código contemplaba exclusivamente para la entonces conocida medida preventiva-ejecutiva desaparecida en el nuevo Código, y que se acordaba cuando, dictada la sentencia de última instancia el perdidoso anunciaba y se admitía recurso de casación, caso en el cual el Tribunal debía dictar todas las medidas preventivas necesarias, a fin de que no se haga ilusoria la ejecución de la sentencia”.

Como quieras que las medidas preventivas tienen carácter instrumental, estos, son complementarias y coadyuvantes al proceso en que son solicitadas, tienen como fin servir al proceso y en sí mismas no está contenida la razón de la procedencia o improcedencia de la pretensión, será necesario que a tenor del artículo anteriormente transcrito, el juez entre en cierto tipo de análisis de la pretensión planteada y de las circunstancias que rodean la conducta de la persona del deudor. Por otro lado, también existen ciertas excepciones en cuanto a la instrumentalidad inmediata, que en doctrina está conformada por la denominada instrumentalidad mediata.

Significa entonces que de la verificación de estos dos elementos dependerá que el juez acuerde la medida cautelar. En cuanto a las medidas cautelares innominadas, será necesario un tercer elemento, al cual se refiere el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1987):

“cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones grave o de difícil reparación al derecho de la otra”.

Como consecuencia de esto este elemento ha sido calificado por parte de la doctrina como *periculum in damni*.

Aunque en algunos países la ley autoriza el decreto anticipado de las medidas, sujetando a un lapso perentorio la deducción de la demanda donde es postulada la pretensión cuyo cumplimiento precave la medida avanzada ya de antes, en nuestro ordenamiento jurídico no es viable, pese al transcrito texto del artículo 1.930 del Código Civil venezolano (1987), toda vez que el artículo 588, circunscribe a la causa –cualquiera sea el estado o grado en que ésta se encuentra-. Aparte de ello, no prevé la ley lapso preclusivo para la deducción de la demanda, lo cual hace difícil instrumentar por vía pretoria de jurisprudencia esta modalidad.

2. Por parte del juez

La doctrina de las cautelas como derecho explica que una vez acreditado en juicio los extremos exigidos por la norma para la procedencia de la medida, no es potestativo del juez, proceder a decretarla sino mas bien se encuentra obligado a hacerlo. En efecto, la norma principio de las medidas cautelares como lo hemos dicho ya, se encuentra establecida en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil Venezolano y a tal efecto señala: “Las medidas establecidas en este Título las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo”, es decir en ningún momento se deja al libre criterio del juez la oportunidad de decretar la medida sino solo de verificar que los supuestos de hecho están debidamente acreditados o no.

Como también el artículo 586 del Código de Procedimiento Civil (1987) nos dice:

“ El Juez limitará las medidas de que se trata este Título, a los bienes que sean estrictamente necesarias para resultar las resultas del juicio. A tal fin, si se comprueba que los bienes afectados exceden la cantidad de la cual se decretó la medida, el

Juez limitará los efectos de ésta a los bienes suficientes, señalándolos con toda precisión”:

El legislador venezolano estableció el alcance de estas medidas cuando el juez teniéndose en cuenta los requisitos exigidos en la ley haciendo énfasis en que dicha medidas recaerán sobre bienes no solo que sean estrictamente necesarios para las resultas del juicio sino que estos bienes sean propiedad del deudor, para ello tomaremos en cuenta lo estipulado en el Artículo 587 del mismo Código:

“ Ninguna de las medidas de que trata este Título podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean que sean propiedad de aquél contra quien se libere, salvo los casos previstos en el Artículo 599”.

Al señalar el legislado que para que proceda las medidas cautelares estas deben recaer sobre bienes exclusivos, es decir propiedad del acreedor, busca con ello que el ejercicio de la acción no ocasione un daño irreparable al acreedor, derivada de una temeraria ejecución.

Por su parte Calamandrei (1945, 41) señala :

“...el juez no es libre de querer o no querer, según criterios de mera oportunidad, una determinada modificación jurídica, teniendo solamente una cierta independencia de razonamiento a objeto de aproximarse todo lo posible al pensamiento y a la voluntad del legislador. Esta facultad suya, inexactamente

llamada discrecionalidad, no conduce a la formación de nuevas voluntades jurídicas, entregadas al arbitrio del juez”.

En este orden de idea se puede citar a Ortiz (1997, 155) quien nos trae una decisión de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, según sentencia del 09 de diciembre de 1992, dice:

“La disposición del artículo 586 del Código de Procedimiento Civil Venezolano tiene carácter imperativo; por tanto, de recaer medidas sobre bienes de terceros, o tratarse de bienes inembargables, o de constar fehacientemente que la medida excede el propósito cautelar que debió inspirada, podrá el juez aun de oficio, limitarla a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio; lo que satisface, por otra, el principio según el cual, al tratarse de medidas de restricción al derecho de propiedad, consagrado en la Constitución, deberá interpretarse la ley en el sentido que mejor proteja el derecho en cuestión...”.

Es evidente entonces, que una vez que el juez verifica los requisitos o supuestos de procedencia de una medida tiene que decretarla, mientras que por otro lado solo puede actuar de oficio cuando haya una norma expresa o esté interesado el orden público que lo autorice a proceder oficiosamente.

Esta verificación debe apegarse a la ley para evitar daños a las partes.

Por lo que el juez podría, incluso, ordenar a la parte solicitante que amplíe la prueba en los puntos que considere hay insuficiencia, haciendo uso de la disposición contenida en el artículo 601 del Código de procedimiento civil (1987) el cual establece que:

“cuando el Tribunal encontrare deficiente la prueba producida para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarlas 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 este propósito Otells (2000, 35) en un intento por dotar de un amplio contenido al artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (2001) dice:

“por un lado, la existencia en la legislación española de una serie de medidas que no se limitan a asegurar la posibilidad de ejecución, sino, que, con intensidad variable, anticipan provisionalmente efectos de la sentencia”.

La imposición de conductas -principalmente de abstención- para la tutela cautelar de un derecho de la personalidad, de un derecho real o de un derecho sobre bienes patrimoniales inmateriales, no es prácticamente equivalente a la restricción definitiva que producirá la sentencia principal que estime la pretensión, sino que es una restricción temporal que no

impide que el sujeto pasivo de la medida cautelar recupere la libertad de acción cuando la medida se extinga.

Por otra parte, la mención de que las órdenes y prohibiciones habrán de ser de contenido similar, posibilita una limitación adicional en la configuración de estas medidas. Esto no solo excluye medidas que den lugar a un estado de cosas irreversibles, sino también medidas iguales en el aspecto cuantitativo y en aspectos cualitativos a la estabilidad.

De igual manera Ostells (2000, 150) esta limitación ha de conducir a consecuencias como las siguientes:

- “1. Si se estima procedente como contenido de la medida la entrega de dinero o de cantidades de cosas fungibles, el importe no ha de ajustarse a lo reclamado en la pretensión principal, sino que ha de ser menor y calculado con adecuación a la finalidad de posibilitar la efectividad que justifica la medida.
2. Una medida cautelar satisfactiva instrumental de un proceso sobre constitución de una servidumbre forzosa de paso, deberá consistir en una autorización de paso, no sólo de carácter provisional, sino con circunstancia de trazado y de frecuencia de uso que no la equiparen a las de la servidumbre que se trate de constituir”.

Es conveniente entender que el juez tiene la posibilidad de negar la medida preventiva, no obstante, oferta de contracautela, supone como decía Gelsi (citado por Benahin, 2003, 100):

“un modo de conducta que tome en consideración lo que es el proceso como tal, y que tome en cuenta que las medidas cautelares se establecen, no para la parte exclusivamente, sino para el fin del proceso”

Los efectos de los que el juez, a petición de parte, puede dotar a la medida cautelar que conceda puede ser sistematizados en los siguientes tres grupos:

a. Efectos de Aseguramiento:

Estos efectos se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, pueda efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Además esta clase de efectos de las medidas no producen una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.

Esta clase de efectos constituyen el contenido de las medidas cautelares que es aceptado más amplia y pacíficamente, porque responde con exquisitez al criterio de la mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de la sentencia firme.

b. Efectos de Conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio:

La razón decisiva aducida para justificar que las medidas cautelares queden limitadas a los efectos de aseguramiento ha sido la de que, si traspasaran ese límite, se estaría autorizando una ejecución sin título.

El problema real es, sin embargo, que limitar los efectos de las medidas cautelares a los de mero aseguramiento, implica tolerar una consecuencia más grave que en una ejecución sin título. Implica que durante la pendencia del proceso de declaración, el litigio existente entre las partes, esté siendo resuelto extraprocesalmente mediante la auto tutela activa o pasiva de alguna de ella .

c. Efectos Innovativos de la situación existente al plantearse el litigio: al hablar de efectos innovativos se trata de que si las medidas cautelares pueden ser configuradas con unos efectos que trasciendan de la conservación de la situación existente al plantearse el litigio, e innoven esa situación en el sentido de imponer una satisfacción de la pretensión interpuesta en el proceso principal, que extraprocesalmente, ni estaba siendo reconocida, ni satisfecha.

Es decir, que el juez podrá otorgar cualesquiera de las medidas solicitadas, teniéndose siempre presente que, lo que se busca es salvaguardar el derecho de las partes, dar credibilidad al sistema jurídico, sin que ello menoscabe el derecho de la otra, convirtiéndose entonces, en un arbitrariedad procesal.

C. LA TUTELA CAUTELAR EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Se podría decir, que hay una gran tendencia en las constituciones modernas a emplazar la creación de nuevas formas procesales que: entre otras cosas, aseguren una tutela jurisdiccional pronta y eficiente.

Dado que todas estas medidas afectan el derecho de propiedad de la parte contra quien obra, es de capital importancia fijar los supuestos de procedencia de las mismas, pues con mucha facilidad se podrá presentar una situación de abuso, tanto en el caso de decretar la medida sin llenar los extremos de ley, como en el caso de que siendo ésta procedencia, el juez la niegue.

En principio, las medidas cautelares típicas tienen como fin último asegurar que la cristalización de la pretensión en una sentencia condenatoria no se convierta en un acto carente de contenido práctico por no tener el condenado bienes con que responder.

De igual forma el Artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1987) exige que:

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

Por otra parte es bueno recordar que la tutela cautelar está regulada por dos clases de normas; ambas de naturaleza procesal, pero de contenido diferente:

1. Por un lado están las normas que rigen la competencia especiales requisitos de las partes o de los actos procesales en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal. Hasta ahora estas normas se encontraban, la mayor parte de las veces, con dificultad, porque abundaban las lagunas y la falta de sistemática.

2. Por otro lado están las normas que rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar, es decir, determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que deba acordarse una medida cautelar, cuyo contenido y efecto igualmente son configurados por esa misma norma. En materia jurisdiccional cautelar, las normas procesales no se limitan a regular cómo se llega a la resolución y los requisitos de los que depende su

admisibilidad, sino que regulan el propio contenido de la resolución, rigen el juicio sobre la estimación de la pretensión interpuesta.

Nuestra legislación venezolana es muy clara al momento de tratar el tema de las medidas cautelares, fijando requisitos para su procedencia, por lo que una vez cumplidos con estos requisitos, el juez, de manera prudente, las decretará, evitándose que quede ilusoria la ejecución de la sentencia.

D. LA TUTELA CAUTELAR EN OTRAS LEGISLACIONES

En esta oportunidad estudiaremos los diferentes criterios que envuelven a la tutela cautelar desde legislaciones extranjeras.

Encontrando en ellas una gran similitud en cuanto a la acción tutelar cautelar, como medio idóneo para la protección de los derechos de los individuos.

Entre ellas tenemos:

1. La Tutela Cautelar en el Derecho Español

De igual manera la Legislación Española en su Constitución (1999)

desarrolla el tema de la tutela efectiva en el artículo:

“24 Num. 1: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

También podemos señalar que el sustento de las medidas cautelares en el valor seguridad, se encuentra en el preámbulo de la Constitución Española (1999):

“La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad, y la seguridad y promover el bien en cuanto la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad. Establecer una sociedad democrática avanzada y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacificas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra”.

Así mismo la constitución Española en su artículo 43 (1999) en modo alguno desalienta la creación pretoriana de tutelas diferenciadas que privilegien el factor tiempo en el proceso:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual i inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley”.

Es evidente señalar que la legislación española siempre ha demostrado favorecer un diseño de una jurisdicción oportuna.

Por lo que Otells (200, 24) nos trae una Sentencia por el Tribunal Constitucional Español STC 273/1994 de 17/10/1994, al interpretar la restricción legal de los derechos fundamentales dice:

“...Si la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial fuese restrictiva e impeditiva del derecho recurrente se estaría, con tal proceder, añadiendo nuevos límites al ejercicio de un derecho previamente limitado por el legislador y, por consiguiente, restringiéndose indebidamente la esfera propia de los derechos y libertades”.

De igual forma el mismo autor (2000, 45) nos trae una amplia recolección de la jurisprudencia o resoluciones del tribunal español en donde se analizan este fundamento constitucional de la tutela cautelar:

“a. El recurso de amparo resuelto por la STC (Sala 2ª.) 66/1984, de 6 de junio (BOD 19 de junio de 1984), plantea directamente que es contrario a la presunción de inocencia que la interposición del recurso contencioso-administrativo no provoque por sí misma, y a la simple petición del recurrente, la suspensión de la ejecución del acto impugnado, si éste consiste en la imposición de sanciones- en caso, de multas previstas en el régimen jurídico de viviendas de protección oficial-. Según el recurrente una reinterpretación de los artículos de la LJCA relativos a la suspensión del acto impugnado debía conducir en esta clase de supuestos a la suspensión automática.

b. La STC (Pleno) 115/1987, de 7 de julio (BOE 29 de julio de 1987), decide un recurso de inconstitucionalidad referido, entre otros, al art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, según el cual <<en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente ley>>. Era pues ineludible entrar en las exigencias constitucionales para la configuración legal de la medida cautelar de suspensión. Se echa en falta una mejor argumentación de la doctrina, pero ésta es muy clara. El derecho a la tutela judicial efectiva no impone que si se impugna jurisdiccionalmente un acto administrativo deba producirse siempre la suspensión de su ejecución, pero, prevista legalmente la posibilidad de esa suspensión <<para la protección de los derechos fundamentales>> referencia restrictiva que también contribuye a oscurecer el alcance de la doctrina de esta sentencia”.

Por otro lado siguiendo la idea anterior del autor se puede decir que la jurisprudencia española sitúa el fundamento constitucional de la tutela cautelar en el derecho a la tutela judicial efectiva, teniéndose en cuenta la igualdad procesal, cualquiera sea su posición.

De igual forma el mismo autor continúa diciendo:

a. La Sala STC (Sala 2.^a) 202/1987, de 17 de diciembre (BOE 8 de enero de 1988), se ocupa de un caso cuya líneas generales son las siguientes: un litigante con derecho reconocido a justicia gratuita pide una anotación preventiva de demanda y le es concedida, aunque subordinada a la previa prestación de una fianza de elevada cuantía, que le resulta imposible constituir. El recurrente en amparo sostiene que el tribunal ordinario, al no haber interpretado y aplicado el requisito de la fianza de un modo que no imposibilitara su cumplimiento por una persona que carecía reconocidamente de recursos económicos, había violado el principio de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional rechaza la violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley. No hay infracción del primer aspecto porque la norma aducida a efectos comparativos —la exención legal de depósito en los recursos—no tiene la misma razón de ser que la que establece la fianza como presupuesto de una medida cautelar, por lo que la última fianza no debe tener el mismo tratamiento legal. El segundo aspecto de la posible violación de la igualdad tampoco concurre porque el recurrente no ha aducido término de comparación”.

Sobre la violación del derecho a la tutela judicial efectiva argumenta el Tribunal constitucional español, en primer término, para rechazarla, que a

la petición de la medida cautelar ha respondido el juez con una resolución en la que la ponderación y valoración de los intereses en pugna es hecha y detalladamente.

Sin embargo la legislación española en la anterior jurisprudencia supone una cierta quiebra en la doctrina hasta este momento sostenida sobre el fundamento constitucional de la tutela cautelar y sobre el significado menos dudoso del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección específica sobre la tutela cautelar. En efecto, podía parecer inseguro el reconocimiento, subordinado en todo caso a determinados presupuestos, de un derecho fundamental a obtener de los órganos judiciales actuaciones de protección cautelar de los derechos e intereses legítimos.

El mismo autor nos trae otra jurisprudencia referida a:

“a. La última cuestión la trata precisamente la STC (Sala 2.^a) 148/1993, de 29 de abril (BOE 28 de mayo de 1993). En el caso que motiva el recurso de amparo resuelto por dicha sentencia se había impugnado en vía contencioso-administrativa las disposiciones administrativas reguladoras de los servicios mínimos para una huelga general convocada y se había obtenido la suspensión cautelar de parte de las mismas, pero esta suspensión fue revocada por el TS por el motivo de que la misma suponía perjuicio grave para el interés general.

El Tribunal Constitucional empieza por recordar su doctrina acerca de la tutela cautelar como componente del derecho a la tutela judicial efectiva. Las exigencias de esta doctrina estaban cumplidas en el caso: había un régimen de suspensión aplicable –el del art. 7.4 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona-, las resoluciones de la entonces Audiencias Territorial y del Tribunal Supremo se había dictado en la aplicación del mismo y la STC 148/1993 no deja traslucir que las resoluciones de los tribunales ordinarios, específicamente la del Tribunal Supremo, carecieran de una motivación suficiente.”

De una manera mas indirecta que en las anteriores resoluciones la consideración de las medidas cautelares como instrumento para garantizar la efectividad de la tutela judicial se pone de manifiesto.

La constitución española viene a contribuir de manera importante sobre la tutela cautelar cuando ratifica y desarrolla en su diferente sentencias y resoluciones , la constitucionalidad de la misma, eliminando cualquier ambigüedad, que pueda limitar a la legislación española referente a la tutela judicial de los derechos fundamentales sustantivos. Debido a que la exigencia de la legislación española radica que la tutela judicial nace por imperativo constitucional, y en esa medida se puede entonces hablar suficiencia de las potestades atribuidas al juez español.

2. Tutela Cautelar en el Derecho Colombiano

La Constitución colombiana es mas especifica cuando nos consagra , la acción de tutela en su artículo 86 (1999) señala:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quieran que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

De igual forma también en su artículo 8 del Decreto 2.591 de 1991, señala:

“Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

En este mismo orden de idea se puede citar el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia (1999) deja claro que:

“La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán pública y permanentes con las excepciones que establezcan la ley y en ello prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

La legislación colombiana nos presenta la modalidad de un procedimiento preferente y sumario que le permita a los individuos la obtención de la justicia.

3. Tutela Cautelar en la Legislación Argentina

Por su parte, la Constitución Argentina –reformada en 1944- en modo alguno desalienta la creación pretoriana de tutelas diferenciadas que privilegien el factor tiempo en el proceso, puesto que, incluye un procedimiento expedito de amparo dotado de un muy amplio campo de acción. Queda así demostrado su preocupación por favorecer el diseño de una jurisdicción oportuna. Tal como lo establece el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina (1999):

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al

ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registrada conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de su organización...”.

La legislación Argentina nos trae el ejercicio de la acción por medio de la figura del amparo, cuando no exista otro medio judicial mas idóneo para el ejercicio de los derechos consagrados en la constitución, y prevaleciendo el derecho sustancial.

En definitiva se puede entender que en las legislaciones antes estudiadas, todas estas tienen como fin común la protección de los derechos de los individuos que de buena fe, acuden a un órgano jurisdiccional con el propósito no solo de una sentencia a su favor sino el de hacer cumplir la misma, lo que para muchos autores llaman el ejercicio de la justicia. Este ejercicio de la justicia traería como consecuencia que el actor estaría en presencia de una tutela judicial efectiva, permitiéndose que esa sentencia favorable pueda ser al mismo tiempo efectiva, satisfaciendo jurídicamente el derecho alegado.

CAPITULO III

EL PROCESO CAUTELAR COMO TUTELA DE UN DERECHO

Las diferentes posiciones doctrinales respecto de la “acción” o, si se prefiere expresarlo con mas modernidad, respecto de los derechos de los justiciables o del (de los) “derecho (s) a la justicia, podrían clasificarse según un orden de menor a mayor contenido de tal o de tales derechos. Así, atribuir a los sujetos jurídicos solo el libre acceso a los tribunales, seria, obviamente, concederles un poder jurídico de ámbito mas pequeño que el que les atribuirían quienes, aun sin negar dicho libre acceso, les reconociesen el derecho a impulsar la actividad jurisdiccional. Y esto último, a su vez, sería y es bastante menos que estimar que pueden ser titulares de un derecho a lo que se llama la sentencia efectiva.

Para Gómez (citado por Oliva, 1980, 159) dice :

“que la acción no debe confundirse con la facultad general, que corresponde a todos, de demandar; o sea, de afirmar ante el juez que se tiene la acción”.

En este sentido Oliva (1980, 49) define la acción:

“ como derecho a una concreta tutela jurisdiccional dirigido frente al Estado- el tribunal no es sino un órgano del Estado- y respecto de un adversario, derecho cuya satisfacción consiste en la sentencia que concede dicha tutela concreta al actor”.

Las tendencias anteriores, desarrolladas sobre la base de los limitados conceptos y acción, ha dado pie para que surja una moderna distinción que se funda en el fin del proceso.

Atendiendo a lo antes expuesto es por lo que Reimundín (1968,citado por Sánchez, 1995, 10) sostiene que

“la misión del Estado se agotara en el ejercicio de la función represiva, ésta no sería suficiente para garantizar la paz social que el derecho tiene como fin tutelar. Es así que como contrapartida a la mencionada función aparece la tutela preventiva, viniendo a funcionar ambas como dos caras de una misma moneda”.

Es función del Estado la protección de los derechos de los ciudadanos y para ello surge lo que se puede llamar la tutela preventiva, teniéndose su fin el poder ejecutar una sentencia favorable, por lo que ese ejercicio de

la jurisdicción, por medio de la acción, se obtendría a través de la tutela jurisdiccional cautelar.

A. DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Todo ser humano tiende a la búsqueda de un entorno que le satisfaga para lograr concretar el desarrollo de sus aptitudes, físicas, morales y espirituales.

Con la vigencia en Venezuela del texto constitucional del año 1999, nuestro país entra en las postrimerías del Siglo XX, en la era garantista del Estado de Derecho, Social y de Justicia (Art. 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), propugnando como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de actuación, la vida , la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

La tutela judicial efectiva ha sido uno de los mejores aportes que tuvo el movimiento constitucional español después de la caída de Franco y la adopción de la Constitución de 1972, porque en el artículo 22 estableció el derecho de los ciudadanos de obtener una tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido consagrado con rango constitucional en muchos países. Así por ejemplo, podemos mencionar los casos de Alemania, donde está previsto en España en el artículo 24.1 de la Constitución de 1999. Por su parte, en Venezuela, el derecho a la tutela efectiva con carácter general se consagra en el artículo 68 de la Constitución de Venezuela en 1961; y con carácter particular, en el Contencioso-Administrativo en el artículo 206, ejusdem.

Ante la situación planteada González (citado por Urosa 2003, 93):

“El acceso a órganos imparciales e independientes en demanda de justicia frente a otro, cualquiera que sea la materia sobre que verse y la persona frente a que se pide. Supone un proceso con las garantías debidas de defensa. Y supone que la decisión del órgano judicial sea llevada a efecto. En definitiva, hacer justicia: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

El derecho a la tutela judicial efectiva es considerado un derecho fundamental, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y extranjera. Por lo que Araujo-Arvelaéz (2000, 77) nos comentan algunos casos en donde se evidencia la tutela cautelar como un derecho fundamental:

“Así puede mencionarse el caso francés –Decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987, -o el español- las sentencias del Tribunal Constitucional 14/1992, 10 de febrero y 238/1992, de 17 de diciembre. También de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, básicamente de las sentencias de 19 de junio de 1990 asunto 213/89, caso *Factortame*; la de 21 de febrero de 1991, asuntos 143/88 y 92/89 caso *Zuckerfabrik*, puede desprenderse el carácter de derecho fundamental de las cautelas”.

En este orden de ideas señala (García, 1994, citado por Araujo-Arvelaéz, 2000, 79) que:

“...Esta concepción derecho fundamental a la tutela cautelar como inherente al derecho a la tutela judicial efectiva había sido, por lo demás, adelantada tanto por la doctrina (García de Enterría) como por el Tribunal Supremo. Así, el ATS 20 de diciembre de 1990-trayendo a colación, por cierto, el principio aludido por el Ab. Gral. Tesauro en sus conclusiones en *Factortame* de que <<la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón>> (aunque, matiza con acierto Gómez Ferrer, el daño debería referirse al <<que tiene la apariencia de tener la razón>> - señalo expresamente que el derecho a la tutela judicial efectiva

proclamado en el artículo 24 CE <<implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar>>”.

En Venezuela también se ha producido un proceso de constitucionalización de la tutela cautelar, a la luz de lo dispuesto en los artículos 68 y 206 de nuestra Carta Magna.

Por lo tanto Gutiérrez (1998, 123) quien afirma:

“sería condicional y absolutoria de la instancia una sentencia en estabilidad que no previniera las situaciones de hecho de la ejecución que podrían comprometer su resultado, determinándola ineficaz a la finalidad del proceso, a la tutela judicial efectiva de su dispositivo o al orden jurídico laboral; aquella que deje abierta la voluntad arbitraria y de franco desacato de una cualesquiera de las partes o de ambas, a un planteamiento indefinido...”.

El Estado de Derecho, pregona la sumisión absoluta de este Derecho, ello porque es el vigilante de la seguridad y la justicia de los ciudadanos. Es precisamente ese Estado quien éticamente hablando debe garantizar que sus propias funciones se cumplan, aún cuando se apliquen disposiciones dictadas por sus autoridades, contra sus propios funcionarios.

Bien lo expresa Calamandrei (citado por Ballester, 2003, 781):

“... El motivo por la que en todos los tiempos se ha sentido la necesidad de imponer una minuciosa disciplina jurídica a éste diálogo entre hombres, al cual, en esencia, se reduce todo proceso, debe buscarse en la especial naturaleza de las providencia a la que están preordenadas todas las actividades procesales. Carácter esencial del derecho es la certeza y esta no existe sino en cuanto sea cierto que, en caso de inobservancia del derecho, será puesta en practica la garantía jurisdiccional para hacerlo observar. Pero a su vez, esta certeza no existiría si el individuo que solicita justicia no supiera exactamente cuales son los actos que debe realizar para obtenerla, cuales son las vías que debe recorrer para llegar al juez, para hacerse escuchar por él y para obtener en concreto aquella garantía jurisdiccional que la norma en abstracto promete”.

En un estado de Derecho, la protección ciudadana requiere de algo mas que garantías jurídicas, necesita que sus Poderes Públicos, frente a la solicitud oportuna y lícita de los mismos otorgue una oportuna y adecuada actuación que satisfaga el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos y económicos, en fin frente a una conducta administrativa, contraria al orden legal preestablecido, la persona debe contar con funcionarios capaces de devolver la tranquilidad y la seguridad jurídica lesionada.

Para poder aludir a la tutela cautelar, es necesario conocer su fundamento y finalidad y para ello es imperativo referirnos al los derechos fundamentales reconocidos en el Titulo III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 26:

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

Derechos estos de constitución inmediata. La efectividad de la tutela judicial está condicionada, a su vez, por: la regulación misma del cauce procesal a través del que se produce; las posibilidades de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa, mientras pende el proceso; y finalmente, los poderes del juez en orden a la ejecución del fallo. Siendo de esta tres cuestiones la mas importante la de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa, ya que ello hace referencia al sistema cautelar, habida cuenta de que los jueces deben acudir a todos los medios legales posibles para otorgar a los justiciables una tutela judicial efectiva.

Razón por la cual Gonzáles (citado por Ballester, 2003, 785) nos dice que este derecho supone:

“ que toda pretensión frente a otro fundada en el ordenamiento jurídico sea atendida por un órgano estatal independiente, en un proceso investidos de garantías que hagan posible una defensa adecuada...”.

De igual manera el artículo 19 de nuestro texto constitucional garantiza el pleno ejercicio de los derechos humanos y su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público y vinculantes para estos poderes (artículos 137 y 25, 259 y 131 ejusdem), por lo que es menester señalar que la aplicación de la norma constitucional que consagra la tutela jurisdiccional efectiva tuvo fuerza derogatoria respecto de las normas anteriores que suponen una contravención a tal principio, sin embargo, como tal derecho no es absoluto debe ser ejercitado en todo caso en armonía con el proceso legal, ejercido dentro de éste, pero privándolo (al proceso) de aquellos obstáculos contenidos en normas que aún siendo legales desvíen el sentido de la tutela efectiva contenida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para Ballesteros (2003, 786) quien nos define la tutela jurisdiccional efectiva:

“como aquel derecho fundamental, de interpretación progresiva, concedido a toda persona de acceder a los órganos del Estado para administrar justicia, dentro de un plazo razonable, por operarios calificados y responsables, que resguardando las garantías de las partes pronuncien fallos que satisfagan en derecho a las pretensiones reclamadas y que en ejercicio de su autoridad judicial ejecuten tales fallos oportuna y eficazmente”.

Se puede señalar, que toda persona confiadamente somete la resolución de sus conflictos interpersonales a unos órganos creados y amparados por el ordenamiento jurídico, con la plena convicción de obtener una solución definitiva, es decir, se espera que ni el tiempo, ni una errada interpretación de una serie de obstáculos legales, impidan la satisfacción de lo que en Derecho y quizás en justicia, le pertenece. Por lo que es misión del juzgador evitar que estos obstáculos impida la justicia.

Igualmente para García de Enterría (citado por Gutiérrez, 1998, 123) enfatiza que:

“La tutela judicial efectiva abarca, no solo un sistema que permita abrir los procesos y en cuyo seno se produzcan sentencias ponderadas y sabias, sino también que estas sentencias sean efectivas por ellas mismas y puedan

necesariamente ejecutarse aun en contra de la propia administración pública”.

Se debe entender que aun cuando no exista una disposición tan rotunda como la de la Constitución Española (1999), hay que interpretar la constitución de cada país con ese criterio en común como lo es la tutela judicial debe ser efectiva.

Nos atrevemos a realizar la siguiente interpretación a título de ejemplo de la Constitución Colombiana que no tiene, ni por lumbre, el texto del artículo 24.1 de la Constitución Española (1999). El ya mencionado artículo 228 de la constitución política de Colombia (1999) dice:

“La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento serán sancionados. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

Al recalcar el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia (1999): “... y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...”, esta ordenando la utilización de todos los institutos jurídicos para ello sea posible. Las medidas cautelares hacen que el derecho sustancial

prevalezca, ya que no hay mayor negación del derecho sustancial que la impotencia para hacerlo efectivo.

Parra (2000, 6) nos trae un auto emitido por el Tribunal Supremo Español de la Sala Tercera de fecha 20 de diciembre de 1990 en el cual se puede encontrar con relación a las medidas cautelares los siguientes principios:

- “a. La existencia de un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar ex artículo 24 Constitución Española.
- b. La articulación de ese derecho fundamental alrededor del principio *fomus boni iuris*.
- c. La recepción del principio general de que <<la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón>>.
- d. El desplazamiento en la motivación de las medidas cautelares, de la reparabilidad o no de los perjuicios, hacia la apreciación o no del *fumus*.
- e. La admisión de todas las medidas cautelares que sean necesarias”.

Por lo que al acudir a un órgano jurisdiccional, para hacer valer los derechos alegado en la pretensión, debe permitirse a ambos actores del proceso, a poder defenderse de manera equitativa, sin que el decreto de una medida preventiva lesione, el derecho del otro, puesto que, entonces no estaríamos administrando justicia..

B. DERECHO A UNA EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA

Las medidas preventivas están consagradas por la ley para asegurar la eficacia de los procesos, garantizando la eficacia de la sentencia, evitando el menoscabo del derecho que el fallo reconoce, a cuyo fin se asegura bienes que quedan interdictados judicialmente, fuera de toda transacción comercial; se pone la cosa litigiosa en manos de terceros imparciales; se asegura la cualidad a la causa del reo; se adelantan los efectos satisfactivos de la sentencia definitiva; se da noticia en el régimen registral de la pendencia de juicio sobre determinado bien, con el fin de asegurar la efectividad de la sentencia. Cumpliendo con los diferentes pasos es que puede llegar a decir que esto consiste en la función privada del proceso cautelar.

En efecto para González (citado por Urosa, 2003, 98) nos dice:

“La pretensión procesal no quedará satisfecha –y por ende no será efectiva la tutela judicial- con la sentencia que declare si aquella está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido”.

Esa efectividad del fallo dependerán de varios factores bien en el marco de su ejecución forzosa o bien a la integralidad del régimen cautelar. Para esto hay que contar con un régimen idóneo de protección cautelar que coadyuve a que la sentencia definitiva no pierda su efectividad y, muy especialmente, su oportunidad.

Los efectos inmediato de la demanda y la continuación del proceso hasta su final en una sentencia no depende, pues, de la existencia del derecho hasta ese momento solo afirmado- a una tutela jurisdiccional concreta.

En ese mismo sentido para Taruffo (citado por Parra, 2000, 3),

“dentro del estudio de las garantías constitucionales que ejercen tutelaje sobre el proceso civil, existen dos que tienen una gran importancia: la totalidad o generalidad de la tutela jurisdiccional y su efectividad”.

Nos interesa por ahora la segunda, es decir, la efectividad de las decisiones judiciales. Lo cual significa que una tutela judicial efectiva, significa, sin lugar a dudas, el derecho a utilizar medidas cautelares. Y que esas medidas sea oportuna. Además, muchas veces la verdadera tutela es la preventiva o inhibitoria y no la meramente resarcitoria, pues

se trata de derechos no restaurables ex post, cuya violación carece de un equivalente monetario.

Así, la efectividad de la sentencia surge entonces como una garantía constitucional procesal de enjuiciable frente al Estado, Este debe por todos los medios posibles, no sólo brindar a los justiciable el efectivo funcionamiento de la rama jurisdiccional para que sean atendidas todas las pretensiones que deseen hacer vales antes los jueces y tribunales, sino también garantizarles de alguna forma que los efectos de la sentencia se cumplirán, pues de lo contrario estaríamos ante una clara ineffectividad del derecho de tutela judicial.

Del mismo modo Gutiérrez (1998, 147) quien en el área laboral nos señala:

“requerimos del ejercicio de una función jurisdiccional que abarque, como verdadera composición de la litis, la declaración de certeza previa a la ejecución, reguladora de la conducta de las partes, considerando hechos concretos y, transformándose en una actividad de control jurídico, llámese: cumplimiento por equivalente, sanción por incumplimiento desacato o, resarcimiento del daño en forma específica mediante la imposición al deudor de la obligación”

Gutiérrez (1998, 149) nos trae una reseña jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa en sentencias del 22-11-90, ponente magistrado doctor Román Duque Corredor la cual nos dice:

“... difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumple las sentencias y resoluciones judiciales firmes (omisis). Cuando este deber de cumplimiento y colaboración –constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento-si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones firmas”.

De igual manera el mismo autor (1988,152) nos señala otro fallo jurisprudencial de la Sala Político Administrativa del tribunal supremo de Justicia de fecha 22-1-90:

“ ...la Sala entiende que en el derecho constitucional de acceso a la justicia, no solo se comprende la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten”.

Esto significa que la unidad de la jurisdicción implica que no puede existir sentencia inejecutable.

En este sentido Ostells (2000, 130):

“nos interpreta el artículo 1428 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 con ocasión de estudios destinados a establecer pautas para la concreción de medidas cautelares al amparo del artículo 1428 LEC de 1881, hubo oportunidad de constatar las diferencias entre que el criterio legal fuera el de asegurar la ejecución de la sentencia o el de asegurar la efectividad de la tutela judicial que podía conceder la sentencia estimatoria”.

Para Carreras (1957, 567 citado por Ortells, 2000, 131) nos trae la tesis de Asegurar la ejecución y que partían de los siguientes postulados:

“1. las medidas cautelares tienden a evitar los peligros que derivan de la necesaria realización del proceso declarativo antes de proceder a la ejecución; 2. están preordenadas a la ejecución y persiguen que el proceso declarativo no sea inútil y que su necesidad no acabe por suponer la muerte del derecho declarado y la imposibilidad de actuación de la sanción; 3. consiguientemente las medidas que pueden adoptarse con base al artículo 1428 habrán de ser homogéneas a las previstas por la LEC como ejecutivas para la prestación de las clases consideradas en este artículo, pero no idénticas a estas últimas medidas, porque en tal caso se permitiría una ejecución sin título. La especificación del último postulado y la exclusión de los supuestos en que son aplicables medidas cautelares determinadas le permitía, luego, ofrecer un cuadro convincente de medidas aplicables según la clase de prestación a la que tienda la condena solicitada”

Asegurar la ejecución de la sentencia podía entenderse en un sentido restrictivo de asegurarla frente a los riesgos capaces de impedir absolutamente la eficacia de los actos ejecutivos legalmente previstos.

De igual modo asegurar la efectividad además, supone también que se proteja la sentencia frente a los riesgos que impidan que la ejecución se desarrolle en condiciones de plena utilidad para el que acabe de ser reconocido como titular del derecho.

C. COMO UNA SATISFACCIÓN JURÍDICA

Siempre la justicia privada es una opción que tiene el hombre. La frustración que nace por no lograr la satisfacción de la pretensión reconocida en la sentencia, muchas veces impulsa a los hombres a la justicia por mano propia y otras a desconfiar del órgano jurisdiccional y, por tanto, a no recurrir a él y dejar insatisfechos sus derechos.

La seguridad jurídica es noción teleológica, finalista y es uno de los valores que inspira al derecho al fin perseguido por este, es una necesidad del individuo, de la Sociedad, que permanece vigente aún hoy en día.

Por lo que Triana (1989 citado por Araujo, 2000, 75) asegura que:

“la Seguridad Jurídica esta formulada como la exigencia de que todos los órganos del estado actúen conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán ser interpretadas ni alteradas”.

Las nociones que integran el contenido de la Seguridad Jurídica, es la atinente a la eficacia del Derecho, puesto que aun cuando nuestra legislación de fine un orden normativo, que con todas las criticas que puedan formularsele, constituye la base de la Seguridad Jurídica, el mismo no es suficiente si su aplicación no es efectiva y, menos aún si dicho sistema no prevé los mecanismos idóneos para garantizar esa Seguridad Jurídica.

El proceso se entiende como una de las formas que tiene el Estado para la satisfacción de pretensiones de los particulares asociados. Es de indudable importancia precisar en que sentido y hasta cuales límites el proceso verdaderamente cumple con esa función.

En cuanto al primer aspecto, Redenti (1957 , 5 citado por Ortiz, 1997, 27) nos distingue como el Estado tiene injerencia directa y deliberada en:

- ”a. La determinación de las normas de derecho, formulando y promulgando, en formas solemnes, previamente establecidas, bajo el esquema de proposiciones generales.
- b. otras, actividades innumerables y complejas despliega el estado en orden al bien público, y

c. En el ejercicio de la función jurisdiccional, el Estado obra y actúa, finalmente para asegurar y garantizar el vigor práctico del derecho, para quien quiera y contra quien fuera”.

Uno de los sustentos del acceso a la justicia es que la pretensión, en términos generales, sea satisfecha.. Por lo que una sentencia inejecutable no sería mas que una falsa justicia.

En principio podemos decir que las medidas cautelares, en tanto que función jurisdiccional, cumple no sólo la misión de la tutela del estado de Derecho, sino también la seguridad en la satisfacción de los particulares.

Para Ortiz (1997, 27) que considera:

“que el proceso, en cuanto medio para hacer para hacer plena la jurisdicción se vincula con la finalidad misma de garantizar el Estado de Derecho, esto es, salvaguardar a los ciudadanos contra los abusos, arbitrariedades y las injusticias bien sea del propio Estado, bien sea de los particulares y ello justifica además su existencia y la organización tribunalicia”.

La seguridad jurídica es noción teleológica, finalista y es uno de los valores que inspira al derecho al fin perseguido por este, es una necesidad del individuo, de la Sociedad, que permanece vigente aún hoy en día.

Las nociones que integran el contenido de la Seguridad Jurídica, es la atinente a la eficacia del Derecho, puesto que aun cuando nuestra legislación de fine un orden normativo, que con todas las criticas que puedan formularsele, constituye la base de la Seguridad Jurídica, el mismo no es suficiente si su aplicación no es efectiva y, menos aún si dicho sistema no prevé los mecanismos idóneos para garantizar esa seguridad jurídica.

La seguridad jurídica va a hacer depender la legitimidad del Estado del respeto por parte de éste de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, es común observar como se alude a la seguridad Jurídica como una manifestación de la legalidad o como una consecuencia de ésta, siendo que aquella es una noción finalista y, por ende, muy amplia que puede ser estudiada desde muchos puntos de vista.

Para Mezquita citado por (Araujo-Arvelaéz, 2000, 70) quien afirma:

“que no debe circunscribirse el tema de la Seguridad Jurídica a la función jurisdiccional, que a través de la producción de una sentencia va a restablecer situaciones infringidas, sino que debe

enfocarse desde la perspectiva de un control constante y de un control preventivo”.

La seguridad jurídica supone un Estado de Derecho, cuyo principal componente será el conjunto de normas que van a integrar el bloque de la legalidad, al cual se va a someter por entero el Poder Público, entre ellas la Administración Pública, configurándose ésta como una Administración legal.

De esta manera, el Principio de Legalidad proporciona certeza, por ejemplo, en el caso de la Administración Pública, de que ésta va a actuar conforme a Derecho; y genera a su vez un conjunto de garantías que van a permitir el control de la actuación administrativa conforme a la Ley, que va desde el control interno que se produce desde adentro de la propia Administración Pública, hasta el control externo por parte de los órganos jurisdiccionales y en ocasiones el control político.

Cuando estudiamos la tutela cautelar, se observa que la misma tiene un carácter instrumental, respecto al ejercicio y protección del derecho que se demanda; sin embargo el derecho a la tutela judicial efectiva

coadyuva al logro de la Seguridad Jurídica, que junto a la libertad constituyen los valores jurídicos primarios de todo Estado de Derecho.

Por lo anterior, debemos señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva, y por ende, la tutela cautelar es un instrumento para lograr la seguridad jurídica.

En efecto, la seguridad jurídica no sólo implica la certeza y confianza en los términos expresados, sino que va mucho más allá, pues alude al tema de la efectividad, de la materialización de dicha seguridad, que en el campo jurídico se va a proyectar en el derecho a la tutela judicial efectiva.

D. JURISPRUDENCIAS

La jurisprudencia venezolana es amplia en cuanto a la tutela cautelar.

“A. Sentencia de la Sala de Casación Civil, Tribunal Constitucional, del 10 de agosto de 1999, N° 457: El referido precepto constitucional, claramente reconoce a todo ciudadano el derecho de <<utilizar los órganos de la administración de

justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecido por la ley>>>; lo cual ha de entenderse como la posibilidad cierta de obtener justicia del tribunal competente, en el menor tiempo posible, previa realización, en la forma y oportunidad prescrita por la ley, de aquellos actos procesales encaminados a hacer efectivos los derechos de la persona” (Pierre T. , 1999: 68).

Una de las sentencia que dio los primeros pasos para garantizar una efectiva defensa del destinatario de las medidas en aquellos casos en que sólo tenía como recurso inmediato la apelación.

“ a. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil de fecha 31 de julio de 1997, en el caso de Elestrospace contra el Banco de Orinoco (Ponencia del Dr. Andrés Méndez Carballo), en el que se sentaron las premisas sobre el derecho a un proceso cautelar completo. Dijo la sala: (...) Resuelta manifiestamente viciado de inconstitucionalidad-por violación del contenido esencial el derecho fundamental a la defensa el único aparte del artículo 68 de la Constitución de la Republica de Venezuela (la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso)- el régimen normativo de rango legal de un determinado proceso cautelar en el que el justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa se le limite su posibilidad de contradicción, en sede de instancia, al sólo ejercicio del recurso de apelación como vía primaria de impugnación de tal providencia, excluyéndose consecuentemente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de la jurisdicción” (Pierre, T., 1997: 222).

Esta última sentencia provocó un cataclismo en la forma de entender la necesidad el proceso cautelar.

Como también según sentencia:

“CSJ Del 22 de junio de 2001: “La Sala observa, que el tribunal aquo no puede atribuir al accionante-demandante en el juicio principal- la coercibilidad que deben revestir las actuaciones judiciales para el logro de sus efectos vinculantes; antes por el contrario, tal como se señalo precedentemente, “el juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio (artículo 14 del Código de Procedimiento Civil), motivo por el cual la Sala estima que el fallo objeto de la presente consulta debe ser confirmado, por cuanto –se insiste- no puede el presunto agravante privar al demandante –hoy accionante- de las resultas de las pruebas por éste y admitida por el Tribunal de la causa, con lo que se vulnera el derecho a un proceso debido, entendido éste como “aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva” (Ramírez & Garay, 2001: 444).

En esta sentencia nos señala lo que debe valorar el juez al momento de acordar la protección cautelar; Sentencia del 10 de mayo del 2001-TSJ-Sala Político-Administrativa.

“En este sentido la Sala observa: ... Este Máximo tribunal considera que, en el presente caso, la cuestión fundamental que debe dilucidarse a los efectos de precisar si se cumplen los extremos exigidos del *fomus bonis iuris* y *periculum in mora*, para la procedencia de las medidas cautelares... ciertamente, esta Sala Político Administrativa reitera su criterio de que el aspecto esencial que debe valorar este órgano jurisdiccional al momento de acordar la protección cautelar, no es tanto el aspecto formal de la difícil o imposible reparabilidad del perjuicio, sino las consecuencias que tales perjuicios ocasionan o pueden ocasionar en el sentido de impedir o desmejorar la tutela efectiva de los derechos e

intereses de quien los ostenta en la oportunidad de resolver la definitiva” (Ramírez & Garay, 2001: 447).

Sentencia del 20 de julio de 2001 (TSJ- Sala Constitucional) Hidrología

Caribe C.A. que nos dice:

“... Observa la Sala que en ejercicio de la potestad cautelar que posee el juez constitucional puede y debe otorgar medidas preventivas necesarias, en cualquier grado y estado de la causa, cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo... Estima la Sala necesario señalar que tal potestad no está circunscrita a una etapa específica del proceso, ni al trámite en primera instancia” (Ramírez & Garay, 2001: 418).

En esta sentencia nos señala el ejercicio de la potestad que posee el juez constitucional para otorgar las medidas preventivas necesarias en cualquier grado y estado de la causa.

Parra (2000, 4) nos ofrece un interesante panorama de la jurisprudencia en España en cuanto a que no existe una tutela judicial efectiva si no se utilizan el aseguramiento de las resultas a través de las medidas cautelares.

“STC 238/1992,FJ3: En varias resoluciones hemos tenido ocasión de pronunciarnos acerca de la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y de su relación con los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados

en el texto constitucional, especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva y proclamado en el artículo 24.1. La doctrina jurisprudencial que ha ido consolidándose parte de la premisa de que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”. (p.5)

Araujo-Arvelaez (2000, 81) nos trae un panorama de algunas jurisprudencia del Tribunal Supremo en referencia a la tutela cautelar en el derecho administrativo :

- “1. La ejecución de la decisión cautelar de suspensión del acto administrativo, contra la Administración Pública (Sentencia 629 de 22 de noviembre de 1990 y 57 de 2 de marzo de 1993, caso Mochima).
2. Medida de Prohibición de enajenar y gravar (sentencia 388 de 5 de agosto de 1993, caso Corporación Agrícola Sur C.A., y 466 de 11 de julio de 1996, caso Corporación Visen C.A.).
3. Medidas Cautelares positivas contra actos administrativos de efectos particulares de contenido negativo (Sentencia 567 de 12 de noviembre de 1992, caso Rafael Gutiérrez 7 795 de 7 de noviembre de 1995, caso Seagram de Venezuela y 400 de fecha 20 de junio de 1996, caso Dalia Pan Dávila).
4. Medidas cautelares suspensivas contra actos administrativos de efectos generales (Sentencia 92 de 12 de mayo de 1992, caso Soto Luzardo)”.

Las jurisprudencias anteriores demuestra, que, las medidas cautelares tienen como objetivo tutelar ese derecho de los individuos al momento de obtener una sentencia favorable. La jurisprudencia a través de los años, ha solidificado la institución cautelar como razón del proceso.

Para finalizar se puede decir que así como el proceso constituye una actividad que se desarrolla en un lugar determinado, dentro de un lapso indeterminado y con una forma prevista en el texto legal, que se inicia con el ejercicio de la acción, involucra a la pretensión, se desarrolla con la contradicción y concluye con la decisión y ejecución; todo lo cual envuelve el ejercicio efectivo del derecho a la tutela jurisdiccional, en el ámbito cautelar se procura igualmente el cumplimiento de la función jurisdiccional del Estado, que se cumple a cabalidad como en el proceso ordinario, mediante el ejercicio efectivo de la denominada tutela jurisdiccional cautelar.

Por lo que es conveniente recalcar la importancia de distinguir la tutela cautelar de la tutela anticipatoria puesto que ambas tiene características muy distintas y al confundirlas estaríamos entonces en una desnaturalización de sus funciones.

CAPITULO IV

DISTINCIÓN CAUTELAR

La ineficacia del procedimiento ordinario es una auténtica válvula de escape para la prestación de la tutela jurisdiccional adecuada. La tutela cautelar se transformó en técnica de sumarización y, en último análisis, en remedio contra la ineficiencia del procedimiento ordinario.

TUTELA ANTICIPATORIA

La tutela anticipatoria, fue tratada como tutela cautelar, aunque esta última apenas tenga por fin asegurar la viabilidad de la realización del Derecho. Es claro que esta distorsión fue fruto de la necesidad de celeridad y, en otras palabras, de la exigencia de la efectividad de la tutela de los derechos. Pero era necesario la sistematización de las

formas de tutela sumaria. Tal sistematización fue resultado de manifestación de la técnica procesal al servicio de los ideales de efectividad del proceso y, por tanto, de efectivo acceso al orden jurídico justo. Es esto lo que mantiene la credibilidad al proceso como tal.

Para Peyrano (citado por Parra , 2003, 12):

“Es una de las especies de los procesos urgentes y este tipo de proceso proporciona una solución orgánica a tres tipos de problemas distintos: a) No se requiere iniciar proceso simultáneo o posterior para evitar el decaimiento de la respuesta urgente dada por el órgano jurisdiccional. b) Es una respuesta acompasada a muchas disposiciones legales, que a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares, c) es una apreciable herramienta para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho –en curso o inminentes- contrarias a derecho respecto de las cuales el aparato resulta inoperante o, por lo menos ineficiente”:

Tal como se ha visto para La Roche (1997, 336) las medidas anticipativas:

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

-anticipando el contenido el pronunciamiento-, a la espera de que esa medida satisfactiva se sustituya por la que se dicte posteriormente bajo las reposadas formas del proceso ordinario”.

Sin embargo para Jové (citado por La Roche, 1997, 337):

“deben valorarse ponderadamente las consecuencias irreversibles y poco asimilables que pueden derivarse de la anticipación pura y simple del contenido total de la sentencia, cuando lo que obtiene al finalizar el proceso es una resolución desfavorable a la parte actora , igualmente la medida anticipatoria debe ser necesaria, imprescindible, y no sólo conveniente o aconsejable, y que el fin asegurativo debe privar sobre el satisfactivo, como remedio último para asegurar la efectividad de la sentencia en los supuestos en que una cautela de contenido tradicional no bastase o fuera insuficiente”.

Significa entonces, que como toda otra providencia cautelar, las medidas anticipatorias hallan su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido a la tardanza del juicio de conocimiento antes que la infructuosidad de la ejecución.

En efecto La Roche (1997, 338):

“La justificación del efecto satisfactivo cautelar radicará siempre en la irreparabilidad del daño y en la inoperancia de las medidas típicas o simplemente asegurativas en orden al peligro de tardanza que invoca el actor sobre el cual

existe indicio serio atendible (fumus periculum in mora). Si la prueba aportada es más que una presunción o si el interés procesal por el efecto satisfactivo tiene un valor vital o primario, el efecto satisfactivo podrá ser más pleno, aunque conservando el carácter interino, provisional, instrumentalizado inherente a toda medida cautelar”.

Del mismo modo el uso de la tutela cautelar con fines satisfactivos, o como técnica de anticipación de tutela de conocimiento, aliado al problema, de la innecesaria duplicación de procedimientos para la tutela del derecho material, llevó al legislador brasileño a introducir en el Código de Proceso Civil (1994) por lo que Marinoni (2000, 27) menciona la norma que hoy se encuentra en el artículo 273 referida a:

“o juiz poderá, a requerimento de parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I.- Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II.- Fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

2º Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos I e II do art. 558

4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

5º Concedida ou não a antecipação da tutela, proseguirá o processo até final julgamento.

5º Concedida ou não a antecipação da tutela, proseguirá o processo até final julgamento.

Es importante distinguir la tutela cautelar de la tutela anticipatoria.

La provisoriedad no es nota que pueda servir para esta distinción. La tutela cautelar no puede satisfacer, sino provisoriamente, el derecho acautelado. La cautela tutelar no puede asumir una configuración que desnaturalice su función, pues de otra forma, quedará como simple tutela de consignación sumaria.

De igual forma el mismo autor (2000, 30) clasificar las tutelas de cognición sumaria, tomándose como criterio la provisoriedad, contradice la idea la idea de conceptuar a la tutela jurisdiccional de acuerdo a la perspectiva del derecho material . Debido a que:

“Si la tutela, aunque fundada en cognición sumaria (*fumus boni iuris*), da al autor el resultado práctico que él procura obtener a través de la propia tutela final, no es posible decir que esta tutela esté apenas asegurando el resultado útil del proceso. Como es obvio, si el resultado útil fue dado desde luego al actor, tornase en lo mínimo, es equivocado pensar que la tutela de cognición sumaria apenas aseguró el resultado que se esperaba ver cumplido en el proceso”.

Si el derecho ya fue violado, la tutela sumaria puede repararlo inmediatamente o apenas asegurar la efectividad de su reparación.

Allí no puede haber duda sobre la diferencia entre la tutela anticipatoria y la tutela cautelar.

El problema surge cuando se presenta con la tutela preventiva, es decir, con una situación en que el derecho no fue violado. Las viejas concepciones italianas evidentemente tiene dificultades para comprender las tutela preventiva, porque aun no existe, en el derecho italiano, alguna norma que nos permita la imposición de multas, viabilizando el surgimiento de una acción preventiva autónoma, en la que sea posible la concesión de una tutela preventiva anticipada. Por lo que la legislación brasileña al buscar inspiración en el derecho italiano no consiga percibir que no hay razón, en el derecho brasileño, para confundir la tutela que tiende a garantizar la efectividad de la tutela final que se destina a reparar un daño un derecho que ya fue violado.

La doctrina italiana (Calamandrei, Ricci), que piensa de forma más crítica, reconoce que el propósito de una acción cautelar para la obtención de una tutela inhibitoria inutiliza la célebre marca de.

Para Ricci (1995, 650 citado por Marinoni, 2000, 33) afirma que:

“solamente deben llamarse cautelar aquellas tutelas que se destinan a tornar posible la satisfacción del derecho sin provocar su inmediata satisfacción”.

En el mismo orden de idea el mismo autor se refiere sobre la tutela anticipatoria brasileña, dice lo siguiente:

“La cuestión de saber si la tutela anticipatoria integra o no la mas vasta de las categoría de tutela cautelar, es debatida en Brasil y también en Italia. Cuando nace un nuevo instituto, es casi inevitable preguntarse si ella puede o no ser sistematizada en el ámbito de la categoría ya conocidas; y el instituto nuevo de la tutela anticipatoria parece similar a la conocida categoría de la tutela cautelar, debido a una de sus características más peculiares: la provisoriedad. Todo depende de los limites mas o menos amplios que se pretende atribuir al concepto de tutela cautelar; a las deudas atinentes a la aptitud de la tutela cautelar, encerrar en su propio ámbito la tutela anticipatoria, emergen sobre todo de un dato típico de tutela cautelar, consiste en la instrumentalidad en relación a tutela de mérito. Esa instrumentalidad puede variar en su aspecto positivo. Mas ofrece seguramente un aspecto negativo: solo puede ser instrumental en relación a la tutela de mérito una tutela que no coincida con ésta”.

Debido a las dificultad en la distinción entre la tutela anticipatoria y la tutela cautelar, diferentes legislaciones, han tomado el tema en estudio, a lo que la legislación brasileña en sus articulado trata específicamente la tutela anticipatoria, a lo que le atribuye

naturaleza cautelar a toda y cualquier tutela, para así, eliminar un peligro de daño irreparable.

Como lo demuestra Ricci (1995, citado por Marinoni, 2000, 34)

quien afirma que:

“la conveniencia de atribuir al pronunciamiento anticipatorio (y, al mismo tiempo, la sentencia de primer grado) inmediata aptitud para provocar la efectiva y completa satisfacción del derecho tutelado tiene, por tanto, también preciso significado teórico: la actuación es necesaria para que, según el prisma del contenido, la tutela anticipatoria se diferencie de la tutela meramente instrumental y por tanto cautelar”.

Lo innovador de la tutela anticipatoria es su función restitutiva es decir si el derecho ya fue violado, esta puede repararlo inmediatamente o por lo menos asegura la efectividad de su reparación.

Razón por la cual Marinoni (2000, 34) nos analiza lo anterior expuesto diciendo:

“ si se le atribuye naturaleza cautelar al artículo 273 del Código Brasileño , puede llevar a la conclusión demasíadamente absurda, de que la ejecución de la tutela anticipatoria del derecho del crédito debe parar en la prenda, así como ocurre en la actual <<ejecución provisoria>> de la

sentencia. Así, quien admite que la tutela anticipatoria debe quedar limitada a la prenda, no sólo equipara esta tutela al embargo, sino también desprecia la propia teología de la tutela anticipatoria, que no se destina, a toda evidencia, sino apenas a asegurar la viabilidad de la realización del derecho de crédito. Para que la tutela anticipatoria no pueda ser confundida con la cautelar es necesario tener en claro lo siguiente: Para que sea posible la comprensión del artículo 273, parágrafo 3º, es necesario que se perciba, antes que nada, la diferencia de fin entre la anticipación del pago de suma en dinero, la ejecución provisoria de la sentencia y el embargo”.

En realidad, la tutela provisoria solamente puede ser considerada instrumento de tutela final cuando, además de no realizar la misión que se espera ver cumplida por ésta última, se dirige a asegurar la efectividad de la tutela final.

Parra (2003, 12) dice:

“Esa posibilidad de manejar la eficacia de la empresa de la justicia, se puede lograr con medidas nominadas y dejando la posibilidad de utilizar las innominadas cuando sea necesario para asegurar la efectividad de la sentencia. Dentro de esas medidas cautelares, se pueden utilizar las tradicionales y, de acuerdo con cada caso, las anticipatorias, además, los procesos urgentes que no habría inconveniente que se diga que tiene tendencia cautelar”.

Igualmente Parra (2003, 13) trae dos ejemplos:

“1. El Código Procesal Civil de Perú, que dice en sus artículos: Artículo 618: Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”.

Artículo 674: Medida temporal sobre el fondo. Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

2. En el Código General del proceso de 1988, establece en su artículo 317.1, lo siguiente: Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuada o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo”.

La tutela restitutiva anticipada, al contrario de la tutela cautelar, fuera de que se caracteriza por la provisoriedad, no es caracterizada por la instrumentalidad, esto significaría, que no es un instrumento que se destina a asegurar la utilidad de la tutela final.

Se puede decir que la utilización de otras medidas no innominadas cautelares puede llegar a ser efectiva, si es para hacer efectiva el cumplimiento o ejecución de una sentencia.

CONCLUSIÓN

Al comparar los diferentes criterios que envuelve a la tutela cautelar se puede determinar que tanto la acción que podría ser definido como el acto de acudir ante un órgano jurisdiccional a que se le proteja un derecho, como la jurisdicción que podemos decir que es el ejercicio de ese derecho forma parte de lo que se llama sistema cautelar.

Significaría entonces que esa acción sería, pues, ese derecho que tiene cualquier individuo a una concreta tutela jurisdiccional dirigido frente al Estado, derecho esto que no sería sino en la satisfacción de una pretensión acompañada de una sentencia favorable la cual concede dicha tutela al actor.

En fin, el sistema cautelar está destinado a garantizar no solo los efectos de una sentencia, sino que surge como garantía sine qua non del derecho a la tutela judicial efectiva. En definitiva, las medidas cautelares constituyen una garantía para los justiciables, las cuales aseguran los efectos resultantes de la sentencia; es decir, son aquellos actos que tienden al aseguramiento de las pretensiones y que llegado el momento,

si le son estimadas, están aseguradas las resultas del fallo judicial y, a su vez, satisfecho en debida forma el derecho a la tutela judicial efectiva, provocando el fin único de la medida cautelar: la verdadera justicia. Justicia esta que se personaliza a través de los órganos del Estado, pues es este el que debe tutelar ese Estado de derecho.

Esta noción de legalidad esta consagrado en las constitución Bolivariana de la República de Venezuela y España.

Es entonces donde nuestra constitución de la República Bolivariana de Venezuela en virtud de proteger los derechos de los venezolanos, pone de manifiesto, en sus diferentes articulados, la prioridad en la protección de estos derechos aunado a esto podemos referirnos a que de igual forma el código de procedimiento civil hace referencia a la tutela cautelar.

Se puede decir que las mayorías de las legislaciones extranjeras tutelan este derecho, de los individuos, para que al momento de la sentencia esta pueda ser ejecutada, evitándose así que la justicia sea burlada.

En este propósito una vez que el actor tenga a su favor una sentencia que le favorezca y en vez de verse satisfecho solo consigue una justicia tardía, cuando por efecto de la tardanza en ese proceso de cognición no puede llegar a la posibilidad de ser satisfecha la pretensión definitiva; es lo que se puede llamar una tutela judicial efectiva.

Es evidente entonces que, se da una verdadera tutela judicial efectiva cuando se le permite el acceso a cualquier individuo a acceder a los órganos encargados de impartir justicia y al mismo tiempo se les satisfagan sus pretensiones.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

Araujo, J. y Arvelaíz, B. (2000). “La Seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar”. En Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. Junio. Caracas: Livrosca.

Balzán, J. (1986). **Lecciones de Derecho Procesal Civil**. Caracas: Editorial su libro S.A.

Ballesteros, P. (2003) . “Tutela Judicial Efectiva y Ejecución Forzosa”. En Congreso Venezolano de Derecho Procesal en honor a Armiño Borjas y José Gabriel Sarmiento. San Cristóbal. Venezuela: Editorial Jurídica Santana.

Behain, S. (2000).“Abusos de las Medidas Cautelares”. En Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. Junio. Caracas: Livrosca.

Cabanellas, G. (1994). **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. (23^a ed.) Tomo VII. Argentina. Heliasta.

Calamandrei, P. (1945). **Introducción al estudio sistemático de Providencias Cautelares**. Buenos Aires: Bibliografía Argentina.

Carnelutti, F. (1997). **Instituciones del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: EJEA.

Código de Procedimiento Civil (1987). Gaceta Oficial de la República de Venezuela 4209 (Extraordinario), 18 de septiembre de 1990.

Constitución de la Nación Argentina (1999). Disponible en red: Base de Datos de las Américas.

Constitución Española (1999). Disponible en red: Base de Datos de las Américas.

Constitución Política de Colombia (1999). Disponible en red: Base de Datos de las Américas.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5453 (Extraordinario), 24 de marzo de 2000.

Couture, E. (1981) . **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma.

Cuenca, H. (1965). **Derecho Procesal Civil**. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Chiovenda, G. (1997). **Curso de Derecho Procesal Civil**. México: Harla.

De La Oliva, A. (1980). **Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, S.A.

Gutierrez, I. (1998). **Manual sobre Estabilidad Laboral Relativa**. Caracas: Livrosca.

Jellinek, G. (1999). **Teoría General del Estado**. (Vol.2). México: Editorial Mexicana.(colección Grandes Clásicos del Derecho).

- Marioni, L. (2000). "Tutela Anticipatoria" En Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. Junio. Caracas: Livrosca.
- La Roche, R. (1997). **Código de Procedimiento Civil**. Caracas: Editorial Torino.
- La Roche, R. (1988). **Medidas cautelares**. (2ª ed.). Maracaibo: Alva S.R.L.
- Parra, J. (2000). "Las Medidas Cautelares en el contexto procesal penal". En revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. Junio. Caracas: Livrosca.
- Ramírez & Garay (1997). **Jurisprudencia Venezolana**. Tomo CLXXVII. Caracas: Editores Ramírez & Garay.
- Rengel, A. (1992). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano**. Caracas: Arte.
- Pierre, O. (1997). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. Tomo 5. Caracas: Ediciones Pierre Tapias.
- Pierre, O. (1999). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. Tomo 7. Caracas: Ediciones Pierre Tapias.
- Sánchez, A. (1995). **Del Procedimiento Cautelar y de otras Incidencias**. Caracas: Paredes Editores.

Ortells, M. (2000). **Las medidas cautelares**. España: La Ley.

Ortells, M y Calderón M. (1996). **La tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español**. Granada: La Ley.

Ortiz, R. (1997). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas**. Caracas: Paredes.

Urosa, D. (2003). **Tutela Judicial frente a la Inactividad Administrativa en el derecho Español y Venezolano**. España: Funeda.

