

REVISTA DE DERECHO Y LEGISLACION

(Fundada en 1.911)

Director-Propietario
DR. ALEJANDRO PIETRI,
Abogado

Miembro que fué de la Comisión Revisora del Código Civil de 1.904.

El honor de una Nación está en
sus leyes, y defender los derechos
que ellas acuerden nunca será un
acto reprobable.

AÑO XLVII — NUMERO 566 - 567

Administrador: Dr. Hugo Ritter

JULIO - AGOSTO

1958

DIRECCION y ADMINISTRACION
Padre Sierra a Muñoz, 18 (altos)
Apartado 266 - Teléfono 817406
CARACAS-VENEZUELA
AMERICA DEL SUR

REVISTA DE DERECHO Y LEGISLACION

Aparecerá mensualmente. — No se devuelven originales.

— Suscripción mensual, Bs. 2.

Número suelto, Bs. 2,25 - Número atrasado, Bs. 2,50

Exterior: anualidad anticipada.....5 dollars oro.

SUMARIO

- Medidas preventivas o cautelares (Apuntes para una lección) Dr. Angel Francisco Brice.
- Discurso en el paraninfo de la Universidad Central (Aniversario del Liceo de Ciencias Políticas en 1908). Dr. Nicomedes Zuloaga.
- Derecho Uruguayo (Cláusulas de vencimiento en los vales) Dr. Sagunto F. Pérez Fontana.
- Jurisprudencia de la Corte Federal (sobre inconstitucionalidad de una Ordenanza Municipal)
- Ley de Abogados

El Abogado en postura de mercader es algo tan lastimoso como incompatible con la majestad de su ministerio. (COLEGIO DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES).

En Venezuela hay muchos Doctores; pero muy pocos son los doctos. (Dr. Miguel Páez Pumar).

Hay, pues, doctores doctos y doctores indoctos.

“Con lo que se aprende en la Universidad no se sabe lo suficiente para llevar con orgullo un título”. (REVISTA UNIVERSITARIA, Abril de 1908, Pág. 85, Editorial “NUESTROS DOCTORES”).

En Venezuela hay Profesores que carecen de aporte bibliográfico, y es imposible saber si caen o no bajo el apotegma de Pompeyo Gener: “les falta ciencia y les sobra petulancia”.

MEDIDAS PREVENTIVAS O CAUTELARES

(Apuntes para una lección)

CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD

Uno de los fines del Derecho Procesal y por consiguiente, del proceso, es no solo declarar y ejecutar el derecho, sino también *asegararlo*. Nada se ganaría con que el poder judicial, en ejercicio de la tutela del derecho por el Estado, lo declarara, si cuando llegase el momento de ejecutarlo, el demandado hubiera ocultado o desaparecido o deteriorado sus bienes, que son la prenda común de sus acreedores y apareciere insolvente; de allí la necesidad de que el Código de Procedimiento establezca ciertas medidas para asegurar lo que al iniciarse el proceso es un derecho problemático, pero que habrá de ser una realidad definitiva. La medida preventiva pues, tiende a asegurar las consecuencias del proceso de cognición así como el de ejecución; a evitar las consecuencias del *periculum morae*. A este respecto dice Carnelutti: "Junto a la jurisdicción y a la ejecución se presenta la prevención de los daños del litigio como una tercera modalidad del proceso", porque según este célebre procesalista, por lo general se suele hablar más que de prevención, del aseguramiento de los derechos en litigio, para concluir que para él es más exacta la denominación de *preventivas*, con que distingue a estas medidas, porque el concepto fundamental no es tanto el de asegurar un interés a alguien cuanto el de prevenir los daños del litigio que ni el proceso de cognición ni el ejecutivo son aptos para eliminar a causa de su duración. Sin embargo, las dos palabras comprenden ideas afines, y de esta manera también se preserva o resguarda del posible daño; lo que vale decir, que se asegura el fin que se persigue con el

proceso. Pero si bien nuestro Código de Procedimiento denomina *preventivas* las medidas encaminadas a asegurar las resultas del juicio y asimismo a arreglar las cosas del modo que no tenga éxito la mala fé del litigante que pretenda convertirse en estado de insolvencia, existen otras medidas dirigidas a evitar que desaparezca o se menoscabe la situación existente antes de terminar el proceso de cognición o el ejecutivo y aún antes de iniciarse; de allí que el campo de acción de estas medidas sea amplio y su misión no tienda solamente a prevenir daños ocasionados por las partes, que se reflejen en el proceso que se haya incoado, sino también a mantener un estado o situación jurídico que pueda desaparecer por causas ajenas a la voluntad de las partes, por lo que, la finalidad de estas providencias es la de adelantar un estado de seguridad, de precaución, de cautela y por ello nos adherimos a Calamandrei cuando considera qué debe distinguirse con la denominación de *cautelares*.

CARACTERES Y CLASIFICACION

Una de las características de estas providencias es la *provisoriedad*, porque es esencial en ellas la limitación del tiempo de su duración; ellas existen mientras llega la oportunidad de realizarse el derecho, de ejecutarse; pero no debe confundirse la *provisoriedad* con la *temporalidad*, porque, como bien dice Calamandrei, *temporal* es simplemente, lo que no dura siempre, es decir, lo que dura por algún tiempo, independientemente de que sobrevenga otro acontecimiento; en tanto que la *provisoriedad* implica duración mientras ocurre el evento objeto de la cautela; así, la medida existe únicamente durante el *tiempo intermedio*. Copiando a Calamandrei, puede decirse en síntesis que, los efectos de las providencias cautelares por su carácter provisorio, no solo tienen duración temporal, "sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de *otra providencia jurisdiccional*, que, en la terminología

común, se indica, en contraposición a la calificación de *cautelar* dada a la primera, con la calificación de *definitiva*".

Por otra parte, el proceso cautelar tiene además carácter *instrumental* o adjetivo, porque estas medidas no existirían de no tener lugar posteriormente una providencia definitiva, lo que deja ver la condición de *subsidiariedad* que les es peculiar. Como dice Calamandrei, con tanta propiedad, estas medidas "nacen, por decirlo así, *al servicio de una providencia definitiva*". Su finalidad como ya se ha visto, no es otra que hacer eficaz una providencia o un estado jurídico ulterior.

También es característica de estas medidas la *jurisdiccionalidad*, en razón de ser verdaderos procesos jurisdiccionales, pues su conocimiento corresponde al Poder Judicial, conforme a reglas preestablecidas.

Caracteriza asimismo estas medidas, la circunstancia de que son requeridas para evitar un peligro, *periculum in morate*, que puede provenir de la ineficacia o inutilidad de las medidas definitivas que están cautelando: peligro de infructuosidad, que dice Calamandrei, y el cual comprende aquéllos casos en que se trata de presentar anticipadamente "los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza o de ejecución forzada del derecho se produzca cuando *la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta* en condiciones prácticamente favorables". O, puede proceder igualmente en aquéllos casos en que se trata de evitar la demora en el cumplimiento del derecho para evitar al mismo tiempo el peligro de que la satisfacción del derecho sea demasiado tarde. Este es el llamado peligro de tardanza de la providencia principal.

Carnelutti clasifica las providencias cautelares en conservativas e innovativas, según que la cautela que envuelva la medida vaya enderezada a constituir una aseguración preventiva contra el *periculum in morae*, o, bien que esta cautela consista en la modificación del estado de hecho existente. Así expresa dicho autor que el proceso

cautelar “puede ser concebido en dos sentidos distintos, o mejor dicho opuestos; en el de que se impida o en el de que, por lo contrario, se determine el cambio de la situación existente, antes de la conclusión del proceso jurisdiccional o del ejecutivo. Y para diferenciar mediante nombres estas dos direcciones, pareceme oportuno contraponer la prevención *conservativa* a la prevención *innovativa*”.

Para el mismo Carnelutti podría calificarse asimismo el proceso cautelar, tomando en cuenta la relación de este proceso provisorio con el definitivo, lo cual conduce a separar el proceso cautelar *autónomo y el dependiente*. Si se consideran las providencias cautelares de acuerdo con las cualidad de los efectos y se prescinde de su carácter de instrumentalidad para fijarse en el contenido de ellos, pueden incluirse entre el proceso de cognición o el ejecutivo; la división sería tripartita: proceso de *cognición*, proceso *cautelar* y proceso de *ejecución* o ejecutivo; pero en muchos casos las providencias cautelares son simplemente un procedimiento íntimamente ligado al proceso de cognición y al ejecutivo de los cuales no es posible separarlas. Esta circunstancia ha hecho dudar a algunos procesalistas, Manuel de la Plaza entre ellos, de si la distinción entre proceso cautelar autónomo o dependiente satisface las exigencias de la dogmática. Dice el autor español que hay muchos casos en que las medidas cautelares “no son sino un procedimiento íntimamente ligado al proceso de cognición o de ejecución del que no es posible escindirlos; otros en que no son sino una fase del proceso, a la que falta, por tanto, la nota de *autonomía*; y otros, por último, que a despecho del carácter previo y cautelar de las medidas, tienen una cierta *substantividad*, aunque, en un último término, todas acusen el propósito de prevenirse, adquiriendo una posición ventajosa respecto al proceso ulterior: en este sentido se habla del proceso cautelar *autónomo*”. Pero para Calamandrei, la tutela cautelar no constituye un *tertium genus* contrapuesto a la tutela declarativa y a la ejecutiva. Sin

embargo si nos acogemos al criterio de Chiovenda respecto al concepto de acción, como poder de pedir la actuación de la ley mediante la obra de los órganos jurisdiccionales y consecuentemente la necesidad de clasificarla a base de diversa naturaleza del pronunciamiento judicial que se persigue con la acción, es claro que la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: *conocimiento, conservación y ejecución*, por lo que procedería entonces darle al proceso la forma tripartita ya dicha. Así como existe una relación jurídico-procesal de conocimiento que normalmente termina con la sentencia definitiva y otra relación jurídico-procesal de ejecución que se constituye con la demanda de una medida ejecutiva, existe una relación jurídico-procesal de aseguramiento o cautelar.

Nuestro Derecho Procesal al igual del de la mayoría de los países no contiene una ordenación sistemática de las medidas cautelares, a la manera del Código Procesal Civil alemán que trae dedicado a la materia la Sección Quinta de su Libro VIII, artículos 916-45.

Nos acogemos a Calamandrei para una clasificación sistemática de las providencias cautelares. Este autor las reúne en cuatro grupos, a saber:

PRIMER GRUPO: constituido por todas aquéllas *providencias instructoras anticipadas*, con las cuales se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias que podrían ser utilizadas en un futuro proceso en un momento oportuno. En este grupo entraría la evacuación de pruebas antes del juicio para evitar que desaparezcan.

SEGUNDO GRUPO: Providencias dirigidas a facilitar el resultado práctico de una futura ejecución definitiva en el proceso, impidiendo la desaparición o deterioro de los bienes que puedan ser objeto de la misma. Aquí se comprenderían las llamadas medidas preventivas en nuestro Derecho.

TERCER GRUPO: Providencias por medio de las cuales se decide interinamente una cuestión en espera de

convertirla en definitiva a través del proceso ordinario, sin cuya solución provisoria, la demora en la solución definitiva podría ocasionar daños irreparables a una de las partes. Pueden incluirse en este grupo los interdictos prohibitivos.

CUARTO GRUPO: Providencias cuya finalidad cautelar es revelada por su denominación, consisten en la imposición de una caución que se presta como condición para obtener una ulterior providencia judicial, pues tienden a prevenir el peligro derivado de la ejecución de esa providencia judicial, la cual puede ser una providencia cautelar dirigida a evitar el peligro derivado del retardo de la providencia principal. La caución, como dice Calamandrei, funciona en calidad de *cautela de la cautela*, lo que Chiovenda ha denominado *contracautela*. En este grupo podrían incluirse las cauciones o garantía que presta el solicitante de la medida para responder de los daños que la ejecución de la medida pudiera ocasionar a la contraparte.

NOCIONES HISTORICAS

Como las medidas cautelares han sido materia de un ordenamiento sistemático solo en los tiempos modernos, no se encuentra, en términos generales, nada concreto a ellas en el derecho romano ni en el español antiguo; no ha existido en esos derechos básicos del nuestro ningún tratado especial sobre la materia, aunque sí se hallan disposiciones sobre algunas de las que en nuestro derecho procesal se denominan medidas preventivas. Así, sobre la medida de prohibición de enajenar y gravar no hay antecedentes en esas viejas legislaciones. Respecto al secuestro, en cambio, se encuentran disposiciones pertinentes en el Código de las Partidas y en la Novísima Recopilación; asimismo, sobre la medida del arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Los preceptos del Derecho Español antiguo, como se sabe, eran de general aplicación en Venezuela durante la Colonia; y en tiempos de la Gran Colombia regían las prag-

máticas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; las Leyes de Recopilación de Indias, La Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas; tal lo disponía de manera expresa la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el procedimiento de Tribunales y Juzgados de la República; esta Ley tampoco previó de modo especial las medidas preventivas: las dejó sujetas a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes bastantes para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo. Ya Venezuela en función de República dictó en 1836 el primer Código Procesal, el cual contenía un título denominado "De las Incidencias"; en este Título se comprendía las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial y arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. Esta disposición del Código arandino vino a servir de base a la futura legislación procesal sobre medidas preventivas. Al efecto, es bueno observar que exigía, para que se pudiera conceder la medida de secuestro y embargo judicial, que existiera, por lo menos, constancia de la deuda u obligación por medio de *información sumaria*: la medida podía pedirse en *cualquier estado de la causa* y procedía: 1º) cuando había temor de que el demandado pudiera ocultar o desmejorar el dinero, frutos o cosa mueble objeto del litigio o no tuviere responsabilidad; 2º) en el caso de que el marido malgastara la dote u otros bienes de su mujer; 3º) cuando pedía el hijo desheredado por su padre o madre la parte de los bienes que le toca; 4º) cuando se litigaba entre coherederos sobre la herencia; 5º) en el caso de que sea dudosa la posesión de la cosa litigiosa; 6º) aun si la posesión no fuere dudosa, reclamen la propiedad de ella dos o más personas con títulos igualmente auténticos; y 7º) cuando la sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa fuere ape-

lada por éste y no da fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble. En cuanto al arraigo, podía pedirse cuando se temiera la ausencia o fuga del demandado y consistía en la obligación de éste de presentar bienes propios o una fianza por el valor de la cosa demandada, hipotecándolos para responder de las resultas del pleito, bajo la pena de prisión; pero el demandado podía a su vez, pedir que el actor afianzara las resultas del juicio, siempre que fundadamente se temiera su ausencia fuera de la República. Figura también en el Código de Aranda el derecho del demandado a que no se acordara el secuestro ni el arraigo o que se suspendieran, de haber sido acordados, mediante la prestación de fianza a satisfacción del actor.

El código de 1873, efectuó sensibles modificaciones en la materia de las medidas preventivas de aseguramiento, que son las de secuestro judicial y arraigo: Tituló la Sección: "Del Secuestro Judicial, arraigo y afianzamiento" y agregó que el secuestro o embargo judicial se podía pedir no solo en cualquier *grado* de la causa, sino *antes o después de la litis contestación* y, que *constara el derecho aunque sea por declaración de testigos*. En la enumeración de los casos en que procedía esta medida se hicieron también modificaciones, como son: cuando sea un transeunte; o bien, si el demandado lo fuera por la cosa raíz que está gozando sin haber pagado el precio o se fueren a secuestrar bienes determinados, si estos han desaparecido o no se encontraren, en cuyo caso el secuestro se practicaría en bienes equivalentes del demandado. El Código del 73 fué derogado por el de 1897, el cual cambió la denominación del Título sobre la materia, así: "De las incidencias sobre medidas *precautelativas* y otras, y de la Tercería". Entonces fueron trasladadas a otro lugar, las excepciones dilatorias, que había dejado en el Título de las incidencias el legislador del 73 e introdujo el calificativo de *precautelativas* y quedó expresa la intención de no considerar como incidencia la Tercería. Al modificar el Código 97 la materia del se-

cuestro y embargo judicial, introdujo la medida denominada Prohibición de enajenar. El Código vigente que es el de 1916, trae el nombre de: "Incidencias sobre medidas *preventivas* y otras y de la tercería". Como se ve la modificación consiste en sustituir la palabra *precautelativa* por *preventiva*; pero la prohibición de enajenar agregó "y *gravar bienes inmuebles* y el *embargo de bienes muebles*". Además el fundamento para pedir o solicitar las medidas preventivas también sufrió cambio importante: exige el Código vigente, "*que se acompañe un medio de prueba que constituya a lo menos presunción grave del derecho que se reclame*"; de este modo el *fusmus boni juris* o sea la presunción fundada de existir el derecho se ha considerado suficiente: no se exige ya la constancia del derecho. El arraigo fué suprimido.

CONDICIONES PARA PEDIR Y ACORDAR ESTAS MEDIDAS EN GENERAL

Nuestro Código de Procedimiento Civil exige como regla general para que puedan acordarse las medidas preventivas, dos condiciones esenciales: 1° — que se haya intentado la demanda, pues mientras no exista el proceso no existen tampoco resultas que asegurar ni propiamente necesidad de cautelar el derecho; y 2° — que se acompañe un medio de prueba que constituya a lo menos presunción grave del derecho que se reclame. Nuestra legislación no permite, pues, que se acuerden medidas preventivas antes de incoarse la demanda; por eso establece el artículo 368, como presupuesto para pedir cualquiera de dichas medidas, que la solicitud se haga, *desde que se presente la demanda*; de consiguiente, sólo puede pedirse cuando la demanda está presentada, vale decir, que antes no procede dicha petición. Presentada la demanda se abre la oportunidad para solicitar las medidas preventivas y de allí que la ley diga que esto puede efectuarse, *en cualquier estado y grado de la causa*; como se sabe, estado es la situación en que se halle el juicio, y grado es la instancia.

El otro presupuesto requiere prueba del derecho que se reclame, la cual debe acompañarse como base del pedimento, si no constare ya del propio expediente, pero no vale cualquier clase de prueba; no exige la ley que sea plena, pero sí que *constituya a lo menos presunción grave* de aquél derecho. La presunción, según ha sido definida universalmente por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para llegar a otro desconocido. Es la definición de Poithier y de Domat. El primero dijo, que era “el juicio que la ley o el hombre efectuaba acerca de la verdad de una cosa mediante la consecuencia deducida de otra”. Y, el segundo, que era “la consecuencia que se deduce de un hecho conocido para poder conocer la verdad de uno incierto de que se busca la prueba”. Pero el Código de Procedimiento Civil, en el caso en estudio, califica la presunción, la requiere de mucha entidad e importancia probatoria, por eso la exige *grave*. Al decir nuestra ley que la presunción debe ser grave quiso, sin duda, referirse a la *presumptio violenta*, que es un indicio calificado, el cual hace muy verosímil el hecho que se trata de deducir o inducir. La ley ha querido, pues, que entre el hecho que se trata de demostrar o deducir y el demostrado exista “un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano”. El carácter de gravedad de la presunción por cuanto, como dice un procesalista italiano, *es materia mejor sentible que definible*, corresponde a la soberana apreciación del juzgador. Una jurisprudencia italiana ha considerado graves, las presunciones “capaces de hacer impresión sobre una *persona razonable*”; pero, a nuestro ver, la gravedad estriba en que la presunción, tenga tal grado de probabilidad que lleve al ánimo del Juez suficiente certeza como para obligarle a creer, que para el momento, está probado el derecho que se reclama en el proceso. La ley, pues, solo exige un minimum de probanza, por lo que, huelga todo comentario cuando la obligación demandada o “el derecho que se reclame” esté plenamente

probado. Suponemos de la redacción legal, que el Código de Procedimiento Civil, solo comprende en ese *mínimum* a las presunciones no establecidas por la ley, por lo que, si emanan de declaraciones de testigos, deben admitirse únicamente en los casos en que se acepta la prueba testimonial, conforme lo dispone el artículo 1.399 del Código Civil; fuera de este supuesto la presunción quedará a la prudencia del Juez. Así, pues, las presunciones, para que puedan satisfacer la voluntad legal en la materia de que estamos tratando, ha de ser suficiente para producir en el ánimo del Juez la convicción de la existencia del derecho que se reclama. Las presunciones *hominis*, son de tres clases: levisimas, leves y graves; en las primeras, la convicción que arrojan es tan débil, que sería un error inducir o deducir de ella un hecho cierto; en las segundas, ya la deducción es más probable y en las terceras, las deducciones son muy verosímiles. Por eso, nuestra Ley, en materia de medidas preventivas, para que puedan acordarse, lo que ha querido es que, al menos, exista una presunción del derecho que haga *muy verosímil* su existencia.

Se puede llegar a conseguir el criterio legal sobre *presunción grave del derecho que se reclame*, mediante el estudio comparativo de la disposición vigente con la de los Códigos anteriores. Este precepto en nuestra legislación procesal, nació en el Código de Procedimiento Civil de 1836, el cual dispuso que en cualquier estado de la causa se podía acordar el secuestro o embargo judicial en los casos que previó, pero cuando constara la deuda u obligación, *a lo menos por información sumaria*. Creyó, seguramente, el legislador de 1853, que era exigir poco al conformarse con una información sumaria, para acordar una medida de tanta importancia como el embargo de bienes y de allí que al modificar la Ley IV, Título II de dicho Código del 36, exigiera mejor constancia del derecho que se reclamara, para acordar las medidas preventivas mencionadas; y al efecto, preceptuó entonces que la deuda u obligación, constara por *documento*

público o privado reconocido, o por confesión de parte, o por justificación de testigos hecha con citación de la parte contraria. En cambio, el Código de 1863 fué más benigno y así solo requirió para acordar el secuestro o embargo judicial, que la deuda *resultara probable*, le bastó la presunción leve. De su parte el Código de 1873 se conformó con la constancia del derecho, *aunque sea por declaración de testigos, cuando esta prueba es admisible.* Los Códigos de 1880, y 1897 y 1904 en nada cambiaron la situación; fué el de 1916, actualmente en vigencia, el que estableció el requisito de la constancia por un medio de prueba que constituya *a lo menos presunción grave del derecho que se reclame.* Parece que se ausó de la constancia por medio de la declaración de testigos y el legislador de 1916 quiso que hubiera más firmeza en la convicción que debe tener el Juez sobre el derecho reclamado, para asegurarlo. La Ley procesal venezolana quiere, pues, que haya prueba plena del derecho, o, al menos, que el Juez tenga un fuerte convencimiento de su existencia. El legislador de 1916 volvió sobre los pasos del de 1836, porque a pesar de la nueva redacción, la ley vigente, exige la constancia del derecho, por los medios de pruebas legales, pero en cuanto a las presunciones de hombre o sean las no establecidas por la ley, deben ser graves, porque las levisimas y ni siquiera las leves, son aceptables. Pero es bueno aclarar que la medida preventiva no tiene como condición tanto la existencia del derecho cuanto la *apariencia del derecho.* Como dice Calamandrei: "Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita a todos los casos a *un juicio de probabilidades y verosimilitud.* Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de es-

ta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis; *solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver* si la hipótesis corresponde a la realidad. . .”

Cualquiera de esas indicadas dos condiciones que falte hace improcedente la medida solicitada, la cual puede ser de tres clases: 1° — Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles; 2° — Secuestro de bienes determinados y 3° — Embargo de bienes muebles. Estas medidas constituyen una limitación al derecho consagrado por el Código Civil de poder disponer de las cosas que nos pertenecen y por ello su interpretación es de carácter limitativo y pueden ser solicitadas desde que se intente la acción hasta que sea decidida por sentencia ejecutoriada; esto es, que procede en todas las instancias, cualquiera que sea el período en que se encuentre el proceso: de contestación de la demanda; de promoción, admisión o evacuación de pruebas; de vista y relación; o de sentencia. Dado el propósito que se persigue con estas medidas de cautelar para que sea posible la realización del derecho, en cualquier momento en que se requiera esa tutela, procede la medida; porque desde que se intente la demanda hasta que no se admita más recurso contra la sentencia definitiva que se dicte en el juicio, existe el *periculum in mora*: el peligro de que por cualquier circunstancia se haga ilusoria la satisfacción del derecho que se litiga. El demandado podría variar su situación económica existente para el momento de iniciarse la acción o bien respecto de la cosa litigiosa, por lo que sería infructuosa la garantía de tutela que corresponde al Estado cuando se ocurre a la Jurisdicción Judicial, si no tuvieran efectos estas medidas.

La ley establece en el artículo 371 una pauta para guiar al Juez en la estimación del monto de las cosas sobre las cuales versa la medida que se le haya solicitado; cuando dice que estas medidas se limitaran a los *bienes necesarios* para responder de las resultas del juicio; aquí

la apreciación del Juez es soberana, pero, de todos modos, debe usar de su prudente arbitrio y su mejor guía, como dice Borjas, está en el artículo 450 del Código de Procedimiento Civil, el cual ordena en el proceso de ejecución, embargar bienes que *no excedan del doble de la cantidad líquida de dinero*, objeto de la ejecución y las costas.

COMO PUEDEN LAS PARTES EVITAR QUE SE DECRETEN U OBTENER QUE SEAN LEVANTADAS

Sin embargo, las partes pueden evitar que se lleven a efecto estas medidas o bien suspenderlas si estuvieren ya decretadas, mediante caución o garantía suficientes. La consideración de si es suficiente la garantía prestada corresponde a la soberana apreciación del Juzgador, pero siempre guiada por los principios de la prudencia y de la buena fé; sin duda, debe ser bastante para que constituya una realidad la cautela que se desca. Para los asistidos a reserva basta que den caución juratoria. Dispone el artículo 369 que la parte contra la cual obre la fianza o garantía, puede objetar la eficacia de ésta o la suficiencia, caso en el cual se abrirá una articulación por cuatro días, que será de dos en los juicios breves; agrega esta disposición que el Tribunal decidirá con las pruebas que hubieren presentado en *primera instancia*. Dice Borjas, que no se alcanza el sentido de esta disposición en cuanto ordena al Tribunal decidir con las pruebas presentadas en primera instancia, porque precisamente el Juez no puede sentenciar sino con vista de las pruebas promovidas y evacuadas en la articulación de que trata dicha disposición legal, "sea cual fuere la instancia o grado del juicio en que se proponga la incidencia". Realmente que de los términos transcritos no se puede llegar a otra consideración y necesariamente hay que pensar con Borjas, cuando se refiere a la opinión del procesalista Dr. Pedro Miguel Reyes, que considera la expresión *primera instancia* como referente al Tribunal de la causa, que di-

cha expresión en su injustificable superfluidad, solo sirve para suscitar dudas. Pretender que la ley se refiere, como piensa Reyes, al Tribunal competente donde cursa el pleito, es suponer que las pruebas se presentan ante ese Tribunal solamente, cuando la incidencia puede presentarse en cualquier instancia, como ya se ha visto; y pensar que en los Tribunales de alzada, según el supuesto en gracia al argumento que trae Borjas, no deben admitirse ninguna de las pruebas ordinariamente procedentes en las instancias superiores, tampoco es jurídico, porque no existe ninguna razón que restrinja así el derecho de defensa y constituiría una derogación de los principios ordinarios que rigen el procedimiento en segunda instancia, como dice el mismo Borjas. Para nosotros solo se trata de un error de copia deslizado en dicho artículo, pues si para su interpretación nos valemos de la ayuda del elemento histórico, nos encontramos con que el Código de 1897 en la propia disposición establecía que: "Si la otra parte objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, con las pruebas que en primera *audiencia* se presentaren, decidirá el Tribunal". No se abría articulación entonces, pues el procedimiento era sumarísimo. Decía Feo, al comentar la disposición pertinente, que "aunque estrecho el término, como no se trata de ordinario, sino de la suficiencia de la garantía, sí podrán presentarse en primera audiencia los recaudos bastantes para que pueda el Juez dar su decisión para lo cual tiene el lapso legal de tres días". El legislador de 1916 al modificar esta disposición, probablemente no se apartó de la creencia de serle posible a las partes promover sus pruebas con éxito en la primera audiencia de la articulación que establecía como una innovación, dejando el mayor tiempo para la evacuación de las pruebas. Así tendría sentido el precepto analizado, pues diría: "...y el Tribunal decidirá con las pruebas que en primera audiencia se presentaren". Creemos pues que es así como debe interpretarse esta disposición.

*OPINIONES DE SANOJO, FEO Y BORJAS SOBRE
PROCEDENCIA DE LA CAUCION JURATORIA*

Con respecto a la caución juratoria, que es la promesa bajo juramento que hace el declarado pobre para litigar, de pagar cuando llegue a mejor fortuna, dice Sanojo, que la caución juratoria tendrá lugar únicamente en los casos en que a los no declarados pobres se les admite otra caución. Para Feo la disposición no merece ningún género de dudas, porque uno de los beneficios que trae la declaratoria de pobreza es dar caución juratoria de pagar si viene a mejor fortuna, en todos los casos en que por el Código de Procedimiento se exige caución o depósito de una cantidad de dinero. Borjas, no es partidario de la opinión de Sanojo, aunque si le parece censurable la disposición. Pensamos con Feo y Borjas, que dados los términos tan amplios del artículo 370, siempre que una medida preventiva pueda acordarse o levantarse con garantía o caución, el asistido a reserva puede obtener lo mismo por medio de la caución juratoria; el artículo 370, el cual rige el caso, dice al efecto: "Para los asistidos a reserva bastará que presten la caución juratoria"; no tiene ninguna distinción y por ende es aplicable el adagio jurídico de que, cuando la ley no distingue tampoco debe hacerlo el intérprete.

OPINION DE SANOJO, FEO Y BORJAS SOBRE OBJECCION A LA CAUCION JURATORIA CUANDO LA MEDIDA NO HA SIDO ACORDADA MEDIANTE CAUCION O GARANTIA

Respecto a la objeción que pudiera hacerse a la caución juratoria, opina Feo, que podrá fundarse en el artículo 34 del Código de Procedimiento, según el cual, la contraparte y el funcionario administrativo correspondiente podrán probar, en cualquier estado de la causa, que el declarado pobre para litigar ha venido a mejor fortuna; no encuentra dicho autor, ningún inconveniente en ello, en vista de la claridad del texto y de que

éste dispone también, que si el Tribunal juzgando sumariamente, encontrare suficiente la prueba, mandaría cesar los efectos de la declaratoria de pobreza. Disiente Borjas de esa opinión, porque no es posible objetar ninguno de los beneficios que apareja la asistencia a reserva para el declarado pobre mientras la declaratoria de pobreza no haya sido revocada y el procedimiento sumario que para ella se sigue, difiere completamente del de la incidencia de objeción de la fianza o garantía. Agrega Borjas que es claro que el litigante a favor de quien se decretó la medida, puede pedir que se revoque el beneficio de asistencia a reserva, pero no que la caución juratoria prestada se declare insuficiente para hacer levantar la medida o impedir que se la decrete en razón de que esa caución es siempre eficaz y bastante por ministerio de la ley y no puede ser contradicha; en su concepto, aunque se revoque la declaración de pobreza, después de prestada la caución juratoria, no por ello quedará igualmente revocado el decreto que suspendió o negó la medida preventiva. Adherimos a la opinión de Feo, porque es fundamental que la declaratoria de pobreza se conceda como una consecuencia de la condición del solicitante de carecer de medios de fortuna para litigar, por lo que durará mientras el beneficiario llega a mejor fortuna; luego si el beneficio de pobreza se revoca por la indicada razón tienen que cesar sus efectos inmediatamente y la caución juratoria sin duda, es uno de esos efectos; pensar de otro modo, equivale a establecer una desigualdad entre las partes del proceso, que no se justifica, mucho menos en el caso en estudio, en el cual el declarado pobre, por haber llegado a mejor fortuna, se encuentra en condiciones de prestar la garantía suficiente de que trata la ley.

*PROHIBICION DE ENAJENAR Y GRAVAR:
SU CONCEPTO*

La medida de Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles está encaminada a evitar que la persona contra quien obra la medida pueda deshacerse de sus

bienes inmobiliarios o disminuir su valor, a fin de dejar ilusorias las resultas del proceso en el cual es parte, sin perjuicio de que siga usando y disfrutando de ellas. El legislador patrio al considerar infructosa la disposición sustantiva que obliga al poseedor o detentador de la cosa a recobrarla cuando la ha dejado de poseer por hecho propio, después de intentada la demanda, introdujo la referida medida; con ella quiso evitar nuevos procesos contra el adquirente, de suyo dispendioso y aún ilusorios, porque la parte contra quien obra la medida, pudiera haberse quedado insolvente. No siempre la buena fé es norma en estas cuestiones. La ley enumera taxativamente los casos cuando procede acordarla; son cinco: 1º Sobre los inmuebles objeto de la acción reivindicatoria. Como con esta acción se persigue un inmueble determinado, el poder jurisdiccional tiene interés en que permanezca íntegro en el patrimonio del demandado para que lo pueda devolver así de salir perdidoso en la litis. En este caso el solicitante de la medida si ha acompañado, como debe hacerlo, a la demanda los documentos justificativos de su derecho a la cosa, nada más debe probar, porque en esos documentos lleva al juicio la presunción requerida por la ley, el *fumus boni juris*; 2º — Cuando el demandado sea transeunte o haya desaparecido, o exista razón para creer que trata de ausentarse o de ocultar sus bienes. Debe considerarse transeunte a aquél que se encuentre en el país y no tenga aquí su domicilio; no bastaría estar de tránsito en determinado territorio de la República, si el domicilio lo tiene en un lugar de ella, aunque sea distinto de aquél donde se encuentra. El actor para que le prospere su petición, debe comprobar que existe cualquiera de los cuatro casos indicados en el ordinal que comentamos y bastaría a los fines de la comprobación, acompañar un justificativo de testigos; en cuanto a la condición exigida por la Ley de que el demandado trate de ausentarse o de ocultar sus bienes, la prueba puede ser de presunciones, pues de no ser ésto así, se podría dar el caso de que la prueba fehaciente so-

lo podría lograrse después que se haya efectuado la ausencia o el ocultamiento de bienes; 3º — Si hubiere temor fundado de que el actor o el demandado, enajenen, graven, oculten o disipen sus bienes, o pretendan separarse del territorio de la República, para evitar responsabilidades el demandante, o burlar la acción el demandado. Aquí la prueba debe ir dirigida no a meras suposiciones, sino a hechos concretos que indiquen, con fundamento, la intención de ambas partes de hacerse irresponsables a los fines que indica la disposición legal; y, 4º — Cuando el demandado se haya separado burlando así la citación y la prohibición de ausentarse del país. En cuanto a la separación, si la sola creencia de que el demandado trata de ausentarse dá lugar a la medida según el ordinal 2º ya mencionado, con mayor razón debe proceder cuando no es ya una creencia sino una realidad, pero aquí la medida envuelve una verdadera sanción por la falta de acatamiento a la salida del país. En este caso el solicitante debe presentar pruebas de estar llenos los extremos del ordinal. Pero esta medida puede acordarse también mediante caución o garantía, aún cuando no estén llenos los extremos legales, y en cualquier otro caso. La suficiencia y eficacia de la garantía queda sujeta a la soberana apreciación del Juez, mientras no haya objeción, y la garantía debe ser bastante a cubrir los daños y perjuicios que la medida podría ocasionar, pues de lo contrario el Juez que haya decretado la medida es responsable de los daños y perjuicios no satisfechos; por consiguiente, el Juez de oficio puede negar la medida solicitada cuando en su concepto la caución prestada no es bastante.

CUANDO SE DECRETA

Considera Borjas que gramaticalmente no es inteligible la frase “aún cuando no estén llenos los extremos legales y en cualquier otro caso”. Realmente la redacción es infeliz, porque, lo pretendido por el legislador fué que se decretara la medida no obstante no estar lle-

nos los extremos de la Ley: existencia en el proceso de presunción del derecho reclamado y prueba de estar incurso en las condiciones exigidas por la Ley para acordarla; pero al agregar que en cualquier otro caso, lo que establece es confusión, pues no puede concebirse cual sea ese otro caso de que trata la ley; es de suponerse que el uso de este agregado ha sido únicamente para darle más énfasis a la expresión, a fin de indicar que basta la caución o garantía, con prescindencia de todo otro requisito.

LO QUE DEBE HACER EL JUEZ AL ACORDAR LA MEDIDA

En la misma audiencia en que acuerde la medida el Juez, sin perder tiempo la participará al Registrador del lugar donde estén ubicados los inmuebles, a fin de que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos y la participación debe contener los datos referentes a la situación y linderos que constaban en la petición de la medida.

Interesado el legislador en que la realización de ésta sea un hecho, sin que pueda ser frustrada por el demandado, impone terminantemente que se efectúe esa participación, y de allí que la ordene llevar a cabo en la misma audiencia en que fué decretada y así mismo, *sin pérdida de tiempo*; naturalmente que si los inmuebles están ubicados en jurisdicción de varios Registros, la participación debe hacerse a todos éstos.

ENAJENACION Y GRAVAMEN PROTOCOLIZADOS DESPUES DE COMUNICADA AL REGISTRADOR LA MEDIDA

Preceptúa el mismo artículo 374, que la enajenación y el gravamen protocolizados después de decretado y comunicado al Registrador dicho decreto, se considerarán inexistentes, sin perjuicio de que el Registrador responda de los daños y perjuicios que ocasione la protocolización del documento de venta o gravamen. Al referirse la

Ley a inexistencia de la protocolización, sin duda que ha querido expresar que la protocolización debe considerarse como si no se hubiera realizado, a fin de quitarle así toda clase de efectos jurídicos. El Registrador, que no obstante la participación deje efectuar la protocolización responde de los daños y perjuicios que ésta ocasione. La Ley requiere, pues, no sólo que se haya decretado la prohibición sino también, que se haya participado al Registrador para que la protocolización dé lugar a la indemnización por parte del Registrador de los daños y perjuicios que ella ocasione.

SECUESTRO: SU CONCEPTO

El secuestro es otra de las medidas preventivas; consiste en la sustracción de una cosa del poder de quien la posee o detenta, para ponerla al cuidado de un depositario, quien debe guardarla con la atención de un buen padre de familia; pero en determinados casos, puede una de las partes del proceso servir de depositario. De esta manera se realiza el propósito cautelar que se persigue con estas medidas, porque las cosas objeto de la medida, pudieran sufrir deterioros y aún perderse o desaparecer, no obstante la necesidad de mantenerlas en las mismas condiciones en que se encuentran para el momento de iniciarse el proceso. Feo define el secuestro judicial como la ocupación o aseguramiento por orden judicial, de las cosas y bienes litigiosos o sobre que recae el litigio. Y ya esta definición nos enseña la semejanza de esta medida con el embargo de bienes, que también es el aseguramiento y ocupación de cualesquiera bienes, para sustraerlos del dominio del dueño o poseedor y ponerlos bajo la guarda de un depositario; sin embargo, existe capital diferencia entre una y otra medida, la cual es que el secuestro debe ser sobre bienes determinados y el embargo, sobre cualquier clase de bienes cuando se decreta. El artículo 375, dispone que, el secuestro se decretará en los siete casos que enumera, enumeración que es

de carácter restrictivo. Ellos son: 1° — Cosa mueble sobre la cual versa la demanda; pero para que prospere deben cumplirse las condiciones siguientes: carencia de responsabilidad del demandado o temor fundado de que el demandado la oculte, enajene o deteriore; 2° — La cosa litigiosa de dudosa posesión; 3° — Bienes de la mujer, en su defecto de la sociedad conyugal, o del marido, suficientes para cubrir aquéllos; pero debe comprobarse que el marido está malgastando los bienes de la mujer; 4° — Bienes de la herencia, o en su defecto del demandado, si el actor ha sido privado de la legítima y la reclama de quienes hubieren tomado o tengan los bienes hereditarios; 5° — La cosa inmueble que el demandado haya comprado y la esté gozando sin haber pagado el precio; 6° — De la cosa litigiosa cuando el poseedor apelare a la sentencia definitiva dictada contra él, sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus partes, aunque sea inmueble; 7° — De la cosa arrendada, previa la existencia de estos presupuestos: que el demandado lo fuere por falta de pago de arrendamientos o esté deteriorando la cosa o haya dejado de hacer las mejoras a que está obligado según el contrato. Por excepción, en este caso el dueño, así como el vendedor, y el de la cosa comprada sin haber pagado el precio, podrán pedir que el depósito se acuerde en ellos mismos, pero en este caso el inmueble queda afecto para responder al arrendatario y al comprador, si hubiere lugar a la responsabilidad. De acuerdo con la enumeración que trae el artículo, el secuestro puede acordarse sobre toda clase de bienes, muebles, inmuebles y semovientes. Dice Borjas que se ha dissentido sobre si son secuestrales las cosas incorporales y asienta que la doctrina y la jurisprudencia están por la afirmativa. Creemos con Borjas que si procede el secuestro de cosas incorporales, pues no se encuentra la razón de la negativa si la medida estuviera solicitada a base de las condiciones exigidas por la Ley para acordar el secuestro, desde luego que la Ley se refiere a toda clase de muebles, sin distinguir el carácter corporal o incorpo-

ral de ellos. Así, si esta clase de bienes constituyen la cosa sobre la cual versa la demanda, si es dudosa su posesión, si se encuentran entre los bienes de la mujer casada y el marido los está malgastando, si son de los bienes de la herencia en el caso previsto de acción por el que se considera privado de la legítima; de la cosa litigiosa en el caso de apelación de que trata el artículo 375, etc., no se ve la razón de que no puedan ser secuestrados.

Según el artículo en estudio, los casos en que procede el secuestro se pueden clasificar con Borjas en dos categorías: 1º — La de aquéllos en que solo se encuentran bienes del demandado y únicamente puede acordarse a solicitud del actor y 2º — las de aquéllos en que se puede decretar la medida sobre bienes de ambas partes y por consiguiente, cualquiera de ellas puede solicitar la medida.

EMBARGO DE BIENES MUEBLES: SU CONCEPTO

Toca ahora referirnos a la medida denominada del “Embargo de bienes muebles”; ya se ha visto que difiere del secuestro, y consiste en el acto procesal encaminado a quitarle al poseedor las cosas sobre las cuales versa, para ponerlas bajo la guarda de un depositario, pero ella no recae sobre inmuebles ni requiere que las cosas embargadas sean determinadas; la medida puede versar sobre todo bien mueble del embargado. Esta medida al igual que la prohibición de enajenar y gravar, procede en los casos previstos en los ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 372 del Procedimiento Civil para acordar la prohibición de enajenar y gravar.

El embargo puede ser preventivo y ejecutivo: el primero es temporal y el segundo definitivo, pues da lugar a ejecución sobre ellos. Pensamos con Borjas que por analogía puede aplicarse en esta medida lo dispuesto por el artículo 460 del Procedimiento Civil, que permite vender las cosas embargadas sujetas a deterioro o descomposición y creemos asimismo, que se exceptúan del em-

bargo el lecho y la ropa de uso del deudor, los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, los terrenos o panteones y sus accesorios en los cementerios; el hogar constituido legalmente; los sueldos o salarios menores de cuatrocientos bolívares en juicios que no sean de alimentos; el exceso de la quinta parte de los sueldos, pensiones y salarios cuyo monto fluctúe entre cuatrocientos y mil doscientos bolívares y el exceso de los dos tercios del sueldo o pensión mayores de mil doscientos bolívares.

CUANDO PODRIA DECRETARSE ESTA MEDIDA

El embargo de bienes muebles procede en nuestro Derecho Procesal, por dos clases de motivos: los que se refieren a la persona del demandado y los relativos a sus bienes. Así, a) cuando el demandado sea transeunte, vale decir que no esté domiciliado en el país; no basta, que se encuentre dentro de la República, aún cuando se halle en otro lugar que no sea el de su domicilio: no llenaría los extremos legales, el hecho pues, de que el demandado estuviere de tránsito, en el país, pero fuera del lugar de su domicilio; ésto no sería suficiente para que procediera el embargo; asimismo si hubiere desaparecido, o exista razón para creer que trata de ausentarse, no sería bastante suponer que el demandado pretende ejecutar esos actos, se requiere, al menos, presunciones fundadas; de igual modo es procedente el embargo, si ya la presunción de abandonar el país, se ha convertido en realidad, para burlar así la citación y la prohibición de salir que se haya decretado. Mientras se practican las medidas de prohibición de enajenar y gravar y embargo de bienes; b) Cuando se tema con fundamento que enajene, grave, oculte o disipe sus bienes o pretenda separarse del territorio nacional; en cuanto a esta última parte, o sea, en lo referente a la pretensión del demandado de separarse del país, creemos que es un caso igual al previsto en el ordinal 1º del artículo que estudiamos, porque probar que existe razón fundada para creer que el deman-

dado trata de ausentarse del país, es lo mismo que probar la pretensión del demandado de separarse del territorio de la República, aunque las palabras sean diferentes; igual razonamiento puede hacerse en cuanto a la procedencia de la medida en el caso del ocultamiento de bienes, porque en el ordinal 1º, es razón también para acordarla. Pero vale observar que el caso contenido en el ordinal 2º es aplicable no solo al demandado sino también al actor.

Dice Borjas que el embargo preventivo y el definitivo se diferencian en cuanto que el segundo produce la existencia de la enajenación o el gravamen de los bienes efectuados después de practicado el embargo; no así cuando se trata del embargo preventivo y concluye el comentarista patrio que la falta de esa sanción quita eficacia a la medida, pues la adquisición de derechos sobre bienes embargados por parte de terceros, puede hacer nugatoria la garantía al litigante que solicitó el embargo. De la misma opinión de Borjas es el comentarista Dr. Reyes. Disentimos de esta opinión, porque si es verdad que el artículo 470 del C. de P. C. considera inexistente el arrendamiento, el empeño, la hipoteca y la enajenación de la cosa mueble embargada, efectuada por el deudor después de depositada, la disposición al respecto del citado artículo 470 huelga en cuanto al embargo de bienes muebles, desde luego que esta medida produce el efecto de sustraer la cosa del poder del que tiene para ponerla bajo la guarda de un depositario con fines de conservarla en nombre del poder público para que pueda garantizar las resultas del proceso; y por lo tanto, nadie puede disponer voluntariamente de ella, sin desnaturalizar la esencia jurídica de la medida y hacer nugatorios sus efectos. No debe olvidarse que el embargo es una traba decretada judicialmente en los bienes del deudor u obligado, con el fin de garantizar las resultas del juicio, evitando la enajenación o el gravamen.

Por virtud de lo dispuesto por el artículo 377 el Juez puede también, a solicitud de parte, prohibir al obligado

la salida del país, pero, mientras se llevan a efecto las medidas de prohibición de enajenar y gravar o el embargo de muebles. Sin embargo, si no se encontraren bienes que embargar, la parte solicitante de la medida podrá pedir la paralización del procedimiento hasta tanto diere caución suficiente. De los terminos de esta disposición se desprende que la salida del país debe acordarse tanto en el caso de prohibición de enajenar y gravar cuanto en el de embargo de muebles, puesto que así debe colegirse de la frase: "mientras se lleven a efecto *dichas* medidas". Borjas piensa de modo diferente: en su concepto sería inútil la prohibición de salida, porque, en tratándose de la referida medida sobre inmuebles, esta prohibición de salida no hace falta alguna para llevar a cabo la medida de prohibición de enajenar y gravar inmuebles. No obstante, si se toma en cuenta que la medida de arraigo no solo se acuerda para que el afectado por la medida presente bienes que embargar, sino también, para que no ejecute ningún acto que pueda hacerla nugatoria, es claro que procede en ambos casos, pues, aquél contra quien procede la prohibición de enajenar y gravar podría burlarla mientras se ejecuta.

Como se ha visto, el arraigo, o sea, la prohibición de salida se mantendrá únicamente, *mientras se lleven a efecto las medidas asegurativas solicitadas y acordadas*. Piensa Borjas que si no se encontraren bienes sobre los cuales practicar esas medidas, quedará sin efecto la prohibición de abandonar el país, porque, de lo contrario, "se opondría la libertad constitucional de *ausentarse de la República y de volver a ella llevando y trayendo sus bienes*", y quedaría a merced de la malicia de quien pida el embargo de bienes no existentes o no pertenecientes al obligado o a merced de las circunstancias de no tener éste bienes muebles en el país". Pensamos que la disposición es inconstitucional, porque va contra lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución Nacional, ordinal 5º, que garantiza la libertad de *ausentarse de la República*. Pero en todo caso la suspensión de la medida no procedería

por la razón expuesta por Borjas, sino, porque la ley procesal comprende el supuesto de que existan los bienes objeto de las indicadas medidas y éstas se han acordado sobre ellos, faltando solamente darle efecto, realizarlas, cumplirlas; por lo que si no existen bienes, las medidas acordadas no pueden *llevarse a efecto* y no tendría objeto mantener el arraigo; faltaría pues, el objeto que se persigue.

El embargo de bienes muebles al igual de las otras medidas preventivas se puede acordar mediante caución o garantía suficiente, a juicio del Tribunal, para responder de los daños y perjuicios que ocasione; de no ser suficiente la caución o garantía, los jueces que acordaron el embargo son responsables *subsidiariamente* de los daños y perjuicios no satisfechos. Por consiguiente, no se trata de una garantía solidaria que lleve al funcionario judicial a la categoría de deudor principal, es sólo si la solicitante falla en el pago de la correspondiente indemnización y de allí que la ley se refiera expresamente a que la responsabilidad de los jueces en el caso previsto, es únicamente sobre los no *satisfechos*.

No cree Borjas que proceda la paralización del juicio por no encontrarse bienes que embargar, si la medida fué acordada mediante fianza, porque, en su opinión, “no hay paridad entre el embargo que se decreta en castigo de la parte que trata de burlar la acción o de huir responsabilidades, y el que se dicta, no por culpa del embargado, sino por complacer al postulante que dé fianza destinada a responder de los perjuicios que pueda ocasionar a su adversario”. Expone además, que si el artículo 378 que prevé la procedencia de la medida mediante caución se refiera tanto al embargo basado en causa legal, cuanto el acordado por fianza, “los habría comprendido en un artículo posterior a la definición de cada uno de ellos”, sin perjuicio de que la opinión afirmativa conduce a darle interpretación extensiva al caso odioso de la paralización. Sin embargo, pensamos de modo diferente al maestro, por las razones siguientes: El precepto

del artículo 377 en la parte pertinente a la paralización, es un vestigio de las disposiciones que trajo el código de procedimiento del 97 sobre el *arraigo*, el cual imponía a la parte contra quien se libraba, la obligación de presentar bienes suficientes, dentro de tres días para responder de la condena establecida en la sentencia definitiva. Y dispone el artículo 374 de aquél Código, que si el obligado a arraigar no presentare los bienes dentro del término que se le fijó, y no se encontraren, en su defecto, bienes que embargar, se podría paralizar el procedimiento a instancia de parte y mientras no se diere caución suficiente. El Código vigente, de su parte, establece también la paralización, caso de no encontrarse bienes que embargar, no obstante que no prevé, como el Código derogado, la orden de presentar bienes suficientes, orden esta que en nada modifica el problema, porque con orden de presentar bienes, o sin ella, el propósito legal es que la parte contraria al solicitante de la medida garantice preventivamente los resultados del proceso, presupuesto legal que se llena con el arraigo del Código de 1897 como con el embargo de bienes del Código vigente, pues la finalidad de cautelar es la misma y de allí que ya se obtenga el decreto de ella por determinadas razones legales o mediante fianza, sus consecuencias son las mismas y por lo tanto la paralización del procedimiento se justifica en ambos casos.

PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS:

FACULTADES DEL TRIBUNAL

Al solicitarse cualquiera de las medidas preventivas si no fuere el caso de pedirla mediante caución, el Tribunal la acordará cuando hallase bastante la prueba acompañada para justificarla: no es suficiente cualquier prueba, se requiere un medio de prueba que constituya a lo menos presunción grave del derecho que se reclama y a la vez, suficiente a demostrar que la solicitud se encuentra basada en algunos de los casos exigidos por la

ley para que se pueda decretar la respectiva medida. Pero, si la prueba no la encontrare suficiente el Juez, de oficio la mandará ampliar, caso en el cual deberá determinar el punto de la insuficiencia, para que la prueba adicional recaiga sobre este punto. El auto que ordene la ampliación de prueba es apelable; no así el que acuerde la medida, el cual debe ejecutarse inmediatamente. Es tan celoso el legislador en cuanto a estas medidas, que dispone resolver la solicitud en el mismo día en que se introduzca al Tribunal.

¿QUE? DESPUES DE CUMPLIDO EL DECRETO QUE ACORDO LA MEDIDA

Ejecutado que sea el decreto que acuerde la medida solicitada, la parte contra quien proceda, tiene el derecho de exponer en la tercera audiencia, si el juicio fuere escrito y en la primera, si fuere un juicio breve, las razones o fundamentos que tenga en contra de la medida acordada: éste derecho es amplísimo, porque puede tender a atacar el decreto por cualquier vicio que pueda hacerlo nulo e ineficaz. La gravedad que implica la medida para aquél contra quien surta efectos, obliga a que se le restrinja su derecho de defensa.

Pero, la parte afectada con la medida, puede considerar conveniente a sus intereses no usar del derecho de exponer las razones o fundamentos en el lapso concedido por la ley; lo que no perjudica, porque en este caso de abstención como en el del ejercicio del referido derecho, cuyo uso se denomina oposición, se abre de derecho una articulación de ocho días en los juicios escritos y cuatro en los breves, para que las partes promuevan y hagan evacuar pruebas. Esto quiere decir que no se necesita instancia de parte para que tenga lugar la articulación y que las pruebas no tienen lapso especial para promoverlas ni para evacuarlas, pues, ambos actos pueden realizarse mientras no haya vencido el lapso de la articulación.

Creemos que el demandado afectado por la medida, puede oponerse, aún en el caso de no haber sido citado, porque se trata de un procedimiento incidental que sigue su curso aparte del juicio principal y de no ser así, se daría el caso de que bastaría con estorbar la citación por un tiempo mayor del fijado para hacer la oposición, o por el necesario para que venza el lapso de la articulación, con notable e irreparable perjuicio para el demandado.

Cuando la medida ha sido acordada mediante fianza o caución, no procede la articulación, pero la parte contra quien obra la medida puede levantarla también mediante caución o fianza.

El procedimiento de oposición, según nuestro Código no contempla el caso de abrirse la articulación cuando la medida ha sido suspendida mediante la prestación de fianza o garantía, pero la doctrina universal y la nuestra representada por Borjas están por la afirmativa y a ella adherimos, porque ese es un derecho que solo podría dejar de ejercerse por propia voluntad o por el querer expreso del legislador, por lo que en el caso de su silencio hay que presumir su intención de dejarlo incólume y así, pensamos que no obstante haberse suspendido la medida, se abre de derecho la incidencia. Naturalmente que revocada la medida por la sentencia de la articulación, la caución prestada deja de ser.

CUANDO DEBE SENTENCIAR EL TRIBUNAL

El principio procesal de celeridad domina esta materia y así la ley ordena que la articulación se decida *dos días a más tardar* de haber terminado el lapso probatorio, lo que indica que no habrá relación ni informes; pero ésto no obsta para que las partes presenten oportunamente las conclusiones que juzgaren convenientes, pero sin que la falta demore el procedimiento.

De la sentencia se oirá apelación en un sólo efecto.

*¿QUE? SI SENTENCIADA EN DEFINITIVA LA CAUSA
NO SE HUBIERA DECIDIDO LA ARTICULACION*

Puede suceder que sentenciado definitivamente el proceso en primera instancia estuviere pendiente la decisión de la incidencia y ya la causa principal se encuentre en el Tribunal de alzada o de Casación; aún así el Juez retiene jurisdicción sobre la incidencia, pues continuará conociendo de ella: nada importa, pues, que haya admitido apelación en ambos efectos o recurso de casación de la sentencia definitiva; porque, según la Ley, la articulación sobre estas medidas, así como la que efectúe un tercero, no suspende el curso de la causa principal; en armonía con ésto, el procedimiento de la incidencia se sigue en pieza separada.

*SOBRE CUALES BIENES PODRIA EJECUTARSE
LA MEDIDA*

El artículo 382 del Código de Procedimiento Civil dispone que estas medidas deberán ejecutarse sobre bienes de que esté en posesión aquél contra quien se libren, porque si al ser ejecutadas se opone algún tercero reclamando la posesión de la cosa, se procederá conforme a la oposición el embargo definitivo, la cual se ventila, como se verá más tarde, en un procedimiento especial.

Por último el artículo 384 faculta al que ha obtenido la medida de secuestro y el de depósito de la finca vendida o arrendada efectuado en el dueño, para hacer protocolizar en la Oficina de Registro respectiva el decreto que las acuerda.

*DE LAS OTRAS INCIDENCIAS QUE PODRIAN
PRESENTARSE: CONCEPTO*

Además de las incidencias con denominación propia indicadas determinantemente por la Ley, nuestro Código de Procedimiento trae otras, que carecen de esa denomi-

nación, pero, que son también incidentes del juicio principal, porque surgen y se desarrollan dentro del proceso. Se originan por el reclamo de alguna providencia que haga cualquiera de las partes, bien por resistencia de una parte a alguna medida legal del Juez, bien por abuso de algún funcionario o asimismo por una necesidad del procedimiento. Ejemplos de estos casos son según Feo, respectivamente: Cuando el Juez ordenare a una de las partes la exhibición o consignación de algún documento; la negativa de un Juez comisionado a tomar la declaración de los testigos de una parte dentro del término probatorio; si en un juicio ordinario un Juez comisionado para evacuar pruebas, devolvió al despacho con la misma parte que lo entregó y quiere que se vea la causa sin tener el Juez de la causa las resultas y la contraparte se opusiere alegando que de ese despacho resultan méritos favorables a sus pretensiones. El caso se da, pues, ya cuando se proteste de una providencia o bien cuando se pida sea dictada, en ambos supuestos por cualquiera de las tres causas indicadas. Reclamada la providencia, el Juez, en la misma audiencia ordenará que la contraparte conteste en la siguiente audiencia. Efectuada la contestación o sin ella, el Juez resolverá en la primera audiencia, después de la fijada para la contestación, o, al menos dentro de la tercera audiencia, lo que considere *justo*. No perjudica a la parte su inasistencia, pues, de todos modos, resolverá el Juez sin que la inasistencia produzca la confesión ficta; pero si hubiere necesidad de esclarecer algún hecho, se abrirá una articulación por ocho días de audiencia, sin que se conceda término de distancia. Dice la ley que el Juez resolverá lo que considere justo, por lo que debe ser inspirado en los dictados de la equidad y de la razón; pero nada hay más justo que la ley y es a su querer a lo que debe sujetarse, en primer término.

CLASIFICACION

Estas incidencias se clasifican de imprevistas, por no estar indicadas específicamente por la ley; pero, por sus efectos pueden distinguirse dos clases de ellas en relación con la sentencia definitiva de la causa principal: *influyentes y no influyentes*. Cuando la decisión que ponga fin a la articulación se proyecta de manera trascendente en la sentencia principal, es decir, cuando influya en ella, el Juez debe aplazarla para cuando dicte esta última; caso contrario decidirá el noveno día.

INCIDENCIAS INFLUYENTES SOBRE LO PRINCIPAL

Dice Borjas que si fuere negada la petición de abrir el lapso probatorio, la apelación se oirá en un sólo efecto y así creemos que sea, porque aquí no se trata de negativa de pruebas. También dice el ilustre procesalista que le parece ilógica la opinión de nuestro Feo, que ateniéndose a la letra del texto enseña que solamente cuando la sentencia se dicte para decidir la articulación abierta en esta *otras incidencias*, será necesario distinguir si la resolución de la incidencia deberá influir o no en la sentencia definitiva. Fundamenta Borjas su criterio en que ya se dicte la decisión inmediatamente o bien, al fallar definitivamente la causa principal, no se puede prescindir de la influencia que dicha determinación deba tener sobre el fondo del negocio. Creemos que esto es así dados los términos de la disposición legal y la razón de ser de ella. El precepto aplaza la decisión *influyente*, porque pudiera contener un juicio adelantado sobre el negocio principal y ésto debe evitarse para no dar lugar a una recusación o inhibición y de allí los términos generales como está concebido el precepto, pues, se refiere a la *decisión de la incidencia*, no de la articulación; y la incidencia surge desde que se presenta el reclamo.

ANGEL FRANCISCO BRICE.

Profesor de Derecho Procesal Civil en la
Universidad Católica "Andrés Bello", Caracas.