Caracas 30 de septiembre de 2002-09-27

Ciudadano

Director General de los Estudios de
Postgrado de la Universidad Católica
Andrés Bello. Área Derecho
Especialidad Derecho Procesal

Me dirijo a Ud. En esta oportunidad a los fines de dejar constancia de que he leído y asesorado el trabajo especial de grado presentado por la ciudadana MARJORIE ACEVEDO GALINDO para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal , que lleva por titulo " Medidas Asegurativas con fines probatorios"

Dicho trabajo se ajusta a las normas metodológicas y su contenido ha sido totalmente revisado y aprobado por mí.

Atentamente,

DR. JESUS EDUARDO CABRERA ROMERO

TESIS
DP2002
A34

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

MEDIDAS ASEGURATIVAS CON FINES PROBATORIOS

Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista, en Derecho Procesal.

Autor: Marjorie Acevedo Galindo.

Asesor: Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Caracas, septiembre 2002

ÍNDICE

Introducción 1

Capitulo I

La tutela judicial efectiva 4

1.-) Generalidades 4

2.-) Concepto 11

3.-) Naturaleza y características 13

Capitulo II

1.-) Las medidas cautelares 16

1.-) Las medidas cautelares 16

1.1.-) Concepto y naturaleza. 16

1.2.-) Diferencias con la acción preventiva. 19

1.3.-) Clasificación de las medidas cautelares. 22

1.4.-) Clases de las medidas cautelares. 28

1.5.-) Tratamiento de las cosas que son medios de pruebas. 30

1.6.-) Cautelas probatorias 42

1.7.-) Objeto de las cautelas nominadas 45

2.-) Momento de la cautela 47

3.-) Contra quien obran las medidas 53

4.-) Naturaleza de las medidas probatorias 55

5.-) Pruebas y aseguramientos 57

Capitulo III

Principio de la obtención coactiva de medios de pruebas 64

1.-) Generalidades 64

2.-) Bases legales de la obtención coactiva 71

3.-) Oposición a la obtención coactiva 80

4.-) Procedimiento de obtención 91

Capitulo IV

Las medidas procedentes en las pesquisas 108

1.-) Ocupación 109

2.-) Allanamiento 114

3.-) Recolección 115

4.-) Incautación 117

5.-) Prohibición de innovar 118

El doble propósito de algunas medidas 119

Capitulo V

Otras medidas probatorias contempladas en las leyes de la república 122

Capitulo VI

Naturaleza jurídica de las normas sobre pruebas 139

Capitulo VII

Posibilidad de pedir medidas asegurativas probatorias en el proceso dispositivo 149

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

La Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela en sus artículos 26 y 257 introdujo cambios fundamentales en cuanto a la manera de ver el proceso, estableciendo que éste constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Este proceso así concebido, supone para su realización la necesidad de lograr la seguridad jurídica, tal como nos dice Recasens Siches (1959) "No puede reinar la justicia en una sociedad en que no hay un orden cierto y seguro. No puede reinar la dignidad y la libertad de una sociedad en anarquía. No puede fomentarse el bienestar general en una colectividad en la que no haya una regulación pacífica y ordenada. Todos esos valores superiores del Derecho deben cumplirse precisamente en el Derecho. Pero no hay Derecho, donde no hay orden cierto y seguridad".

Dentro de esa seguridad que debe existir en el proceso, existe a su vez la necesidad de prevenir se produzcan desequilibrios en él que redunden en perjuicio de la consecución del fin último, con grave perjuicio para la colectividad o para el individuo.

Así nacen las medidas preventivas asegurativas de bienes, pero también otro tipo de medidas que tienden a asegurar que efectivamente el procesos llegue a una resolución justa de los intereses en conflicto, lo cual da nacimiento a medidas con fines probatorios que permitan la obtención de medios probatorios que conduzcan a una fijación de los hechos, lomas cercano a la verdad.

Esta obtención coactiva de elementos probatorios, permite que se aprehendan hechos ante la posibilidad de que estos se pierdan o desaparezcan posteriormente, contribuyendo de manera definitiva en el fin ultimo del proceso; la consecución de la Justicia.

La garantía de la defensa que comprende no solamente el derecho a ser oído, sino el de poder afirmar y probar debe orientar a las mas modernas legislaciones y como se ve la referida al derecho a probar es la mas apasionante por cuanto la mayoría de las veces se encuentra con escollos y de inconvenientes que hacen intransitable su paso al proceso, lo cual redunda en que se aplique la solución mas adecuada al conflicto para el cual debe servir.

En la actualidad van surgiendo interrogantes que son recogidas en este trabajo, con la finalidad de dar una respuesta acorde a nuestro ordenamiento jurídico, que hace necesario revisar el tratamiento tradicional que se le venía dando a las medidas preventivas como consecuencia de la promulgación del texto

constitucional en 1999 , en especial con la inclusión del derecho a la tutela judicial efectiva, que bajo esta óptica comprende no solo el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia sino que esa tutela cautelar se debe convertir en un instrumento para lograr la seguridad jurídica dentro del proceso, de allí la importancia del estudio que se emprende en cuanto a la posibilidad de pedir o solicitar medidas cautelares con fines netamente probatorios.

CAPITULO I

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1.-GENERALIDADES

El Derecho a la tutela judicial efectiva ha sido establecido con el mas alto rango en las modernas Constituciones. Como ejemplo de ellas se encuentran la Constitución de Alemania, donde está prevista en el artículo 19, IV de la Ley Fundamental de Bonn; en España en el Articulo 24.1 de la Constitución, en Italia en los Artículos 24 y 113 de su Constitución y en Venezuela se incorporó en la Constitución sancionada en Diciembre de 1999, en los artículos 26 y 257.

Los orígenes de este principio deben buscarse según nos comenta Ortiz Ortiz (2001), citando a Barnes Vasquez, en el Articulo 24 de la Constitución de Italia de 1947 y en los Artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

La Constitución Española dictada en el Palacio de las Cortes el 27 de diciembre de 1978 en su Artículo 24.1 establece:

> "Articulo 24
>
> 1. Toda 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."

Comentando la norma antes transcrita, el autor Hernández Mendible[1] sostiene que:

> "..en el contencioso administrativo español, se produjo una revolución, que ha tocado las bases mismas del sistema de justicia administrativa, en virtud de la proclamación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución, norma que según *García de Enterría*, constituye al contencioso administrativo en una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos y que consagra la cláusula de universalidad del control La consagración de la tutela judicial efectiva con rango constitucional en España, ha supuesto el replanteamiento de los dos puntos cardinales del proceso contencioso administrativo. La revisión del sistema de medidas cautelares y de ejecución de sentencias contra la Administración..."

Con ello patentiza que en España al incluirse como principio de rango Constitucional a la Tutela Judicial efectiva, se ha producido un replanteamiento en el sistema de las medidas cautelares que ha llegado al punto de modificar los supuestos en que esta tradicionalmente se concedían, por lo que los jueces

[1] HERNÁNDEZ MENDIBLE, V. Dos estudios sobre la tutela cautelar en el proceso Administrativo. Internet

inspirados en tal principio han acordado medidas para asegurar el fin ultimo de la sentencia y se ha producido una especie de onda expansiva entre los tribunales españoles, lo cual, en su criterio, ha servido para que los administrados recobrasen la fe en la justicia administrativa.

Esta misma inspiración es la que debe motivar al foro venezolano, al incluirse una norma similar en nuestra Constitución, lo cual nos debe conducir a un nuevo examen de instituciones procesales que tradicionalmente se habían tratado en un sentido único, como lo son las medidas cautelares, las cuales solo son acordadas para lograr el aseguramiento de bienes.

La tutela judicial no sería tal sin la existencia y establecimiento del poder cautelar, concebido por Ortiz Ortiz (1.999) como la potestad otorgada a los jueces y dimanante de la voluntad del legislador para dictar las decisiones cautelares que sean adecuadas y pertinentes en el marco de un proceso jurisdiccional, con la finalidad inmediata de evitar el acaecimiento de un daño o una lesión irreparable a los derechos de las partes y la majestad de la justicia. A través de las medidas cautelares se asegura el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso.

En este orden de ideas se puede decir que surge el sistema cautelar como una garantía procesal con la que cuentan los ciudadanos para que los efectos de la sentencia se cumplan o se realicen; por ello, para que los justiciables no vean burlados sus derechos tras un proceso dilatado y lleno de incidentes para la satisfacción de sus pretensiones, el ordenamiento procesal debe facilitar un sistema que asegure el cumplimiento de lo decidido en la sentencia.

Estas medidas cautelares no solo se deben mirar tras la óptica de que el fallo pueda ser ejecutado y no quede nugatoria la resolución dictada, sino como punto de partida de la tutela judicial efectiva prevista en nuestra Constitución, deben dictarse las medidas necesarias encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda o que su practica se haga imposible por otras causas; es decir, medidas cautelares que aseguren la prueba o en defensa de la prueba

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia Nro. 708 del 10/05/2001, estableció la siguiente doctrina que marca un avance en cuanto al punto que se trata:

> "El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión

> del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura."

De igual manera, los tratados internacionales de protección a los derechos humanos han reconocido el derecho a de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva. En la Declaración de los Derechos Humanos está prevista en el artículo 10; en el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el artículo 6; en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.

Para Ortiz Ortiz[2] el Estado de Derecho es, ante todo un estado de tutela, esto es una organización jurídica mediante la cual se ampara y protege a los ciudad0anos en el goce efectivo de sus derechos subjetivos individuales o colectivos.

---

[2] Ortiz Ortiz Rafael "La Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa. Editorial Fronesis 2001

Esta concepción va unida a la de seguridad jurídica que es un pilar básico en nuestro sistema constitucional y que a través de ella y sólo de esta forma, podremos crear y convivir en un estado social democrático y de derecho, donde a través de éste último, se puedan fijar los cauces necesarios para una convivencia duradera de la sociedad actual.

Como parte de la seguridad jurídica se encuentra la tutela cautelar el cual es un instrumento para lograr aquella.

Esta concepción ha sito tratada a nivel internacional en dos recientes resoluciones del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en las que ha vuelto a concitar el interés en torno al proceso cautelar, conocido como "référé" en la terminología francesa y que tiene por objeto, bien la suspensión de la ejecución del acto recurrido, bien la adopción de otras medidas cautelares cuando la protección exclusivamente negativa que proporciona la suspensión no basta para evitar que el demandante sufra un perjuicio irreversible.

Estas decisiones se refieren, por una parte, al Auto dictado por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en fecha 22 de diciembre de 1995, en el asunto T-219/95 R seguido a instancia de tres residentes en Tahití contra la Comisión de las Comunidades Europeas apoyada por la República Francesa, cuya demanda de medidas provisionales tenía dos objetivos: lograr la suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 23 de octubre de 1995 sobre las pruebas nucleares francesas y que se ordenara a la Comisión adoptar todas las medidas necesarias para preservar y proteger los derechos que el Tratado Euratom reconoce a los demandantes, según las alegaciones de éstos.

La otra decisión se trata del Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de mayo de 1996 dictado en el asunto C-399/95 R, seguido a instancia de la República Federal de Alemania apoyada por Neue Maxhutte Stahlwerke Gmbh contra la Comisión de las Comunidades Europeas como consecuencia de una demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión 96/178/CECA, de 18 de Octubre de 1995, relativa a una ayuda de Estado, del Estado Federado de Baviera a la empresa siderúrgica anteriormente citada.

En ambas resoluciones se hace referencia aunque por distintos motivos a lo que constituye el fundamento de las medidas cautelares: el derecho a una tutela judicial efectiva. Expresamente afirma en su párrafo 46 "la imposibilidad de conceder medidas provisionales no sería compatible con el principio general del derecho a una tutela jurisdiccional completa y efectiva que el Derecho comunitario reconoce a los justiciables. En efecto, este principio, implica que pueda garantizarse la tutela cautelar de los justiciables en caso de que sea necesaria para la plena eficacia de la futura decisión definitiva, al objeto de evitar una laguna en la protección jurisdiccional que depara el Tribunal de Justicia" y como fundamento a esta posición las sentencias de 19 de junio de 1990 Factortame y otros, C-213/89 y la sentencia de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89.

2.- CONCEPTO

La tutela judicial efectiva, nos dice la doctrina, no es sino el principio según el cual cualquier persona puede y debe ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la Justicia para que esas pretensiones le sean satisfechas. Lo que no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonadamente con arreglo a Derecho y en un plazo de tiempo también razonable, a lo largo de un

proceso en el que todas las personas titulares de derechos e intereses afectados por esas pretensiones puedan alegar y probar lo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha definido la tutela judicial efectiva de la siguiente manera:

> "La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de

contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades.

3.- NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS

El autor Gui Mori[3] en cuanto su naturaleza y características la clasifica de la siguiente manera:

a) Es un derecho fundamental, en cuanto a su obligatoriedad, condición de fundamento de la persona y de la sociedad, en cuanto a su interpretación con arreglo a la doctrina internacional, en cuanto a su respeto y vinculación por los poderes públicos y reserva de ley y por supuesto en cuanto a su protección
b) Es un derecho público subjetivo, es un interés jurídicamente protegido esgrimible frente al Estado que es el responsable de la organización y funcionamiento del servicio público de la Administración de Justicia
c) Es un derecho de configuración legal: no es un derecho de libertad ejercitable sin mas, sino un derecho de prestación no incondicionado y absoluto, sino de configuración legal que no puede ejercerse al margen del procedimiento legalmente establecido pues incumbe al legislador la configuración de la actividad judicial y del proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones

[3] GUI MORI, Tomas. "Jurisprudencia Constitucional 1981-1995. Estudio y reseña completa de las primeras 3.052 Sentencias del TC.

d) De contenido básico: incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable.

e) De contenido amplio: todo tipo de acciones, fundadas en Derecho como base de una pretensión, deben tener cabida en la tutela efectiva

f) De normatividad inmanente: es uno de los derechos fundamentales que tiene una fuerza expansiva o normatividad inmanente. Ello presupone que de él se derivan y forman otros conceptos o principios como son por ejemplo la subsanación, conservación, proporcionalidad, acceso al proceso, derecho a los recursos, derecho a al ejecución de las sentencia entre otros, que no son derechos fundamentales distintos del de tutela efectiva, sino fases diversas que integran el contenido de la tutela efectiva

g) De faceta internacional: se hace forzoso la experiencia y doctrina internacional especialmente la procedente del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

h) De faceta tuitiva: Significa que los jueces deben ser los primeros garantes de la tutela efectiva, como promotores activos de la misma y por supuesto como tuteladores imparciales.

i) Instrumental: El derecho a la tutela judicial efectiva suele ser el instrumento indispensable para la defensa de otros derechos e incluso de otros derechos fundamentales

j) Irrenunciable: Como cualquier otro derecho fundamental, es inherente a la condición de la persona como titular de dichos derechos

k) Equilibrio: El principio de tutela judicial efectiva tiene también su límite en los legítimos derechos de la contraparte procesal.

El articulo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es y debe ser, tal y como lo consagran los artículos 2 y 3 de la Carta Magna, uno de los **valores fundamentales** presentes en todos los aspectos de la vida social por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social.

Cuando el estado asume la administración de justicia que conlleva la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados y con la administración, se compromete a organizarse y es así como surge entonces como valor ineludible la garantía del acceso a los órganos de la administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto y que este cumpla con los requerimientos contenidos fijados por el propio constituyente en cuanto a lo que se espera de una administración de justicia, obtener con prontitud la decisión correspondiente, dentro del marco de las garantías establecidas en el mismo articulo mencionado supra.

CAPITULO II

LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Concepto y naturaleza

El Código de Procedimiento Civil de 1986 no define las medidas cautelares, sino que el articulado que las regula se inicia con la norma que establece cuando proceden las mismas.

Según el diccionario Jurídico Venezolano[4] las medidas cautelares se definen como cualesquiera de las adoptadas en un juicio o proceso a instancia de parte o de oficio, para prevenir que la resolución del mismo pueda ser más eficaz.

Para La Roche (1998)[5], son tres los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar: primero, anticipa la realización de un efecto que puede

[4] Diccionario Jurídico Venezolano Tomo II. Lider Editores Venezuela

o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y tercero sus efectos están preordenados y atenidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.

Existen varias teorías para explicar la naturaleza jurídica de las medidas preventivas o asegurativas

a.- La primera de ellas parte del principio de que las medidas solo se dictan ante el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo. El Código de Procedimiento Civil en el Artículo 585 acoge esta tesis cuando estatuye las medidas preventivas las decretará el Juez solo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo

Los que sostienen esta posición parten de que la norma se refiere solo a la posibilidad de decretarla para asegurar los efectos directos de la sentencia.

b.- Una segunda posición sostiene que las medidas cautelares se dictan ante el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de

---

[5] La Roche, Ricardo. Medidas Cautelares. .Centro de Estudios Jurídicos del *Zulia*

difícil reparación al derecho de la otra, para ello se afincan en el contenido del Artículo.588 del Código de Procedimiento Civil en su Parágrafo Primero Consideran, quienes sostienen esta posición que se refiere al derecho de fondo discutido, por lo que no es posible dictar medidas asegurativas con fines probatorios, con lo cual disienten de Podetti y Calamandrei.

Los que se afilian a esta posición admiten, a su vez, la posibilidad de que si la cautela persigue proteger derechos en abstracto, diferentes al derecho de fondo discutido podrían dictarse tales medidas.

c.- Como tercera posición se encuentra aquella que afirma que las medidas se dictan para asegurar la finalidad del proceso, tal como lo prevé el Artículo 243 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando establece la privación de libertad como una medida cautelar que solo proceder cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar la finalidad del proceso. En igual sentido el Artículo 13 del mismo texto legal consagra como principio que el proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas.

Como finalidad del proceso y garantía de éste dichas medidas deben asegurar la ejecución del fallo

1.2. Las providencias cautelares se diferencian de la acción preventiva definitiva en la permanencia de sus efectos, pues estos son provisionales y depende la medida en su existencia de un, acto judicial posterior, al servicio del cual se dicta.

CALAMANDREI en su obra "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", que hoy por hoy es la sistematización más completa y más profunda sobre la materia, y en la cual se basan diversos textos para explicarlas, va analizando sucesivamente los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones numerosas y variadas que dicta el Juez a lo largo del proceso.

Expresa en su obra, que este criterio no se basa en el aspecto subjetivo por que no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de

las otras providencias del juez: la forma de la sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia.

Nos dice el autor citado,

> "Podría creerse también que el único criterio del que se puede esperar una verdadera diferenciación sea el sustancial, que hace relación al contenido de la providencia, o sea ,sus, efectos jurídicos", pero la insuficiencia de éste se observa a primera vista precisamente en que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las otras providencias de cognición o de ejecución: efectos meramente declarativos o constitutivos, o bien ejecutivos, pero no diversos a los de aquéllas. El criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución. Podríamos decir que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la fusión de ambos efectos dichos no nace la providencia cautelar "declarativo-ejecutiva" como providencia única de las cautelares, ni mucho menos una síntesis que pueda catalogarse como *tertium genus* frente a los otros tipos de tutela jurídica. El criterio diferenciador de las medidas cautelares, valga decir, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas; está en orden lógico ajeno y extraño al de éstas. Es por eso que pueden adjetivarse como de cognición o de ejecución, o, preponderando estos efectos, declarativas cautelares o ejecutivas cautelares. En este sentido podemos hablar de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia, según antes expusimos, del proceso de cognición ni del de ejecución."

Y Agrega el autor Henriquez La Roche, ya citado, al interpretar a Calamandrei: " ¿Cuál sería entonces el criterio diferenciador? CALAMANDREI piensa que a las medidas cautelares no se les puede negar una *peculiar fisonomía procesal,* que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías

por si mismas, determinables a base de criterios que no las transforma de procesales en materiales. Su definición ha de buscarse más que sobre la base de un criterio ontológico, en un criterio ideológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de una providencia principal) al que sus efectos están preordenados. Y concluye su razonamiento diciendo que la característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad. Instrumentalidad en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; instrumentalidad también en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal, al igual si se me permite el símil que los servidores de un viajero antiguo preparan el lugar en la próxima venta a espera de la llegada de su señor, para hacer mas fácil su camino. La providencia instrumento interviene el asunto, a la espera que definitivamente lo intervenga la providencia subsecuente. Y por eso el concepto denota dos elementos, precaución y anticipación, aun cuando ya el primero de ellos entraña la significación del segundo. Paréceme que el concepto de Instrumentalidad de CALAMANDREI puede definirse en esta escueta frase: *ayuda de precaución anticipada y provisional.*

La Instrumentalidad es hipotética porque sólo existe en la hipótesis que el contenido de la providencia principal sea en favor del que ampara la medida cautelar; y yo diría aún más, que es hipotética también en la hipótesis que se dé el

juicio principal futuro. En este caso podemos decir que la Instrumentalidad es genérica y eventual.

1.3. Clasificación de las medidas cautelares

La mayoría de la doctrina procesal clasifica las medidas cautelares en dos grandes grupos. Siguiendo las enseñanzas de La Roche (1988) tenemos las siguientes clasificaciones.

Entre las primeras algunos limitan las medidas cautelares a las providencias que actúan una función jurisdiccional eminentemente ejecutiva; otros, en cambio, engloban todas las providencias con fines preventivos, independientemente de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva que cumplan.

En el primer grupo se inscribe, la clasificación de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, quien las clasifica: 1) De dar cosa genérica (dinero); 2) De dar cosa específica 2.1.) Mueble; 2.2) Inmueble; 3) De Hacer; 4) De no hacer".

COUTURE, las clasifica en seis tipos: a) medidas de puro conocimiento, que no tienen ni suponen ninguna coerción; su objeto tan sólo es declarativo, como sería ejemplo las diligencias preparatorias a la demanda, es decir, las

pruebas pre-constituidas; b) medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional: son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe un riesgo previsible. Cita como ejemplos el depósito de la cosa mueble, embargo del inmueble, interdicción del deudor, administración judicial de la comunidad o sociedad; c) medidas de tutela de la propiedad o del crédito: probada prima facie la propiedad, prenda, hipoteca, calidad de heredero, se dictan simplemente a requerimiento del titular, aun cuando según dice, no exista riesgo (*periculum in mora*), como consecuencia del derecho real o de crédito; da como ejemplos el embargo, el secuestro, la interdicción medidas de ejecución anticipada, cual es el embargo ejecutivo seguido de una etapa de conocimiento. Su carácter cautelar reside en que es una forma preventiva de colación, supeditada a lo que decida la sentencia; c) medidas cautelares negativas, que son las que persiguen impedir la modificación del estado de cosas existente para evitar el daño que implica la modificación: no anticipan la ejecución de un acto sino la prohibición de ejecutarlo. Ejemplos, prohibición de innovar, prevención en las acciones de obra nueva; f) medidas de contracautela: ofrecen la peculiaridad de que son las únicas decretables en favor del deudor, y no (a diferencia de las restantes según su opinión) del acreedor; este concepto no encuadra dentro de nuestro ordenamiento procesal porque las medidas de contracautela en el procedimiento de medidas preventivas se otorgan tanto en favor del demandante como del demandado.

ALSINA las clasifica en cuatro grupos; a) las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio ordinario, (v.g.), la constatación de un hecho por peritos, deposición de un testigo anciano o enfermo grave, o bien, próximo a ausentarse. Son las medidas de puro conocimiento de que habla COUTURE; b) las que tienden a asegurar el resultado de la ejecución forzosa (embargo preventivo, inhibición, es decir, prohibición general de enajenar y gravar, anotación, registro de la litis, intervención judicial, nombramiento de depositario judicial o interventor; c) comprende aquellas de las que, en su ausencia, pudiera resultar un daño irreparable; separación de los cónyuges, alimentos provisorios, prohibición de innovar. La prohibición de innovar nace del Derecho romano que establecía la indisponibilidad de la cosa litigiosa, no pudiendo enajenarse, destruirse o deteriorarla. La definición de este grupo es deficiente porque en realidad no es otra que la del peligro en el retardo, característica de las medidas cautelares en general; d) la caución que se exige para obtener la ejecución provisoria de un acto, incluso de las medidas precautorias, como es el caso de fianza para constitución de embargo.

GOLDSCHMIDT las clasifica de la siguiente manera 1°, el embargo preventivo que tiende al aseguramiento de la ejecución forzosa de créditos en metálico o susceptible de ser reducidos a metálico, que hace hacer un derecho, según expresa, de garantía pignoraticia, pero no con fines de pago inmediato, sino de aseguramiento, pudiendo convertirse en embargo definitivo susceptible de

ejecución. 2°, las medidas provisionales que tienden a asegurar la ejecución futura de cualquier exhibición o devolución de cosas, cesión de inmuebles, constitución de hipoteca, entrega de menor. 3°, medidas provisionales protectoras de la paz, mediante la regulación provisional de una situación de hecho, que de no regularse tendría consecuencias irreparables, como es el caso de posesión, protección de bienes en interdictos, uso de servidumbres, retención, separación provisional de los cónyuges en divorcio. 4°, las medidas provisionales que tienden a satisfacer necesidades primarias, mediante una condena provisional a prestaciones periódicas o por una sola vez, y comprende los casos de alimentos, litis-expensas, gastos de atención médica.

PODETTI, adoptó una clasificación tripartita: medidas que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa; medidas que persiguen el mantenimiento de un estado de cosas o la seguridad e integridad de un bien, en tanto se esclarezcan los derechos de los interesados (Medidas para asegurar la paz); y, medidas que tienden a satisfacer necesidades primordiales o preservar de daño a la persona o a los bienes. La primera especie coincidía con las dos primeras de GOLDSCHMIDT, la segunda con la tercera y con las medidas negativas de COUTURE; la tercera con el cuarto tipo de la clasificación de GOLDSCHMIDT.

No obstante, con posterioridad, el autor ha alterado su división anterior, proponiendo la siguiente: "Podemos ahora formular una sistematización sobre la

base del objeto de las medidas cautelares (materia y finalidad), en tres géneros, dos de los cuales comprenden dos especies; 1°) medidas para asegurar bienes, a) para asegurar la ejecución forzosa, y b) para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas; 2°) medidas para asegurar elementos de prueba; 3°) medidas para asegurar personas, a) guarda provisoria de personas, y b) satisfacción de sus necesidades urgentes"

La clasificación que hace CALAMANDREI en su citada obra Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, las clasifica de la siguiente manera:

a) El primer grupo es el de las "providencias instructorias anticipadas", con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno.

b) El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Casos típicos son nuestras medidas preventivas.

c) Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes. Un ejemplo lo hallamos en los interdictos de amparo, restitutorio y prohibitivos, en cuanto al decreto primero, provisional.

Su mayor peculiaridad consiste en que satisface provisionalmente el derecho subjetivo de fondo, cosa que no sucede en los otros tipos de medidas cautelares. La diferencia entre las providencias cautelares de este tercer grupo y la tutela cautelar definitiva de que hablamos anteriormente (ut supra N° 3), consiste en la relación de instrumentalidad, o concretamente en la provisoriedad. Ambas son satisfactivas de la relación jurídico-material, sólo que las primeras convertirse en definitivas

d) Como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Ejemplos son las dos medidas de cautela del procedimiento de medidas preventivas para decretarlas (contracautela) o para

neutralizarlas (cautela sustituyente).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001 admite la existencia de medidas cautelares o la cautela judicial con la finalidad de obtener pruebas, en dicha sentencia sienta el siguiente criterio:

> "Las figuras asegurativas tiene en común que con ellas se aprehenden bienes (muebles o inmuebles), tomando el Estado posesión de ellos con miras al proceso penal; mas no derechos, los cuales por intangibles no pueden ser llevados a la Sala de audiencia del Tribunal de la causa. Sin embargo, ante algunos delitos, es posible confiscar bienes o inmovilizarlos preventivamente, lo que atiende a otro tipo de figura, dirigida hacia la cautela sobre bienes objetos del delito, por lo que durante el proceso donde se ventilan tales delitos, pueden ocuparse o incautarse derechos, tal como lo previene el articulo 271 constitucional en los procesos penales para salvaguardar el patrimonio publico o en los casos de trafico de estupefacientes. Para lograr la finalidad, se podrá acudir al embargo y a prohibiciones de enajenar y gravar de bienes muebles, a los fines de asegurar el cumplimiento del fallo (confiscación de bienes), y también a lograr uno de los fines de las ocupaciones, de neto corte probatorio: prohibir se innoven los inmuebles..."

1.4. Clases de Medidas Cautelares

Existen dos clases de medidas cautelares; nominadas e innominadas.

Las primeras son preferentemente patrimoniales y se dictan para garantizar la ejecución del fallo, a través del apoderamiento de bienes suficientes a tales

fines.

Conforme al artículo 588 del Código de Procedimiento Civil estas medidas son el embargo de muebles; el secuestro de bienes y la prohibición de enajenar y gravar inmuebles.

En cuanto a las innominadas, no están expresamente determinadas como las nominadas, sino que constituyen el producto del poder cautelar general de los jueces quienes, a solicitud de parte pueden decretar y ejecutar medidas adecuadas y pertinentes para evitar cualquier lesión o daño que una de las partes amenace infringir en el derecho de la otra y con la finalidad de garantizar tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva de la función jurisdiccional misma. Estas medidas pueden consistir en garantizar o prohibir la ejecución de determinados actos, dictar providencias que tengan por objeto cesar la continuidad de la lesión.

Esta garantía se logra a través de la incautación de los bienes lo cual equivale al embargo en el caso de las medidas nominadas y la prohibición de innovar

1.5. Tratamiento de las cosas que son medios de prueba

El objeto de la prueba es el hecho que debe verificarse de acuerdo a la afirmación que cada una de las partes ha vertido en el juicio y que forma parte del contradictorio.

Las pruebas no son otra cosa que porciones del mundo exterior que deben ser llevados al proceso para su análisis con la finalidad de llevar al convencimiento del Juez como órgano que va a dirimir la controversia, la veracidad de la afirmación de las partes.

Así tenemos que dentro de las pruebas tenemos el acto del hombre o el acto de las cosas o el hecho del hombre y el hecho que dimana de las cosas.

Nos refiere Carnelutti (1944) que las cosas de los más variados géneros sirven de prueba, no es posible hacer enumeraciones ni distinciones, cualquier porción del mundo exterior, animal o inanimado, en cuanto constituya objeto de las afirmaciones de las partes o se encuentre con estas en una relación dentro del proceso.

Las cosas que funcionan como pruebas pueden realizar tal oficio de dos modos o porque son el objeto mismo de la afirmación que se ha de verificar o porque proporcionan un argumento para la verificación

Las cosas pueden llevarse o incorporarse al proceso bien sea escrito u oral, pero existen ciertas limitaciones en cuanto se trate de uno u otro. Al proceso escrito deben ser incorporadas al expediente, anexables a los autos, que permita a las partes ejercer el control del medio propuesto. En este sentido si pensamos en cosas como por ejemplo una pared, una placa otorgada referida a un reconocimiento laboral, un vehículo u otros semejantes, cuya imposibilidad de anexarlos al expediente, no pueden ser considerados como medios de pruebas en el proceso escrito, por lo que los hechos que estas cosas representan deben ser aportados al proceso utilizando otros medios probatorios que se utilicen como "ayudantes" para traer los hechos incorporados a este tipo de cosas.

Estos medios que sirven como ayudantes o medios sustitutivos están previstos en nuestro ordenamiento procesal tales como el reconocimiento judicial (inspección), los medios meramentes representativos como las fotos. En cuanto a la experticia el artículo 465 del Código de Procedimiento Civil prohíbe a los expertos destruir o inutilizar las cosas sometidas a su examen sin autorización del juez

En el proceso oral el campo se amplia mas, incluyéndose otras cosas que puedan ser llevadas al salón de audiencias, para su examen y control probatorio. En todos estos casos esta claro que las partes tiene la obligación de indicar el objeto de la prueba su conexión con los hechos controvertidos

Por Sentencia dictada en la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en el juicio seguido por CEDEL MERCADOS DE CAPITALES contra MICROSOFT CORPORATION, en fecha 16 de noviembre de 2001 se dejó establecido en cuanto a la obligación de indicar el objeto de la prueba y su conexión con los hechos controvertidos lo siguiente:

> "El Código de Procedimiento Civil, dispone en su artículo 509 lo siguiente:
> "*Los Jueces deben analizar todas cuantas pruebas se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cual sea el criterio del Juez respecto de ellas.*"
> Esta disposición tiene su razón de ser en el hecho de que la sentencia por no ser una orden ejecutiva sino un acto del Estado por el cual se dirime un conflicto entre particulares y que lleva implícita su vocación de ser más que la ley del caso la justicia del caso, debe ser portadora de su propia legalidad.
> Es por este motivo que la ley impone al Juez el deber de sentenciar conforme a lo alegado y probado por las partes y le prohíbe actuar de oficio, a menos que la propia ley lo autorice, y le impide, también, sacar elementos de convicción de fuera del proceso.
> Con relación a las partes, el Código de Procedimiento Civil, reiterando el contenido del artículo 1.357 del Código Civil, dispuso en su artículo 506 lo siguiente:
> *"Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.*

Los hechos notorios no son objeto de prueba."

Esta disposición se complementa con la consagrada en la primera parte del artículo 254 eiusdem, donde se establece:

"Los Jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciaran a favor del demandado, y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma."

Las normas citadas ponen de relieve que el Juez tiene una doble limitación; a saber, no puede proceder sino a instancia de parte y no puede decidir sino dentro de lo que las partes le alegaron y probaron y, a su vez, las partes tienen una doble carga: alegar todos aquellos asuntos o temas cuya decisión sea requerida y demostrar la veracidad de sus afirmaciones de hecho.

Con relación al Juez si se escapa de sus límites, estará emitiendo un fallo nulo a tenor de lo determinado en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, y por lo que respecta a las partes, de no cumplir con su carga de alegaciones, se verán en la imposibilidad de probar de conformidad con lo previsto en el artículo 1.354 del Código Civil y en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil.

Todo lo anterior apareja que si alguna de las partes no alega válidamente sus pretensiones y como consecuencia de ello no las puede probar, sucumbirá en el debate y el Juez así deberá decretarlo, por mandato del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Para el cumplimiento de las cargas de las partes, el Legislador consagró una serie de normas que regulan el modo, tiempo y lugar cómo ellas, pueden y deben llevar a cabo sus actuaciones para lograr su cometido.

Todas esas normas tienen su inspiración en el hecho que, no se puede dejar a ninguna de las partes contendientes, la posibilidad de proceder a su libre arbitrio sin desmejorar la condición de su contrario y, por ende, sin crear las condiciones para que el proceso devenga en caos y anarquía.

Con relación a los alegatos, deben ser hechos por quien esté legitimado para tal conducta y es así como se consagran las normas rectoras de la actuación de las partes y de la posibilidad que, intervengan terceros en una causa que le es ajena pero cuyas resultas le pueden afectar, reglas éstas que impiden la consignación de escritos anónimos o emanados de quien no tiene cualidad para ello.

Igualmente, deben ser hechos en la forma, tiempo y lugar previamente establecidos y así, no se puede aceptar la existencia de una demanda o contestación realizadas en idioma distinto al castellano o, -al menos en este momento-, no presentadas por escrito al Tribunal sino entregadas en un disquete o *KCT* que las contengan. De la misma manera, es inaceptable que esos escritos, aun cuando elaborados en idioma castellano no se hagan llegar al órgano respectivo en el lugar destinado al despacho sino que se entreguen en la morada del Juez o Secretario o se los hagan llegar a su apartado postal o a su dirección de correo electrónico. Por último, no se puede concebir que tales escritos, aun cuando presentados por el legitimado, por escrito, en castellano y en la sede del tribunal sean hechos llegar fuera de las oportunidades establecidas para ello, por ejemplo en horas de la noche, o un día domingo, feriado o que el tribunal no despachó, desde luego que ello significaría tanto como no haberlo hecho, tal y como se asentó en el punto previo III de este fallo.

Por lo que respecta a las pruebas, aparte de los requisitos antes dichos, valederos para todo tipo de actuación de las partes en el proceso, existen requisitos relativos a los medios de prueba y condiciones propias de las diligencias probatorias realizadas por las partes o por el tribunal al pretender incorporar a los autos aquellos medios de prueba.

Así tenemos que, el Código de Procedimiento Civil, consagra las siguientes normas:

"Artículo 396: Dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse, salvo disposición especial de la Ley. Pueden sin embargo, las partes de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tengan interés.

Artículo 397: Dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos.

Pueden también las partes, dentro del lapso mencionado, oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Artículo 398: Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los

escritos de pruebas admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquéllos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.

Artículo 399: Si el Juez no providenciare los escritos de prueba en el término que se le señala en el artículo anterior, incurrirá en una multa disciplinaria de quinientos a mil quinientos bolívares, que le impondrá el Superior de acuerdo con el artículo 27; y si no hubiere oposición de las partes a la admisión, éstas tendrán derecho a que proceda a la evacuación de las pruebas, aún sin providencia de admisión.

Si hubiere oposición sobre la admisión de alguna prueba, no se procederá a evacuar ésta sin la correspondiente providencia.

Artículo 400: Admitidas las pruebas, o dadas por admitidas conforme a los artículos precedentes, comenzarán a computarse los treinta días destinados a la evacuación; pero si hubieren de practicarse algunas mediante comisión dada a otro tribunal, se hará el cómputo del lapso de evacuación del siguiente modo: ...omissis..."

Las normas anteriores revelan que los medios probatorios están sujetos a condiciones intrínsecas que inciden directamente en su admisión y que están previstas en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, relativas a su legalidad o pertinencia y además que, también en materia de pruebas rige todo lo expuesto anteriormente en cuanto al modo, lugar y tiempo de los actos procesales. Así vemos como el citado artículo 396 establece que dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deben las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse. Esto nos señala que se debe respetar el principio de la preclusión, razón por la cual toda prueba promovida fuera de ese lapso de quince días será extemporánea, excepto que alguna norma especial consagre lo contrario, como sucede con el instrumento fundamental de la pretensión, el cual deberá acompañarse con el libelo o indicar en él, la oficina o lugar donde se encuentre, so pena de que no se le admita después, a menos que sea de fecha posterior al libelo o que siendo anterior, el demandante no tuvo conocimiento de él, tal y como disponen los artículos 340 ordinal 6° y 434 del Código de Procedimiento Civil.

También según el postulado de dicha norma, la diligencia probatoria debe realizarla el interesado y por ello, señala que deberán las partes, promover *todas* cuantas pruebas quieran usar; dejando en claro que al referirse a partes, se está haciendo mención a todo legitimado y no únicamente al actor y al accionado sino también al posible tercerista, sin incluir dentro de su ámbito de aplicación al

Juez, por cuanto éste podrá ordenar la experticia o la inspección cuando lo considere conveniente o podrá usar sus facultades de prueba previstas en los artículos 401 o 514 del Código de Procedimiento Civil.

Independientemente que, los escritos de prueba estén redactados en castellano, por la persona interesada y presentados dentro de las circunstancias de tiempo y de lugar antes dichas, existe un requisito de naturaleza intrínseca no del medio probatorio sino de la diligencia por medio de la cual se le lleva a los autos que incide directamente ya no sobre la admisibilidad del medio sino sobre la validez de la actuación con la cual se le produce y ese requisito no es otro sino la identificación del objeto de la prueba.

Así tenemos que el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, ordena a las partes "*...expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos.*" y por su parte el artículo 398 eiusdem ordena al Juez providenciar "*...los escritos de pruebas admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes*"

Es fácil comprender cómo, para que la parte pueda manifestar si conviene o no con los hechos que su contrario trata de probar y para que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo las partes y ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre ellos, es necesario que en el escrito de promoción de cada una de las partes se hayan indicado de manera expresa y sin duda de ningún tipo, los hechos que pretende demostrar con cada medio de prueba promovido.

Además, es la única manera de garantizar el cumplimiento de los deberes de lealtad y probidad procesales impuestos a las partes al impedir de esa manera que el contrario del promovente y el propio tribunal sean sorprendidos al utilizar un determinado medio probatorio para verificar hechos diferentes a los que ellos creyeron cuando se promovió.

Esta circunstancia ha sido recogida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en sentencia de fecha 8 de junio del año en curso sostuvo lo siguiente:

"...La Sala Plena Accidental advierte que el querellante indicó los hechos que a su juicio constituyen los *delitos de malversación específica o sobregiro presupuestario y tráfico de influencias. Sin embargo, se limitó a enunciar las pruebas que a su juicio evidencian la comisión de tales hechos punibles, sin indicar el contenido de ellas y lo que demuestran. Al respecto, el Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Doctor JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO, ha expresado lo siguiente:*

"Sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el Juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente, y por ello (sic) el Código de Procedimiento Civil (sic) de manera puntual requirió la mención del objeto del medio en varias normas particulares (arts. 502, 503, 505, 451, 433 y 472) y en forma general en el artículo 397, quedando exceptuados de dicha carga al promoverse la prueba: las posiciones juradas y los testigos, donde el objeto se señalará al momento de la evacuación. Todas estas normas buscan una mejor marcha del proceso, tratan de precisar lo pertinente, tratan de evitar que el Juez tenga que realizar la labor de valoración que le impone el art. 509 del CPC, sobre medios que por inadmisibles no se les ha debido dar entrada.

Pero la realidad ha resultado distinta a la que previno el CPC. A diario vemos en los Tribunales como se promueven medios sin señalarles que se quiere probar con ellos, (sic) y los Jueces los admiten. Es corriente leer escritos donde se dice 'Promuevo documentos (públicos o privados) marcados A, B y C', sin señalar que se va a probar con ellos (sic); o promuevo foto, inspección judicial, etc., sin indicar que se pretende aportar fácticamente al juicio, y que a pesar de que contrarían al art. 397 en la forma de ofrecerlos, a tales medios se les da curso"... (XXII JORNADAS "J.M. DOMÍNGUEZ ESCOVAR". Derecho Procesal Civil [EL C.P.C. DIEZ AÑOS DESPUÉS], Pág. 247).

Igualmente, ha sostenido el Magistrado Cabrera Romero en su obra "Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre" Tomo I, lo siguiente:

"...En la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, debe indicar que hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia o la impertinencia manifiesta. Por tratar el objeto de la prueba de afirmaciones sobre cuestiones fácticas que cursan en autos (hechos alegados en la demanda y la contestación), al juez le es atribuida la calificación oficiosa de la pertinencia, medie o no

oposición formal, lo que decidirá en el auto de admisión o negativa de prueba, que se dicta como consecuencia de la promoción.

Existen medios que pueden ser propuestos sin necesidad de señalar su objeto, tales como la confesión judicial, que se trata de provocar mediante posiciones juradas, y en el CPC de 1987, la prueba de testigos. Con ambos medios y otros semejantes, la oposición por impertinencia no funciona a priori y debe interponerse con motivo de la evacuación de la prueba, para que no se reciba toda ella o sectores de la misma. La oposición por esta causa queda diferida al instante de su evacuación..."

Esta Sala comparte los criterios expuestos por el citado autor, acogidos por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, pero con el añadido que también en los casos de prueba de testigos y de confesión debe indicarse el objeto de ellas; es decir, los hechos que se tratan de probar con tales medios.

En efecto, sólo de esa manera se puede explicar el texto del artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, cuando señala que en el auto de admisión de las pruebas el Juez "...*ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquéllos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes*" (Subrayado de la Sala).

Lo anterior no significa que al momento de promover la prueba, el interesado deba dejar constancia detallada de las preguntas que formulará al testigo o a la contraparte sino que debe exponer la materia u objeto sobre la cual versará la declaración, permitiendo de esa manera saber si lo que trata de probar, con la prueba de testigos, es una obligación superior a dos mil bolívares o lo contrario a lo que contiene un documento público, o si la confesión versará sobre hechos pertinentes de los cuales la parte tenga conocimiento personal o si se trata de hechos realizados por el apoderado en nombre de su poderdante.

Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba.

Lógicamente, para que pueda existir el vicio de silencio de pruebas es menester que existan pruebas válidamente promovidas desde luego que, de lo contrario, cada vez que un juez valore las resultas de una prueba promovida sin señalar su objeto específico estará quebrantando su deber de decidir conforme a lo alegado y violando el principio de igualdad procesal por sacar elementos de convicción de fuera del proceso, ya que, como se dijo en el punto previo III de este fallo, la actuación procesal inválida equivale a actuación inexistente y por ende ningún efecto puede producir..."

Con ello el máximo tribunal fija criterio en cuanto a un punto que se encontraba oscuro en nuestra ley procesal y que creaba muchas indefensiones al desconocerse el objeto de la prueba y poder insurgir en contra de la promovida a través de impugnaciones oportunamente producidas.

Desde otro punto de vista, las cosas pueden desaparecer o cambiar antes de instaurarse el proceso, en tal sentido se pueden capturar a través de la realización de la prueba anticipada o retardo procesal a fin de que se constituyan dentro del proceso, previa orden judicial.

Cabrera Romero (1990) nos dice en cuanto a la prueba anticipada,

> "los códigos procesales nacionales tradicionalmente han previsto que los medios de prueba propuestos por los sujetos procesales, se constituyan dentro del proceso, previa orden del Juez en ese sentido. Como resultado de esa orden, concretizada en el auto o decreto de la admisión de la prueba, la mayoría de los medios, mediante el cumplimiento en actos procesales de formas y exigencias previstas en la ley, trasladan los hechos (que son su contenido) al proceso; y es a esta incorporación de los hechos, precedida por actividades procesales que se van llevando a cabo bajo la dirección del Tribunal, lo que se llama la formación o constitución de la prueba, la cual según cada medio varia en su elaboración, y a los medios que siguen este régimen se les denomina simples o judiciales, siendo ellos la regla."

Ante el peligro inminente de que las cosas desaparezcan y no pueden consignarse en el proceso ni vía retardo procesal, que implica el adelantamiento

del proceso con las formalidades exigidas por la Ley, ni ser instituidas por otros medios dentro del proceso lo ideal sería cautelarmente capturarlas, con ello se brinda una protección Constitucional para evitar el menoscabo del derecho de la defensa y la imposibilidad de demostrar la afirmación que sustentan.

En el campo de las medidas preventivas reguladas por el Código de Procedimiento civil, no figuran como tales la cautela probatoria, no esta previsto de manera expresa un procedimiento para que pueda ser solicitada y el Juez las acuerde medidas preventivas con fines probatorios, ni la forma de acordarlas, ni su duración.

Tampoco está previsto de manera expresa la garantía en cuanto a la parte contra quien obre la medida pueda insurgir a través de la oposición como si lo está en cuanto a las medidas preventivas para asegurar las resultas de lo que se ha de decidir. Sin embargo la prueba es parte de la garantía procesal del derecho a la defensa, el cual no permite disminuir o limitar tal derecho.

Por otra parte obedecería al principio de obtención coactiva de los medios de prueba que va a ser desarrollado en el siguiente capitulo, permitiría la preservación de la prueba para evitar temores al derecho del otro.

Si observamos el contenido del Artículo 588 del Código de Procedimiento civil que prevé

> "En conformidad con el Articulo 585 de este Código, el Tribunal puede decreta, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:
> ....
> Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Articulo 585 el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión..."

Con ello se quiere significar que no se puede hacer una interpretación laxa del articulo en comento, sino que del parágrafo primero se desprende que tales providencias cautelares pueden ser dictadas no solo para asegurar bienes, sino cuando exista fundado temor de que una de las partes pueda causar graves lesiones o de difícil reparación al **derecho** de la otra, entre los cuales se comprende su garantía al derecho a la defensa y por ende a poder preservar las pruebas que van a comprobar su defensa o excepción.

Si la anticipación de las pruebas es de naturaleza cautelar, existe para asegurar lo que se va a demostrar lo que conlleva a concluir la existencia de medidas cautelares con fines probatorios que están además incluidas en otras

leyes y si lo están son perfectamente aplicables al proceso civil ante el reconocimiento de que el derecho probatorio es uno solo y no circunscrito a jurisdicciones o materias.

La finalidad de estas cautelas probatorias se circunscribirían a evitar que bienes que guardan huellas de los hechos se transformen o se destruyan o personas que conocen de los hechos desaparezcan, ante el conocido retardo del proceso y lentitud del procedimiento como tal.

1.6. Cautelas probatorias

Las cautelas probatorias podemos clasificarlas en cautelas probatorias nominadas e innominadas.

Las primeras son aquellas previstas en la Ley. Cuando el Código de Procedimiento Civil regula en su Articulo 395 los medios de prueba admisibles en el proceso civil incluye no solo las que determina el mismo Código sino todas aquellas previstas en otras leyes de la República, con ello adopta el principio de que el derecho probatorio es uno solo y se aplica a cualquier proceso porque la prueba en general es una institución mediante la cual se garantiza a las partes el Derecho de Defensa ya que la finalidad de la prueba es convencer al Juez para

que fije en la sentencia que deba resolver la controversia unos hechos como sucedidos o no que le van a permitir impartir justicia.

El otro tipo estaría constituido por las innominadas que son aquellas no previstas en la Ley quedando a criterio de quien las dicta determinar su necesidad.

Este ultimo tipo crea ciertas polémicas en cuanto a la posibilidad de dictarlas. Para un sector el Juez no puede crearlas porque disminuyen los Derechos constitucionales que son de interpretación restrictiva

De acuerdo al Artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal, autoriza la posibilidad de dictar preventivamente como medidas cautelar la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, de manera excepcional y solo interpretadas de manera restrictiva, de aplicación proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Para otro sector, es posible derivado del poder cautelar general del Juez que significa un verdadero acto de creación judicial del Derecho por cuanto puede existir para cada daño o lesión una medida que se adecue a su entidad en orden a prevenir su acaecimiento y porque además protege los derechos subjetivos de las partes en el proceso y además estarían al servicio de una justa y adecuada administración de justicia.

El autor Ortiz-Ortiz (1999) al hablar en general sobre las cautelas innominadas nos dice que las cautelas innominadas previenen conductas, no están destinadas a garantizar bienes sobre los cuales puedan dictarse a futuro las medidas ejecutivas, pues para ello se disponen de las medidas típicas, sino la de evitar que la conducta de las partes pueda causar con su conducta una lesión irreparable, por lo cual se permite autorizar o prohibir la realización de determinados actos.

Siguiendo a este autor, si las medidas preventivas innominadas tienden a prohibir la realización de determinados actos o a prevenir conductas, se justifica la necesidad de medidas preventivas de este tipo para prevenir pruebas, ante el temor de que estas desaparezcan o puedan ser innovadas por la parte contraria, o las haga desaparecer para así evitar que en el decurso del debate probatorio se evite la comprobación de un hecho que le va a ser contrario a sus pretensiones.

En cuanto a la naturaleza de estas cautelas para Podetti (1943) y Calamandrei (1984) al clasificar las medidas cautelares formulan una sistematización sobre la base del objeto de las medidas cautelares, atendiendo a la materia y la finalidad entres géneros, dos de los cuales comprenden dos especies, a saber 1º) medidas para asegurar bienes que a su vez comprenden, a) las que tienden a asegurar la ejecución forzosa y b) las que se dictan para

mantener un estado de cosas o meramente asegurativas. 2º) medidas para asegurar elementos de prueba y 3º) medidas para asegurar personas.

Luego, haciendo una interpretación literal, podríamos concluir que las medidas cautelares en la forma como están previstas en nuestro ordenamiento procesal no pueden comprender a las cautelas con fines probatorios, por lo que estaríamos ante la ausencia de tales medidas o que se trata de otro tipo de medidas con carácter especial distinta a las cautelas típicas previstas.

1.7. Objeto de las cautelas nominadas

Las medidas cautelares propias están previstas en la Ley para asegurar la eficacia de los procesos civiles por lo que persiguen elementos de posesión de bienes en razón de un proceso futuro (extraprobatorio) o presente. Con ello, se impide el menoscabo del derecho invocado, protegiéndolo a través de un mecanismo que posibilita que bienes queden fuera del comercio, para que queden en resguardo para cumplir obligaciones que se establezcan en una sentencia.

Las medidas cautelares propias existe una desposesión que se traduce en dos formas. La primera de ellas al anticipar pruebas o al incorporarlas en el

proceso directamente, esto es consignándolas o indirectamente después de reconocidas examinadas e instituidas por medios probatorios.

En cuanto a las impropias son medidas que recaen sobre bienes con un doble propósito probatorio, recuperar el bien y evitar daños

La finalidad de estas medidas es la de impedir la innovación entendida como la orden judicial de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del pleito, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o conviritera su ejecución en ineficaz o imposible.

La prohibición de innovar, constituye la medida cautelar fundada esencialmente en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el statu quo inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempode la promoción del litigio, tornado la posible futura sentencia en ilusoria y con el fin de evitar perjuicios irreparables.

La prohibición de innovar es una consecuencia de la litispendencia: para que proceda es indispensable que exista una causa pendiente. Habiéndola puede decretarse tanto al inciarse el proceso como durante su curso.hasta que la

situación puede desaparecer. Esos bienes se desposeen para que sean objeto de aporte directo al proceso reconocimiento: de reconocimientos periciales, fotográficos judiciales.

2. MOMENTO DE LA CAUTELA

Una de las características de las medidas cautelares, es su judicialidad en el sentido de que estando al servicio de una providencia principal necesariamente están referidas a un juicio, tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste obvia su existencia.

Sin embargo diversas leyes permiten que estas medidas se dicten antes de la existencia del proceso. Así el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.555 Extraordinario, establece en su articulo 4 la facultad de la Superintendencia de Bancos de tomar medidas cuando exista presunción de que las operaciones de créditos o descuentos o inversiones realizadas por personas naturales o jurídicas distintas a los bancos u otras instituciones financieras, cuya naturaleza sea manifiestamente incompatible con la actividad desarrollada por ellas o cuando impliquen riesgo en materia de

legitimación de capitales , en resguardo de los intereses del público en general podrá tomar las siguientes medidas:

1. Suspensión de la publicidad
2. Suspensión de las actividades
3. Aseguramiento de los recursos obtenidos por dicha actividad
4. Aseguramiento de los bines, objetos y demás elementos utilizados para realizar dichas operaciones
5. Clausura de establecimientos
6. Solicitar a las autoridades competentes que se acuerden las medidas de inmovilización de cualquier tipo de cuenta, colocación o transacción financiera, así como la prohibición de enajenar y gravar bienes de las personas naturales, de las personas jurídicas y de los representantes, directores o accionistas de dichas personas jurídicas, involucradas en esa actividad. Igualmente podrá solicitar a las autoridades competentes que se acuerde la medida de prohibición de salida del país de las personas naturales y representantes directivos y accionistas de las personas jurídicas involucradas en dicha actividad
7. Adoptar cualquier otra medida que estime necesaria, para evitar las actividades descritas anteriormente

El mismo dia en que se ejecute cualquiera de las medidas de resguardo antes indicadas, el Superintendente deberá levantar un Acta de ejecución y notificar de las mismas a la persona natural o jurídica sobre quien recaiga, mediante publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela e informará al Fiscal General de la República.

Es facultativo del Superintendente ejercer otros actos que considere necesarios para dar a conocer la medida tomada, dado el interés publico que representa, como lo es colocar en un lugar visible un cartel especificando la medida tomada o publicar en un diario de mayor circulación a nivel nacional la decisión tomada.

Como cualquiera de las otras medidas el Superintendente podrá requerir del auxilio de la fuerza pública cuando hubiere impedimento u obstaculización por parte de cualquier persona y ello fuere necesario para hacer cumplir las medidas que se adopten en la ejecución de las actuaciones previstas en el artículo que se ha comentado.

No se prevé en este procedimiento, ni la oposición de parte, ni la de terceros a la medida decretada y ejecutada, pensamos que al constituir un acto administrativo solo serán procedentes los recursos previstos en la Ley orgánica de

Procedimientos Administrativos, a los fines de poder insurgir contra una medida mal decretada .

La Ley de Regulación de la Emergencia Financiera en sus Artículos 26, 28, 29 establece el procedimiento que se debe seguir en cuanto a las acciones y formas de ocupación de los bienes propiedad de las instituciones financieras que sean objeto medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización u otorgamiento de auxilio o asistencia financiera, así como las que éstas intenten en contra sus deudores.

En tal sentido se prevé, que las acciones de cobro que intenten las instituciones financieras que sean objeto de medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización, otorgamiento de auxilio o asistencia financiera, o respecto de las cuales se hayan establecido mecanismos de transferencia de depósitos y en razón de la emergencia financiera contra sus deudores, las empresas relacionadas con el grupo financiero o las personas interpuestas, se tramitarán conforme al procedimiento de la vía ejecutiva a la que se refieren los artículos 630 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, salvo que se trate de la ejecución de hipotecas o prendas. El ente accionante podrá solicitar el embargo ejecutivo. Los bienes embargados podrán rematarse como si se tratare de bienes hipotecados, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 635 del Código de Procedimiento Civil.

Los derechos litigiosos podrán ser cedidos a la República o al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), en cualquier estado de la causa, sin necesidad del consentimiento de los demandados. Dicha cesión se publicará en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela y surtirá los efectos de notificación a los que se refiere la ley.

En cuanto a las carteras de créditos de las instituciones financieras que sean objeto de medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización, otorgamiento de auxilio o asistencia financiera, o respecto de las cuales se hayan establecido mecanismos de transferencia de depósitos, se perfeccionará con la publicación de un aviso en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, mediante el cual se notificará a los deudores el cambio de acreedor.

Esta notificación general surtirá los efectos previstos en el artículo 1.550 del Código Civil e interrumpirá la prescripción.

Durante el régimen de intervención, liquidación, estatización sin intermediación financiera, rehabilitación, o cualquiera otra figura especial que se adopte, que coloque al ente de que se trate fuera del régimen ordinario, no podrá acordarse o deberá suspenderse toda medida preventiva o de ejecución contra la institución financiera afectada, las entidades que constituyan el grupo financiero o empresas relacionadas.

No podrá intentarse ni continuarse ninguna gestión judicial de cobro, a menos que provenga de hechos posteriores a la adopción de la medida de que se trate, o de obligaciones cuya procedencia haya sido decidida por sentencia definitivamente firme, antes de la medida respectiva. La enajenación total o parcial de bienes propiedad del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), o de otro ente u organismo del sector público en razón de los supuestos previstos en el artículo 29, o de las instituciones financieras que sean objeto de medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización, otorgamiento de auxilio o asistencia financiera, o respecto de las cuales se hayan establecido mecanismos de transferencia de depósitos, así como aquellos propiedad de empresas relacionadas, se efectuará a través de las siguientes operaciones:

1.Venta del bien en subasta pública, según el procedimiento de esta Ley; o,

2.Dación en pago del bien por deudas asumidas con un determinado ente u organismo del sector público; esta opción no será aplicable durante la liquidación.

La Junta de Regulación Financiera, previa solicitud de un ente u organismo del sector público, podrá acordar la enajenación a éste, a título oneroso, en condiciones de mercado, de alguno de los bienes a los que se refiere este artículo,

estableciendo los términos, plazos y condiciones para el pago. A efecto de la fijación del precio, se tomará el valor del avalúo más la prima promedio obtenida por el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) en las ventas de inmuebles realizadas mediante subasta pública. De igual manera se establece que la enajenación total o parcial de los bienes a que se refiere el artículo en comento, no estará sometida a las limitaciones establecidas en los artículos 234 y 235 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. Y conforme al Parágrafo Segundo. A los efectos previstos en el numeral 1 de este artículo, no serán aplicables los derechos de preferencia para la adquisición de los bienes enajenados en subasta pública, salvo el contemplado en el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, en cuyo caso, quien pretenda adquirir deberá cumplir con los requisitos, normas y condiciones establecidos para participar en la respectiva subasta e igualar la mejor postura efectuada en el curso de la misma.

De estos artículos se concluye en que ninguna de estas medidas tiene fin prohibitivo, solo se adelantan para precaver daños a algún accionante futuro.

3.- CONTRA QUIEN OBRAN LAS MEDIDAS

Uno de los requisitos que prevé la Ley para que se decreten las medidas preventivas, es el de que exista el juicio en el cual la media va a surtir efectos, es decir las medidas se dictan con ocasión de un juicio.

Este requisito esta contemplado en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil cuando establece que las medidas preventivas podrán pedirse en cualquier estado y grado de la cusa desde que se presente la demanda, en consecuencia es necesario afirmar que en primer lugar las medidas obran contra las partes en litigio

Sin embargo existen excepciones a este requisito de pendente litis, como serian los casos previstos en el Artículo 99 de la Ley Sobre Derecho de Autor que autoriza el secuestro y en casos particularmente graves el embargo cuando aun no se hubiere instaurado el litigio y el supuesto contemplado en el Articulo 1930 del Código Civil cuando en su parte final estatuye que no podrá decretarse el embargo preventivo antes de haberse propuesto la demanda sin que haya a lo menos presunción grave de la obligación, lo que por argumento en contrario podríamos decir que si existiese presunción grave de la obligación podría obtenerse tal medida antes de incoar la demanda. Pero aún en estos casos referidos, dichas medidas se obtendrían en atención a un futuro proceso que se incoaría entre las mismas partes.

En el mismo sentido el Artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal establece como principio que las únicas medidas preventivas que se pueden dictar en contra del imputado son las que ese Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ya que ello implica además la afirmación del principio recogido en ambos textos de la libertad. Por consiguiente, se concluye que en materia penal solo es posible que se dicten medidas preventivas en contra del imputado (parte del juicio) y no contra otras personas.

De lo anterior se concluye que no pueden existir medidas preventivas que se dicten contra bienes o en personas distintas ya que de permitirse constituiría un exceso y contravendría tanto las disposiciones legales como Constitucionales a las cuales se han hecho referencia.

4.- NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROBATORIAS

Las medidas probatorias tienen una naturaleza diferente de las medidas cautelares para asegurar bienes.

En primer lugar podemos decir que estas medidas no persiguen asegurar bienes u objetos con la finalidad de asegurar la ejecución del fallo, en tal sentido

podemos decir que no son netamente cautelares, corresponden mas bien al derecho de fondo, al derecho que va a ser aplicado para la resolución de la controversia.

En segundo lugar las medidas probatorias obran incluso contra quienes no son parte (o imputados), ya que si ellas persiguen en definitiva asegurar el derecho de la defensa de las partes, su ejecución puede abarcar incluso a otras personas diferentes de las partes.

A diferencia de las medidas cautelares sobre bienes, éstas no están sujetas a procedimientos de oposición. No existe en la Ley, un procedimiento especial de oposición a la medida probatoria decretada, como si está previsto para las medidas cautelares sobre bienes, en cuanto a la oposición que pueda ejercer la parte como la de los terceros, cada uno con su procedimiento y efectos especiales.

Otra característica de estas medidas se refiere a que no son sustituibles, no hay posibilidad de cambiar la medida por otra especie que pueda evitarla como lo seria una fianza o una caución real, por el propio fin que persiguen, asegurar las pruebas.

Estas medidas en el caso de los juicios penales no las decreta el juez, sino que el Ministerio Publico es el encargado de tomarlas a los fines de la investigación como lo establece el artículo 108-1 del Código Orgánico Procesal Penal.

Las medidas probatorias son manifestaciones procesales de la obtención coactiva de las pruebas. Técnicamente no son medidas que se dirigen contra imputados en el proceso penal, no son penitenciales (aseguramiento en general, el Código Orgánico Procesal Penal solo los autoriza.

Como ya se expresó las medidas preventivas precaven o evitan un daño y permiten o hace posible la ejecución del fallo, las medidas asegurativas no conllevan esta finalidad, sino que capturan material probatorio con el fin que pruebe el derecho sustancial que se hace valer y no evitan un posible o futuro daño

Estas medidas forman parte de la instrucción de la causa, a diferencia de las medidas cautelares.

5.- PRUEBAS Y ASEGURAMIENTO

En la etimología, Aseguramiento es preservar o resguardar de daño a las personas y cosas.

Es poco común que los Jueces acudan a esta figura pero la necesidad de adecuar el proceso a los principios constitucionales teniendo en cuenta tanto el acceso a la justicia, como la tutela judicial efectiva ha generado en ellos la necesidad de tener una participación mas activa dentro del proceso. Así tenemos como ejemplo la actuación realizada en fecha 19 de julio del 2002, por el Juez Séptimo de lo Civil, Panameño, VICTOR D. TORRES quien acudió a la Autoridad del Canal de Panamá (ACP) a cautelar documentos para asegurar pruebas en un proceso, este se apersonó para recuperar pruebas que eventualmente podrían servir para un proceso en contra de la ACP.

Fundamentó su diligencia en la supuesta violación de un contrato entre la empresa que presta servicios de limpieza a la ACP, Magilú, S.A. y la División de Contratos de la entidad canalera., el cual fue "resuelto por incumplimiento del contratista".

"El juez pidió copia de las pruebas, y en cumplimiento de las leyes de la República de Panamá, se le entregaron" (nota Reuters).

Estas son medidas de coerción para asegurar de manera preventiva material probatorio tal como esta consagrado en el Artículo 64 del Código Orgánico Procesal Penal.

El articulo 108 eiusdem, al establecer las atribuciones del Ministerio Público distingue medidas cautelares y de coerción personal que resultan pertinentes, de igual manera el articulo 120 ordinal 3°, establece las medidas que se piden al Juez a los fines de resolver y de dar protección de la victima o de sus familiares, como también se contemplan las medidas de aseguramiento de objetos, activos o pasivos, relacionados directamente con perpetración del delito

En cuanto a la posibilidad de presentar o hacer uso de las pruebas y permitir su aseguramiento debemos distinguir varias situaciones:

1.-Que las partes las posean directamente. Si estas las tienen en su poder legítimamente no requieren de aseguramiento. No son asegurativas de bienes. Estas pueden ser poseídas por las partes o bien porque se obtuvieron naturalmente, por tener Derecho a ellos o porque fueron adquiridas por un

procedimiento previsto (debido) que los hace poseedores legítimos. El único caso de una medida preventiva seria el temor a ser desposeídos.

2.- El Ministerio público quien las obtiene como parte o como secuela de la investigación criminal, por determinados hechos punibles de acuerdo a las atribuciones permitidas por la Ley (Articulo 108-1 COOP), las cuales le permite determinar la identidad de autores y participes del hecho.

Estas pruebas las recogen o adquieren por medio de los órganos de policía de investigaciones, quienes toman elementos de convicción aun cuando el imputado no se encuentre en el territorio de la Republica, para lo cual deberán cumplirse las formas procesales establecidas ya que si se obtienen mediante violación del debido proceso estas resultarían nulas

Como se desprende de la normativa establecida esta actuación se realiza en las etapas preliminares de investigación.

En procedimiento penal existen etapas bien diferenciadas:

1) investigación (pesquisa): en esta fase se adelantan las diligencias conducentes a la determinación de hechos punibles e identificación de las personas (autores y colaboradores) que perpetraron el hecho. (Artículos 108 de CPIP y 111 del COPP)

2) Aseguramiento de objetos activos o pasivos.

3) Informaciones: las obtiene la policía una vez que ocurre la perpetración de hecho delictivo, incluye la identificación de autores y actos (112 COPP)

4) Adquisición de elementos de convicción

5) Medidas (208 COPP colección, preservación, resguardo de evidencias físicas)

En el Derecho Colombiano la investigación preliminar se realiza antes de iniciar formalmente un proceso y tiene como objetivo fundamental establecer si se cometió o no el delito y quienes son los presuntos autores y partícipes. Una vez verificada esta situación, se abre formalmente la investigación. Si reencuentra demostrado que la conducta no existió o que no esta prevista como delito en el Código Penal o que se cometió con justificación o inculpabilidad o que la investigación no puede iniciarse o proseguirse el fiscal profiere una inhibitoria mediante la cual ordena el archivo de las diligencia

Etapa de Calificación. Es la etapa del proceso penal en la que se investiga cómo se llevó a cabo el delito, las circunstancia de su comisión y se determina la probable responsabilidad de quienes aparecen como sus autores o partícipes. A ella es vinculado el sindicado mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente, caso en el que se le declara como vinculado y se le nombra un defensor

para que lo asista, y luego se procede a la definición de su situación jurídica. Esto se hace con abstención de imposición de medida o con imposición de medida de aseguramiento.

La medida de aseguramiento procede cuando contra el sindicado concurre por lo menos un indicio grave de responsabilidad y tiene por finalidad asegurar su comparecencia a la investigación, evitar la obstrucción en la práctica de pruebas y garantizar la eventual ejecución de la pena.

De acuerdo con el nuevo Código, existe una clase de de medida de aseguramiento: ***De detención preventiva***: Es la privación efectiva de la libertad de una persona en el lugar que establezca la Fiscalía y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC. El fiscal puede conceder al sindicado que la detención preventiva la cumpla en su lugar de residencia, situación conocida como detención domiciliaria.

Luego viene la etapa de la calificación de la investigación. La calificación consiste en una evaluación de las pruebas que hace la Fiscalía y con base en la

cual se determina si existen pruebas que den cuenta del delito cometido y que comprometan la responsabilidad del procesado.

En caso positivo, la Fiscalía profiere resolución de acusación, decisión con la cual acusa a los procesados ante los jueces y tribunales competentes.

En caso contrario profiere resolución de preclusión de la instrucción, esto es, en el evento de no concurrir prueba para acusar o en el evento de encontrarse demostrado que la conducta no existió, o que el procesado no la cometió, o que no es constitutiva de delito, o que concurre una causal de justificación o inculpabilidad o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse.

Como vemos, en estos sistemas procesales penales existen las etapas bien diferenciadas y la figura del aseguramiento de pruebas como medidas previas para la recopilación de pruebas.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE LA OBTENCION COACTIVA DE MEDIOS DE PRUEBA

1.- GENERALIDADES

Las ramas del derecho deben tener principios que le son propios, ante la ausencia de ellos debemos concluir en su inexistencia y esa pretendida rama se subsumirá en otro derecho

En el Articulo 4 del Código Civil se establece claramente que cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan los casos semejantes o materias análogas y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho. En materia probatoria, existen una serie de principios que rigen la prueba en general, aplicables tanto el proceso civil como al penal, laboral o administrativo y que son exclusivas de ella.

Uno de ellos y que tiene gran aplicación en el tema que desarrollamos, es el principio de la obtención coactiva de los medios de prueba cuyo enunciado deriva en que los documentos, las cosas y en ocasiones la persona física, cuando son objeto de prueba, deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso.

En tal sentido, podemos definirlo como la obtención o conservación del hecho mediante coacción física o psíquica sobre personas, ya sean naturales (partes o terceros) o jurídicas mediante el uso de la fuerza o la imposición de una sanción

Si bien es cierto que las partes deben prestar al sistema de justicia la debida colaboración, existen ocasiones en que a pesar del deber de lealtad que se deben las partes en el proceso (Articulo 17 y 170 del CPC) y del principio de comunidad de la prueba, las conductas asumidas por aquellas o por circunstancias ajenas a las mismas impiden la incorporación de la prueba al proceso, por lo que se hace necesario la intervención activa del juez con la finalidad de traer la prueba al proceso, es por ello que se permite al juez el allanamiento de inmuebles, el acceso a archivos públicos y privados, a imponer

interrogatorios o reconocimiento de firmas o dictar providencias para obligar a alguna de las partes a presentar sus libros de contabilidad.

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos procesales se orientan hacia la eliminación del principio medioeval según el cual nadie está obligado a hacer lo que le daña y es útil y provechoso para otro (quod tibi non nocet, et alteri parodest, ad id res obligatus), por el contrario las nuevas Constituciones se pronuncian a favor de la aplicación del principio probatorio que permite la posibilidad de constreñir en forma muy sutil, en el proceso civil y mas activamente en el proceso penal, a una de las partes para que aporte pruebas en su contra.

Según Couture (1979), ha sido eliminado prácticamente el aforismo latino nemo tenetur edere contra se, nadie puede ser compelido a utilizar pruebas en su contra, quien partiendo de que este principio entendido como precepto de derecho procesal probatorio, plantea el problema de su vigencia, desde el punto de vista sustancial y procesal, afirmando que la solución que se le dé dependerá de la visión que se tenga del proceso civil.

Afirma este autor, que el aforismo se presenta como una fórmula individualista, que tiene en vista preferentemente los intereses privados, cuyo fundamento es pura y simplemente, el derecho de propiedad que se tiene sobre el documento. En apariencia, nos dice, es un concepto que rige la lucha judicial; pero su contenido, es un aforismo de defensa de la propiedad. Desde el punto de vista estrictamente procesal, al entenderse que el proceso tiene un eminente carácter público, en el que priva el interés general sobre el particular, este aforismo no tiene justificación alguna, pues se entiende que el litigante conminado a exhibir un documento no rinde un servicio a su adversario, sino que rinde un servicio a la justicia con la que siempre debe colaborar.

Este principio, apuntan otros autores, tiene mucho que ver con el desarrollo creciente de los derechos humanos en cuanto a que estos no son absolutos. No se justifican sólo por el hombre, sino en aquellas materias de contenido social.

Existe una posición intermedia en cuanto a la naturaleza de este principio y es el que sostiene que el derecho a la prueba tiene límites. El Estado debe sacrificar lo menos posible, los derechos de la personalidad, por ejemplo deben ser protegidos por el estado preservando la moral pública por lo que la obtención

coactiva de medios probatorios resultaría ilegal cuando atenta contra los derechos inherentes a la personalidad.

Como principio general, podríamos decir que la libertad individual como derecho constitucional impone la voluntad de la persona a someterse a cualquier tipo de prueba. En el ámbito clínico este derecho se ha desarrollado hasta la saciedad en otras legislaciones, impulsado por ejemplo en la publicación en 1986 de la Ley General de Sanidad de España.

Son numerosos los autores que sostienen que el consentimiento es un requisito imprescindible para cualquier intervención médica y para la obtención de muestras sobre las que realizar análisis clínicos o forenses. La falta de este consentimiento puede ser atentatorla contra principios protegidos constitucionalmente como el de la integridad física, el derecho a la integridad personal o el derecho a no declarar contra sí mismo.

Muy estrechamente vinculado con este tema se encuentra el problema que surge en supuestos delictivos en los que se hace necesaria una muestra del

sospechoso, ya que la investigación de ADN puede hacerse sobre los indicios recogidos, pero los resultados sólo serán útiles si se comparan con los de las personas sospechosas de ser autoras de los mismos.

En los casos de investigación de la paternidad los estudios se inician Directamente sobre las muestras de las personas implicadas y la comparación se establece entre los resultados obtenidos en la madre, el hijo y el padre presunto.

Si observamos el comportamiento de la doctrina del Tribunal Supremo y del Constitucional de España, tal como nos lo comentan las autoras Virginia Albizuri García y Agatha Libano Alonso (2001) en su trabajo Base de datos de ADN, la necesaria voluntariedad en la obtención de muestras biológicas sobre las que realizar análisis clínicos o forenses, se hace necesario.

Nos comentan en el referido trabajo que:

> "El Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984 de 29 de noviembre establecía "La inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas cuando vulneran derechos y libertades constitucionales. La Ley Orgánica del Poder Judicial recogió esta opinión del Tribunal Constitucional en su artículo 11.1 cuando dice:

"..no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales'".Esto plantea el dilema de jerarquía entre dos intereses: la posibilidad de probar un hecho delictivo, frente a la voluntad de la persona sospechosa de prestarse a la investigación. A esto ha venido a dar respuesta parcial el problema de la determinación de la alcoholemia en personas sospechosas de conducir bajo los efectos del alcohol, hecho que requiere la colaboración del sospechoso, tanto para soplar a través del alcohómetro como para extracción de sangre. La sentencia 103/85 de 4 de octubre decía que las pruebas mediante medios técnicos no atenta contra los derechos de las personas, viniendo la sentencia de 21 de mayo de 1988 a asimilar las pruebas biológicas a la de alcoholemia en este aspecto. Son varios los autores (Poder Judicial) que señalan que una mera extracción de sangre no es un atentado contra la integridad física señalándose además que el ADN y otros marcadores puede hacerse sobre otras células como las de la mucosa bucal el pelo o la saliva elementos todos ellos de fácil obtención y exentos de riesgos. No se puede decir por tanto que la integridad de la persona se vea en peligro por esta práctica de prueba. También se ha invocado la similitud entre la donación de la muestra y la declaración contra sí mismo, circunstancia que de ser cierta excluiría la obligación de colaboración. A esto ha contestado la jurisprudencia con el argumento de que el sospechoso o imputado al que se solicita la muestra sólo es "objeto material de la comprobación del ADN", hecho que conduce a un resultado que puede ser positivo o negativo, por lo que no es de entrada desfavorable para el sospechoso. Con el análisis se le da la oportunidad de demostrar su inocencia y desde luego "...no es equiparable a la declaración en contra que uno mismo que contempla la Constitución...".

Este principio que estudiamos es propio del proceso penal, pero en el proceso civil regido por el principio dispositivo también tiene importante aplicación como consecuencia de la promulgación de nuestra carta magna en cuyo artículo 257 establece que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. En tal sentido, no puede pensarse en la actualidad en un

proceso en el cual el juez se encuentre atado de manos, un proceso en el cual el juez carezca de las facultades necesarias para lograr la justicia del caso concreto, lo cual se traduciría en la labor investigadora que debe tener el administrador de justicia en la búsqueda de la verdad la cual no sería completa si no es investido de las facultades necesarias para obtener la prueba.

Podría pensarse que este principio no es de posible aplicación en el proceso dispositivo, en el cual es necesaria la solicitud de parte para poner en movimiento la actividad judicial, pero ello se traduce en la actualidad a través de la visión que del proceso se tiene en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 257 que establece:

> "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptaran un procedimiento, breve, oral y público. No se sacrificara la justicia por la omisión de formalidades no esenciales"

2.- BASES LEGALES DE LA OBTENCIÓN COACTIVA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela incorporó en el Capítulo X, Título III "De los Deberes", entre ellos los denominados deberes

sociales constituidos por el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y la paz social.

Si hemos dicho que conforme al Articulo 257 de nuestra carta magna, el proceso constituye un instrumento fundamental para la justicia, todas las personas tienen el deber de cumplir con sus responsabilidades, entre las cuales se encuentran la de colaborar con los fines del proceso.

De igual manera el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevé la obligación que tienen las personas y las entidades públicas y privadas a prestar a los jueces la colaboración requerida en la forma que la Ley establezca. Quienes sean legalmente requeridos deben proporcionar el auxilio, sin que les corresponda calificar el fundamento con que se les pide, ni la legalidad o justicia de la decisión que se trata de ejecutar.

Este principio se configura igualmente en la ejecución de actos o diligencias decretadas por el Juez, quien puede hacer uso de la fuerza pública y

de los medios legales coercitivos de que disponga (Art. 21 del Código de Procedimiento Civil) para tales fines. Asimismo, el Articulo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consagra tal principio en cuanto a la ejecución de las sentencia y de todos los actos que decreten o acuerden pueden requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa.

El articulo 5 del Código Orgánico Procesal Penal, al consagrar como precepto la Autoridad del Juez, estatuye que los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias y autos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, para cuyas funciones las autoridades de la República están obligadas a prestarles la colaboración que les requiera.

Por último cabe mencionar el Articulo 303 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, donde el principio rebasa la vía jurisdiccional, concediéndole ese poder coactivo a los entes administrativos como lo son los Consejos de Derechos, previstos en la misma Ley, otorgándoles la facultad, además del poder sancionatorio ante el desacato o disconformidad con la decisión que dicte el consejo.

Sin embargo, se crean dudas respecto al principio algunas de las normas previstas en nuestra legislación como lo son:

El artículo 49 ordinal 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza

El Articulo 80 ordinal 4 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente al estipular los derechos a opinar y ser oído prevé que la opinión de los niños o adolescentes solo será vinculante cuando la Ley así lo establezca nadie, puede constreñir a los niños a expresar su opinión especialmente en los procedimientos administrativos y judiciales.

Pero, ¿Qué es Coacción? Este concepto es entendido como un delito contra la libertad individual, es la violencia moral o física que se ejerce sobre una persona y supone un ataque a la libertad individual, a la libre determinación del individuo.

Constreñir es obligar a realizar un hecho o una conducta no deseada.

La coacción puede ser **directa** cuando se utiliza la fuerza. Uno de los casos específicos de coacción es la detención por la fuerza, solo cuando sea estrictamente necesario y en la proporción que lo requiera la ejecución de la detención (Art. 114 COPP)

En materia probatoria la coacción puede producirse cuando se ordena la comparecencia forzosa de interpretes, testigos, expertos, que no comparecen en la oportunidad fijada según lo estatuye el Articulo 171 del COPP, no obstante haber sido citados (artículo 184 COPP).

Otro caso es el Internamiento del imputado para examen psiquiátrico contemplado en los artículos 128 y 129 del COPP y la asistencia obligatoria a actos prevista en el Articulo 203 del COPP, cumplidos por fuerza pública y con restricción de libertad por seis (6) horas, sin orden judicial.

De igual manera, el Articulo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece una sanción por obstrucción de una actuación judicial en el siguiente sentido: "El que mediante violencia, intimidación o fraude impida u obstruya la ejecución de una actuación judicial o del Ministerio público, será sancionado con prisión de seis meses a tres años".

La coacción se ejerce también en forma **indirecta.** En materia procesal civil, la coacción obra en forma indirecta creando presunciones en contra de quién no colabore.

En las siguientes normas del Código de Procedimiento Civil podemos ver algunos casos: En el Artículo 412 en el supuesto de las posiciones juradas encontraremos que quién no asiste a absolverlas en la oportunidad fijada o que compareciendo no las absuelve o no contesta de manera categórica las preguntas que le sean formuladas, queda bajo la presunción de confesión.

El Artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, prevé la Exhibición de documentos cuando el que debe exhibir el documento no lo presenta sin causa

justificada se tiene como cierto el contenido que señaló el promovente de la prueba o la copia consignada

El Artículo 444 del mismo texto legal, le confiere al instrumento privado presentado y sobre el cual la parte contraria ha guardado silencio en cuanto a la autoría que se le atribuyó el valor de documento reconocido.

De la misma forma los Artículos 472, relativo a la Inspección Judicial; 503 de la prueba de reproducción y 504 del mismo texto lega, colaboración de parte, concordados, prevén las Inspecciones judiciales y los experimentos judiciales en el sentido que, si la parte no colabora con los experimentos o las inspecciones, según el Articulo 505, todo se convierte en presunción legal en su contra.

Si nos trasladamos al campo civil encontramos un sistema de obtención coactiva en el Artículo 210 del Código Civil, en cuanto a la experticia heredobiológica para los juicios de inquisición de la paternidad, si la parte demandante se niega a realizar la experticia, se considerará como una presunción en su contra.

El Artículo en comento establece "La parte contraria puede hacerse por todos los medios propios para demostrar que realmente no es hijo de la mujer que él pretende tener por madre, o bien que no es hijo del marido de la madre, cuando esté probada la maternidad"

Con estas pruebas ha surgido toda una polémica a nivel mundial en cuanto a la obtención del ADN, así las autoras García y Alonso (2001) al comentarnos sobre la posición del Tribunal Constitucional Español, nos dicen:

> "No cabe ninguna duda de que el contenido informativo del genoma personal pertenece a la más estricta intimidad. El Tribunal Supremo en sentencia de 13 de marzo de 1989 proclamaba que los análisis clínicos, bacteriológicos y morfológicos formaban parte de la intimidad personal; siguiendo este espíritu hay que considerar que el estudio del ADN que proporciona el perfil genético de una persona también forma parte de este patrimonio íntimo de la persona. Admitiendo esto, en nuestra opinión no es comparable la información genética que ofrece el ADN codificante sobre características relacionadas con predisposición, salud o enfermedad, con la que ofrece el ADN no codificante informativo sólo, en el momento actual de unas características bioquímicas, aunque estas nos sirvan desde la perspectiva forense como diferenciadoras de individuos. El Tribunal Constitucional ha estudiado en profundidad este derecho a la intimidad en su sentencia 37/1989 en la que establecía que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto ya que ".puede ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas pese a que la Constitución al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso la reserva de intervención judicial ... tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial ... no cabe desconocer las facultades legales que corresponden al instructor para ordenar en el curso de un sumario la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la descripción de la persona". Esta sentencia ha

llevado a afirmar a algunos juristas (24) de que a partir de esa sentencia el derecho constitucional a la intimidad quedaba devaluado. Esta sentencia del Tribunal Constitucional hay que entenderla referida a situaciones de excepción en las que sólo la extracción coactiva de la muestra permitirá la aclaración del hecho delictivo, lo cual legitimaría la imposición del juez instructor, el cual nunca perderá de vista el sentido de proporcionalidad entre el hecho que se desea probar y la gravedad de la extracción de la muestra de forma compulsiva. La coacción debe ser respetuosa con el principio de proporcionalidad. (25). La defensa de esta sentencia puede también hacerse desde los artículos 399 y 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que deben ser consideradas legítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad judicial competente cuando sean acordes con la Ley. En los temas de filiación la prueba biológica se ordena cuando hay un principio de prueba de los hechos en que se funda la demanda; en los temas penales es necesaria la existencia de factores acusatorios y de indicios biológicos portadores de ADN para proponer al sospechoso la donación de muestra y posterior comprobación. En ambos casos, los resultados de los análisis despejarían las dudas sobre una sospecha falsamente concebida, lo que ha llevado a la afirmación por parte de algunos de que la negación al análisis merece una interpretación de culpabilidad. Aunque esta afirmación excesiva, si es cierto que algunas sentencias, entre otras las del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1987, la de 5 de diciembre de 1988 o la de 14 de mayo de 1991 indican que aunque la negativa no es una ficta confessio, la negación supone un fraude de ley y un abuso que puede ser valorado en el proceso como otro indicio que de credibilidad a la víctima, o que en los casos de filiación de verosimilitud a la paternidad. El tribunal Constitucional sólo justifica la negación cuando el prestarse a la obtención de la prueba supusiera un serio quebranto para la salud de la persona, circunstancia prácticamente imposible cuando hablamos de la obtención, no ya de sangre, sino de un pelo o de célula de la mucosa bucal."

Casi toda la doctrina ha concluido en que como principio general se acepta que cuando la persona da su consentimiento para que se le extraiga una muestra,

ésta sólo debe utilizarse para los estudios y los fines autorizados en esa ocasión, recomendando la necesidad de que se dicten leyes especiales con la finalidad de que se obligue al ciudadano a dar su información genética para facilitar las investigaciones que se adelanten o en protección del interés supremo del menor en los casos de que se trate de determinar la filiación.

3.- OPOSICIÓN A LA OBTENCIÓN COACTIVA: JUSTO MOTIVO

Dentro del procedimiento de obtención coactiva de los medios de prueba debe asegurársele a la parte contra quién obre la posibilidad de oponerse a la misma por motivos legítimos, como lo sería en el caso de que se viole con dicha práctica los derechos inherentes al ser humano previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus Artículos 19 y 22, los cuales rezan:

> "Artículo 19: El estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los Tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las Leyes que los desarrollan.
>
> "Artículo 22. La enunciación de os derechos y garantías contenidas en esta constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente

> en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

No puede englobarse en una lista los derechos humanos y decir estos son todos los que hay, en este asunto debe entenderse que las violaciones a los derechos pueden adoptar formas nuevas y el artículo 22 ha querido proteger a las víctimas, también en estos casos.

Otro aspecto que es objeto de la oposición, es el peligro que pueda representar a la vida e integridad física de la persona sobre quien se pretende obtener la prueba, prevista en la Carta Magna en cuanto a que el derecho a la vida es inviolable, consagrado igualmente en el Artículo 46 el derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, ninguna persona podrá ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos o a exámenes médicos o de laboratorio excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la Ley.

En algunos países se establece claramente, el principio del Consentimiento Informado, siendo un requisito inexcusable para la práctica de cualquier actuación médica. El proceso de información y toma de decisiones en el ámbito asistencial

tienen su fundamento en los derechos humanos y concretamente en el derecho a la libertad.

En España constituiría una violación a la privacidad y la confidencialidad del propio individuo, por ejemplo si se realizase una prueba de identificación genética sin el consentimiento del encausado, violando los derechos humanos recogidos por la Constitución española en los artículos 17.3 derecho a no declarar contra sí mismo, 10.1 la dignidad de la persona, 15 la integridad física, y moral, 17.1 la libertad de movimientos, 18 la intimidad personal y libertad, y 24, presunción de inocencia, 43 el derecho a la salud, y no declararse culpable.

Resulta oportuno e interesante en este punto reseñar algunas notas que en su trabajo hicieron las profesoras García y Alonso (2001), a los fines de tener una visión del tratamiento que en España se tiene sobre este punto:

> "Por otro lado, La Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre (LORTAD), establece también el principio del Consentimiento Informado, (art. 7 y 5) es decir, el proceso de decisión y consentimiento, mediante el cual el ciudadano tiene que consentir el archivo de sus datos en una base de datos, conociendo la finalidad para la que vayan a ser utilizados sus datos, así como el derecho de cancelación de los mismos. Con

ello, se quiere dar cumplimiento al mandato del artículo 18.4 de la Constitución, que emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos. Como señala el preámbulo de esta ley, el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad a una amenaza potencial antes desconocida; y es que las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de la comunicaciones y acceder a ellas en apenas segundos. Esta Ley Orgánica, largamente esperada, ofrece aspectos positivos, entre los que cabe destacar el derecho que tienen los afectados a ser informados en el proceso de recogida de datos personales y la necesidad del consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de dichos datos. Pero todos los logros anteriormente citados se ven empañados por los artículos 21 y 22 de la Ley. El primero permite a las fuerzas de seguridad la recogida y tratamiento de datos sensibles sin intervención judicial ni de la Agencia de Protección de Datos y sin el consentimiento de los afectados, para fines de carácter policial. El segundo veda el antes aludido derecho de información, si afectase, impidiera o dificultase la defensa nacional, la seguridad pública o el cumplimiento de sus funciones administrativas. Por otra parte, el artículo 6 de dicha ley Orgánica dispone que el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal "sensibles" relativos al origen racial, a la salud y a la vida sexual, solo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado lo consienta expresamente. Dentro de este grupo de datos sensibles, como señala la Profesora Marian Martínez de Pancorbo, habrán de incluirse la información genética obtenida mediante análisis de ADN. Y en todo caso, la eventual constitución de banco de datos de ADN requerirá en todo caso una ley específica que expresamente regule el régimen al que ha de someterse. Por todo ello, pensamos, que la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos (Lortad) presenta numerosos vacíos legales, en relación con los datos especialmente protegidos, entre los que se encuentra el tema que estamos estudiando, ya que en defecto del consentimiento del interesado, la recogida y almacenamiento de datos de ADN requerirá habilitación legal expresa fundada en razones de interés general, como podrá ser el de eficaz presunción de los delitos contra la libertad sexual. El ámbito de aplicación de esta Ley, queda recogido expresamente en

> su artículo 2. Señalándose que sólo se regulan las informaciones automatizadas, luego la obtenida por otro medio que no sea la automatizada no entra dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, ya que la Ley sólo es aplicable a aquellos ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, no lo es a ficheros manuales y en el caso especial las historias clínicas, a aquellas que no se encuentren automatizadas. No obstante, la Directiva 95146/CE del Parlamento y del Consejo Europeo prevé la aplicación de sus disposiciones a los ficheros manuales, estableciéndose un plazo para la transposición en este punto de 12 años...."

Si observamos la Ley Orgánica 2. 82 Española (Protección de la imagen y de la vida privada), se establece la necesaria obtención del Consentimiento Informado del ciudadano, siempre que se vaya a incorporar en un fichero un dato que afecte a su intimidad.

Esta necesidad del consentimiento informado se basa: 1. El interés de la persona a su intimidad, y que sus datos no sean archivados.2. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la eficacia en la actuación de los medios de la administración de justicia, que la sociedad se vea protegida.

En otros supuestos, de la investigación criminal y policial, no se exige el Consentimiento Informado, ya que sino se paralizaría la administración de justicia. Pero, frente a esta excepción, es necesaria una regulación legal para que no sea aplicada indiscriminadamente.

En el caso de que un individuo sea procesado por un delito, se suele utilizar como pauta general la sangre. Pero, no en todos los países existe la obligación de dar una muestra de sangre en caso de ser procesado por un delito.

En general en los países del norte de Europa suele ser obligatorio someterse a un análisis de sangre, es decir, no cabe la negativa por parte del sujeto. Sin embargo, y en contraposición, en los países sur europeos no cabe la obtención de la muestra por la fuerza.

En cuanto al sometimiento forzoso de todos los individuos a la realización de los análisis y vulneración de los derechos constitucionales, aquí debemos analizar si la ejecución forzosa supone la violabilidad de los derechos

fundamentales del individuo, entrando en juego la proporcionalidad de los sacrificios.

Es importante destacar que el derecho a no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia no se verían vulnerados ante la necesidad de someter a un indiciado a pruebas de manera coercitiva, el hecho de la sujeción de los ciudadanos mediante la utilización de su propio cuerpo a determinados métodos de carácter científico no supone una auténtica declaración de culpabilidad en el sentido de los derechos referidos.

Con respecto a la prueba de alcoholemia muy utilizada en los países de Estados Unidos y los Europeos (de manera incipiente en nuestro país) han resuelto el problema indicando que no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, lo que exige una mínima colaboración, en absoluto equiparable a la declaración comprendida en aquéllas.

Otro supuesto a resaltar es el sometimiento a una prueba radiológica para detectar si una persona porta determinada sustancia en el organismo. Como principio general la libertad individual como derecho constitucional impone la voluntad de la persona a someterse a cualquier tipo de prueba. Son numerosos los autores, que recuerdan que el consentimiento es un requisito imprescindible para cualquier intervención médica y para la obtención de muestras sobre las que realizar análisis clínicos o forenses La falta de este consentimiento puede ser atentarla contra principios protegidos constitucionalmente como el de la integridad física, el derecho a la integridad personal o el derecho a no declarar contra sí mismo.

Pensamos que en estos últimos casos reseñados no se viola el honor, reputación, vida personal previstos en la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela en su artículo 60 que establece que toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley de Privacidad de las Comunicaciones del año 1991, castiga con varios años de prisión algunos de estos delitos.

De igual manera, el Código Penal castiga con pequeñas multas y breves períodos de cárcel las ofensas al honor de las personas, como lo seria en el supuesto de que ocurra una difamación.

La oposición a la obtención coactiva también puede realizarse como fuente de información.

No se puede utilizar información obtenida mediante tortura (46 CRBV), maltrato (46 CRBV), coacción (contra voluntad), amenaza (privación de voluntad), engaño, intromisión en la intimidad del domicilio, correspondencia comunicaciones, papeles ordenes o la obtenida por medios que menoscaben derechos fundamentales, sin embargo el Artículo 197 COPP, abre paso a debida intromisión, entendiéndose que la debida puede ser coactiva

No puede apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de medios o de procedimientos ilícitos Artículo 497 COPP.

Según Pellegrini (1994)[6] la Doctrina y Jurisprudencia de diversos países oscilaron durante algún tiempo en cuanto a la admisibilidad de las pruebas ilícitas. Sostiene que la posición inicial que admitía la prueba relevante y pertinente preconizando solo la punición, castigo del responsable por el acto ilícito ya sea este penal, civil o administrativo practicado con ocasión de la obtención ilegal de pruebas, se llego a la convicción de que la prueba ilegal obtenida por medios ilícitos debe ser sacada del proceso por mas relevantes que sean los hechos por ella probados una vez que se constate que hubo una violación al precepto constitucional o a principios constitucionales

Sin embargo, agrega la referida autora, la rigidez de la exclusión de dicha prueba queda relajada ante casos de excepcional gravedad tal como lo han sostenido los Tribunales de la entonces Alemania Federal, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, han admitido la prueba ilícita basándose en el principio del equilibrio entre los valores fundamentales contrastantes

Este principio utilizado por los Alemanes es similar al Norteamericano basado en la razonabilidad

---

[6] PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Pruebas Ilícitas Revista de Derecho Probatorio 3, Editorial Jurídica Alva

En nuestro ordenamiento procesal penal el Artículo 197 COPP también trata sobre la licitud de la prueba impidiendo la utilización de información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. La misma norma abre paso a la información obtenida con la debida intromisión, esto es la obtenida a través de una orden judicial que en forma coactiva aprenda la misma.

En conclusión, no puede apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de medios o de procedimientos ilícitos

El fundamento de lo que el derecho americano llama doctrina del "fruto del árbol venenoso radica en impedir que un tribunal se valga de pruebas que son la consecuencia de un procedimiento ilegal, lo que vulneraría la garantía de la defensa en juicio. Al mismo tiempo, el principio reconoce un fin utilitario cual es el de erradicar determinadas prácticas policiales consistentes en valerse de medios espurios para iniciar una investigación y luego presentar -una vez anuladas las primeras actuaciones pero tomado por esa vía el hilo de la investigación- las pruebas necesarias para fundar la imputación. Tal sería el caso, en el cual la

prevención, mediante un allanamiento ilegal por carecer de orden judicial previa, se hace de la fotocopia de una partida de nacimiento a raíz de la cual investiga la adulteración del original de la misma, cuestionándose en consecuencia, la filiación de una menor.

4.- PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN

Para lograr la averiguación de los hechos en forma coactiva, los órganos de investigación cuentan con el registro de lugares, cosas, animales y personas, a través de diversos mecanismos que se inician con un auto de proceder.

4.1. A través del registro de los lugares: Estos lugares pueden ser clasificados como públicos y privados. En el primer caso cuando haya motivos suficientes para presumir que en un lugar público existen rastros del delito investigado o de alguna persona fugada o sospechosa, salvo cuando sea obligatoria una orden de allanamiento, la policía realizará directamente el registro del lugar, es decir, no requiere de orden de allanamiento (Articulo 208 COPP)

Tampoco se requiere dicha orden, cuando el registro deba efectuarse en oficinas administrativas, establecimientos de reunión o recreo, aunque sean de propiedad privada, mientras estén abiertas al público.

Caso contrario, estos mismos lugares de propiedad privada, pero cerrados al acceso del público, que no sean destinados a la habitación particular, se requiere la orden de allanamiento, para obtener los rastros del delito o a la persona fugada o sospechosa.

Al principio o durante la investigación penal pueda presentarse la necesidad de entrar en un recinto cerrado, sea o no domicilio, cuando existan indicios de que pueda encontrarse en él la persona investigada, efectos del delito o pruebas que puedan servir para el esclarecimiento de aquel. En este segundo supuesto estamos en presencia de los lugares privados constituidos por los establecimientos comerciales en dependencias cerradas, morada o domicilio, recinto habitado (hotel), en estos casos se requiere orden escrita del Juez.

Entendemos por morada o domicilio cualquier lugar cerrado en el que puede transcurrir la vida privada, individual o familiar particular, de una forma duradera o transitoria, por lo que están incluidos en este término: los

apartamentos, las viviendas, las habitaciones de hoteles y pensiones, las tiendas de campaña y otros similares.

No se incluyen los locales comerciales o de esparcimiento, el trastero y plazas de garaje, el corralón, el patio común y otros elementos comunes de la vivienda, el dormitorio común de los soldados, los bares, cafeterías, casas abandonadas, almacenes y las naves de transporte, literas de un tren los vehículos de motor.

4.2. Requisitos para el registro: Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas o en recinto habilitado se requerirá orden escrita del Juez de Control.

En este punto nos limitaremos a examinar el registro en el domicilio de los particulares. A estos efectos, entendemos por domicilio cualquier lugar cerrado en el que puede transcurrir la vida privada, individual o familiar particular, de una forma duradera o transitoria, por lo que están incluidos en este término: las viviendas, las habitaciones de hoteles y pensiones, las caravanas y las tiendas de campaña, y no se incluyen los locales comerciales o de esparcimiento.

La Doctrina extranjera ha establecido ciertas exigencias para entrar en el domicilio, que han sido aceptadas generalmente, y que se resumen en las siguientes:

1. El consentimiento expreso o tácito del titular del domicilio.

2. En su defecto, resolución judicial expresa y motivada.

3. Presencia, en el caso anterior, del secretario, del interesado o de su representante o, en su caso, un miembro de su familia mayor de edad o de testigos.

4. Existencia de una situación de flagrancia cuando lo realicen directamente los agentes de policía.

De igual manera se ha clasificado el registro del domicilio de acuerdo a las siguientes modalidades: 1) Voluntaria. Cuando el titular de la vivienda presta su consentimiento y lo otorga de forma expresa y escrita a los funcionarios de policía. En este caso, no se trata de una diligencia judicial ni tiene los efectos propios de las practicadas dentro del proceso, por lo que al formar parte del atestado policial, en el juicio tiene que acreditarse, dentro de la prueba testifical, con la declaración de los policías actuantes.

La autorización concedida por el afectado no se puede entender limitada a unos delitos y no a otros que se descubran durante el registro.

Sin embargo, cuando el afectado está detenido, el consentimiento para la realización de esta diligencia requiere que se preste ante el abogado que le asista ya que esta manifestación de carácter personal puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y a su derecho de defensa, por lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto que realiza. Sin que sea necesario que en el registro esté presente el abogado del interesado.

2) Judicial. Es la ordenada por el Juez de control, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad, cuando el titular no presta su consentimiento.

La proporcionalidad, está en la ponderación de los intereses en juego; por un lado la necesidad de perseguir los delitos y averiguar los autores y sus circunstancias, y por otro el respecto del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Un ejemplo claro de esta situación seria la averiguación del delito de tráfico de drogas de tal importancia en la Sociedad en la que vivimos, por regla general, ello justifica sobradamente el que se autorice esta medida sin limite de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, ya que se revela como

imprescindible en muchos casos para la averiguación de esta clase de delitos, mediante la ocupación del objeto del delito o de las pruebas documentales correspondientes.

Entre nosotros, la resolución por la cual el Juez ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada y ello es lógico, por cuanto se trata de una excepción a la garantía constitucional que protege al domicilio.

A diferencia de otras legislaciones, la nuestra no exige como requisito sustancial de legalidad ordinaria, la presencia del dueño o habitante, ni la del imputado, pero si este se encuentra presente y no esta su defensor se le pedirá a otra persona que lo asista. Por el contrario el Artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal sí exige que el registro se efectúe en presencia de dos testigos hábiles, en lo posible vecinos del lugar, que no deben tener vinculación con la policía, a los fines de garantizar la transparencia y legalidad de las actuaciones.

Creemos que no es imprescindible para iniciar el registro la notificación del dueño del domicilio, ya que pueden ocurrir supuestos que ameriten la utilización de la fuerza pública para practicarlo, sin que ello obste que posteriormente se realice la notificación. En otros casos, resultaría deseable tal notificación al inicio, si éste se encuentra y en caso de que no sea encontrado a cualquier persona prefiriéndose por supuesto a los miembros de la familia, si son mayores de edad.

La falta de notificación no acarrea la nulidad de las actuaciones ya que si ésta es ordenada judicialmente la notificación no deja de ser una mera formalidad, sin mayor relevancia, toda vez que cualquier reacción del interesado a dicha notificación, sería totalmente inocua para la ejecución de la diligencia, que se llevara a cabo incluso por la fuerza.

De ninguna manera se puede pensar que la intimidad del morador se ve afectada cuando la autorización para entrar y registrar el domicilio habilitada la búsqueda y localización de efectos o instrumentos relacionados con un delito determinado, en el momento de la práctica aparecen los efectos de un posible delito distinto del investigado, lo que constituye una situación de flagrancia que exige la inmediata intervención de los mismos, por parte de los funcionarios actuantes.

En algunos casos, será factible cumplir con el presupuesto de la notificación y, en otros casos, como en los que es necesario utilizar el auxilio de la fuerza, lo prioritario será aprovecharse del factor sorpresa, sin perjuicio de que, una vez realizada la entrada y practicadas las actuaciones necesarias para llevar a efecto la diligencia, se proceda a notificársela al interesado.

3) Necesaria. Cuando el delincuente es sorprendido infraganti por los agentes de policía, cuando se haga necesaria para impedir la perpetración de un delito o cuando se trate del imputado a quien se persigue para su aprehensión, tal como lo prevé el Articulo 210 del COPP.

Para ello, es necesario definir el alcance de la flagrancia como supuesto verdaderamente excepcional para la entrada en el domicilio de una persona física. Ha sido definida por la doctrina como "la situación fáctica en la que el delincuente es "sorprendido" - visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o, en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito". De ello se deduce que para la existencia de esta situación se requiere la presencia de las dos siguientes notas: evidencia del delito y urgencia de la intervención policial, ya que esta última no es por sí sola flagrancia.

Nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, ha definido la flagrancia y sus clases en sentencia dictada en fecha 11 de diciembre de 2001 en el juicio seguido contra Naudy Alberto Pérez Briceño, de la siguiente manera:

> "La definición de flagrancia la establecía el artículo 184 del Código de Enjuiciamiento Criminal de 1962, hoy derogado, en los siguientes términos: "...se tendrá como delito infraganti aquel por el cual se vea el culpable perseguido de la autoridad policial, de la persona agraviada o del clamor público, o en el que se sorprenda, a poco de

haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el delincuente. El Código Procesal Penal de 1998, hoy reformado, en términos similares al Código de Enjuiciamiento Criminal, disponía: Artículo 257. Definición. Para los efectos de este Capítulo se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el imputado se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. (...).La reforma del Código Orgánico Procesal Penal del año 2000, aplicable para el presente caso, define flagrancia de la misma forma que el Código de 1998, con la diferencia de que se modifica la palabra "imputado" por "sospechoso", en los siguientes términos: "Artículo 257. Definición. Para los efectos de este Capítulo se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. (...)." (Subrayado de la Sala). La reciente reforma del Código Procesal Penal, sólo a manera indicativa, ya que no es aplicable para el presente caso, define flagrancia en su artículo 248, en términos idénticos a la normativa transcrita. Observa la Sala que, según la norma anterior, la definición de flagrancia implica, en principio, cuatro (4) momentos o situaciones: 1. Delito flagrante se considera aquel que se esté cometiendo en ese instante y alguien lo verificó en forma inmediata a través de sus sentidos. La perpetración del delito va acompañada de actitudes humanas que permiten reconocer la ocurrencia del mismo, y que crean en las personas la certeza, o la presunción vehemente que se está cometiendo un delito. Es esa situación objetiva, la que justifica que pueda ingresarse a una morada, establecimiento comercial en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, sin orden judicial escrito de allanamiento, cuando se trata de impedir su perpetración (artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial Nº 3.558 Extraordinario del 14 de noviembre de 2001). Ahora bien, existen delitos cuya ejecución se caracterizan por la simulación

de situaciones, por lo oculto de las intenciones, por lo subrepticio de la actividad, y en estos casos la situación de flagrancia sólo se conoce mediante indicios que despiertan sospechas en el aprehensor del supuesto delincuente. Si la sola sospecha permite aprehender al perseguido, como lo previene el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, y considerar la aprehensión de dicho sospechoso como legítima a pesar que no se le vio cometer el delito, con mayor razón la sola sospecha de que se está perpetrando un delito, califica de flagrante a la situación.. No debe causar confusión el que tal detención resulte errada, ya que no se cometía delito alguno. Ello originará responsabilidades en el aprehensor si causare daños al aprehendido, como producto de una actividad injustificable por quien calificó la flagrancia. También es necesario que la Sala apunte, que a pesar que el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal no lo contemple, el aprehensor -como prueba de la flagrancia- podrá requisar las armas e instrumentos con los cuales aparezca que se ha cometido el delito o que fueren conducentes a su esclarecimiento, tal como lo contemplaba el artículo 185 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, el cual era una sabia norma, ya que en muchos casos la sola aprehensión de una persona no basta, si no puede vincularse a ésta con el delito que se dice se estaba cometiendo o acababa de cometerse; o si no puede justificarse la detención de quien se encontraba cerca del lugar de los hechos, si no se presentan las armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hicieron presumir con fundamento al aprehensor, que el detenido es el delincuente. De acuerdo a la diversidad de los delitos, la sospecha de que se está cometiendo y la necesidad de probar tal hecho, obliga a quien presume la flagrancia a recabar las pruebas que consiga en el lugar de los hechos, o a instar a las autoridades competentes a llevar a los registros e inspecciones contempladas en los artículos 202 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal. 2. Es también delito flagrante aquel que "acaba de cometerse". En este caso, la ley no especifica qué significa que un delito "acabe de cometerse". Es decir, no se determina si se refiere a un segundo, un minuto o más. En tal sentido, debe entenderse como un momento inmediatamente posterior a aquel en que se llevó a cabo el delito. Es decir, el delito se cometió, y de seguidas se percibió alguna situación que permitió hacer una relación inmediata entre el delito cometido y la persona que lo ejecutó. Sólo a manera de ejemplo, podría pensarse en un caso donde una persona oye un disparo, se asoma por la ventana, y observa a un individuo con el revólver en la mano al lado de un cadáver. 3. Una tercera situación o momento en que se considerará,

según la ley, un delito como flagrante, es cuando el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público. En este sentido, lo que verifica la flagrancia es que acaecido el delito, el sospechoso huya, y tal huída da lugar a una persecución, objetivamente percibida, por parte de la autoridad policial, por la víctima o por el grupo de personas que se encontraban en el lugar de los hechos, o que se unieron a los perseguidores. Tal situación puede implicar una percepción indirecta de lo sucedido por parte de aquél que aprehende al sospechoso, o puede ser el resultado de la percepción directa de los hechos, lo que originó la persecución del sospechoso. 4. Una última situación o circunstancia para considerar que el delito es flagrante, se produce cuando se sorprenda a una persona a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde ocurrió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir, con fundamento, que él es el autor. En este caso, la determinación de la flagrancia no está relacionada con el momento inmediato posterior a la realización del delito, es decir, la flagrancia no se determina porque el delito "acabe de cometerse", como sucede en la situación descrita en el punto 2. Esta situación no se refiere a una inmediatez en el tiempo entre el delito y la verificación del sospechoso, sino que puede que el delito no se haya acabado de cometer, en términos literales, pero que por las circunstancias que rodean al sospechoso, el cual se encuentra en el lugar o cerca del lugar donde se verificó el delito, y, esencialmente, por las armas, instrumentos u otros objetos materiales que visiblemente posee, es que el aprehensor puede establecer una relación perfecta entre el sospechoso y el delito cometido. En relación con lo anterior, en sentencia de esta Sala de fecha 15 de mayo de 2001 (caso: Haidee Beatriz Miranda y otros), en consideración de lo que establece el Código Orgánico Procesal Penal como definición de delito flagrante, se estableció lo siguiente: "... Se entiende que hay flagrancia no sólo cuando se sorprende al imputado en plena ejecución del delito, o éste lo acaba de cometer y se le persigue por ello para su aprehensión, sino cuando se le sorprende a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor...". Así pues, puede establecerse que la determinación de flagrancia de un determinado delito puede resultar cuando, a pocos minutos de haberse cometido el mismo, se sorprende al imputado con objetos que puedan ser fácilmente asociados con el delito cometido. En tal sentido, para que proceda la calificación de flagrancia, en los

términos antes expuestos, es necesario que se den los siguientes elementos: 1. Que el aprehensor haya presenciado o conozca de la perpetración de un delito, pero que no haya determinado en forma inmediata al imputado. 2. Que pasado un tiempo prudencial de ocurrido el hecho, se asocie a un individuo con objetos que puedan fácilmente relacionarse en forma directa con el delito perpetrado. 3. Que los objetos se encuentren en forma visible en poder del sospechoso. Es decir, es necesario que exista una fácil conexión entre dichos objetos o instrumentos que posea el imputado, con el tipo de delito acaecido minutos o segundos antes de definida la conexión que incrimine al imputado. Ahora bien, en los tres (3) últimos casos señalados anteriormente, la flagrancia se determina en forma posterior a la ocurrencia del delito. Es decir, luego de que la comisión del delito sucede, se establecen las circunstancias en que por inmediatez o por otras razones se puede hacer una conexión directa entre el delito y aquella persona que lo cometió. Sin embargo, como ya lo señaló la Sala, puede existir flagrancia cuando se está cometiendo un delito y el mismo es percibido por cualquier persona. Puede existir el caso, por ejemplo, donde un funcionario policial o una persona cualquiera observen en la vía pública que una persona apunta a otra con un arma y se apodere de sus bienes."

Este concepto también está presente en el lenguaje común, no necesariamente técnico, y, así, el Diccionario del Español Actual se refiere a estarse "ejecutando en el momento en que se habla" y a ser "cosa muy evidente e innegable". En síntesis, exige la actualidad e inmediatez del hecho y percepción directa y sensorial del mismo, por lo que quedan excluidas la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello.

De igual manera, el Tribunal Constitucional Español cuando se refiere a la flagrancia lo hace como "la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es "sorprendido"- visto directamente o percibido de

otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito". De ello se deduce que para la existencia de esta situación se requiere la presencia de dos siguientes notas: evidencia del delito y urgencia de la intervención policial ya que esta ultima no es por sí sola flagrancia.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo español constata esta línea doctrinal al exigir la concurrencia de la doble inmediatez temporal y personal, y a la urgente necesidad de intervención inmediata de la policía, bien para poner fin al mal que la infracción conlleva, para detener al delincuente o para aprehender el objeto de los instrumentos del delito. Específicamente lo define como aquel que encierra en si la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo. Supuesto que se da cuando los agentes policiales en funciones de vigilancia desde el exterior del domicilio perciben directamente hechos presuntamente delictivos ejecutados en su interior, como lo es la venta de drogas.

Con base a lo expuesto podemos citar algunos fallos del Tribunal Supremo de España:

> "Si en la especie no se ha configurado ninguna de las excepciones previstas por el art. 189 CPMP ni ha mediado consentimiento valido que permitiera la intromisión del personal policial en el domicilio del procesado, la prueba obtenida en dicho procedimiento ilegal no

puede valorarse en su contra (CS, 27/11/84, "Florentino" Fallos 306:1752, LL 1985-A-159).

"No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, principio que no permitiría reconocer en el proceso prueba adquirida en virtud de un allanamiento ilegal, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a un juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir a aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente. (C.S. 4/10/88, "Gordon Anibal y otros Fallos 311-2045)

4.3. Dentro del procedimiento de obtención es importante determinar quien es la persona en cuya cabeza pende la titularidad para solicitarla. En nuestro ordenamiento procesal penal esta habilitación la tiene la Policía de Investigaciones Penales, en caso de necesidad o urgencia, debidamente autorizado por el Ministerio Publico, por cualquier medio.

4.4. Objeto de la inspección Conforme al Articulo 202 del Código Orgánico Procesal Penal, el objeto de la inspección es comprobar el estado de los lugares públicos, cosas, los rastros y efectos materiales que existan y sean de utilidad para la investigación del hecho o la individualización de los partícipes en él. De esa Inspección se levantará un informe en el cual se describan de manera

detallada los elementos examinados, recogiéndose las cosas que sean útiles, las cuales deben conservarse.

4.5. Contenido de la orden del Juez para el allanamiento: Este contenido esta indicado en el Articulo 211 del Código Orgánico Procesal Penal que de manera taxativa debe indicar lo siguiente:1.- La autoridad judicial que decreta el allanamiento y la suscinta identificación del procedimiento en el cual se ordena. En cuanto a la determinación orgánica es imprescindible para saber quien es el responsable de la orden y para que cualquier interesado conozca de quien emanó ante las posibles responsabilidades que de ella se deriven; 2.- Señalamiento concreto de lugar o lugares a ser registrados. Esta orden puede contener un señalamiento múltiple de lugares no es necesario librar una orden por cada lugar, sino que se especifique de manera concreta los que deben ser allanados; 3.- Determinación de la autoridad que practicará el registro; 4.- El motivo preciso del allanamiento con indicación exacta de los objetos, o personas buscadas y las diligencias a realizar y 5.- La fecha y firma. La norma no lo establece pero es necesario que se estampe el sello correspondiente que de acuerdo al artículo 1° de la Ley de Sello le da autenticidad al documento. La falta de alguno o algunos de estos requisitos acarreará la nulidad relativa de la orden.

4.6.Caducidad: La orden tendrá una duración máxima de siete dias, después de los cuales caduca la autorización, salvo los casos en los cuales haya sido expedida por tiempo determinado en cuyo caso la orden debe incluir ese tiempo

4.7.Procedimiento:

4.7.1.El procedimiento para allanar un lugar habitado se resume de la siguiente manera: Se notifica de la órden a quién habite el lugar o se encuentre en él, en la forma como fue explicado anteriormente, y se le entrega copia de la misma.

Será presenciado por dos testigos hábiles, vecinos del lugar, en lo posible, sin vinculación con la policía. La norma no especifica que debe hacerse en presencia del Ministerio Público pero pensamos que su comparecencia es imprescindible.

Estos testigos que la ley denomina hábiles deben llenar ciertos requisitos a nuestro modo de ver, ser mayores de edad, que sepan leer y escribir, por cuanto deben enterarse del contenido del Acta que al efecto se levante y suscribirla, y ser vecinos del lugar sin vinculación alguna con la policía.

Cumplidas las anteriores formalidades se procede a inspeccionar

Si el notificado se resiste o nadie responde al llamado se hace uso de la fuerza pública para entrar

4.7.2.Si el lugar se encuentra deshabitado o que no abren, se hace uso de la fuerza publica debiendo cuidar que quede cerrado y de no ser ello posible se asegurara que otras personas no ingresen hasta lograrlo.

4.7.3.Todas las actuaciones deben ser recogidas en un Acta que firmaran el notificado si lo hubiere, los testigos y los funcionarios actuantes (Artículos 212, 210 y 202 eiusdem)

CAPITULO IV

LAS MEDIDAS PROCEDENTES EN LAS PESQUISAS

1.- CLASES DE MEDIDAS PESQUISATORIAS

En el proceso penal existen una serie de medidas de aseguramiento que pueden atender a la instancia del Ministerio Publico o a ordenes de los jueces penales, que se decretan sobre bienes y derechos de las personas.

Con relación al Ministerio Publico, la Constitución en su articulo 285 numeral 3, le atribuye el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del delito.

Ahora bien, la captura de los elementos activos y pasivos relacionados con el delito, se ejecuta a través de diversas figuras de aseguramiento de bienes mencionados en la Ley Adjetiva Penal, las cuales tienen en común que con ellas

se aprehenden bienes, tomándose posesión de ellos con miras al proceso penal, sin que abarque tal posibilidad a los derechos por su condición de intangibles.

En algunos delitos es posible confiscar bienes o inmovilizarlos preventivamente dirigida hacia la cautela sobre los bienes objeto del delito, en la mayoría de los casos la finalidad de tales medidas son de definitivo corte probatorio.

Entre las medidas que se pueden adoptar, estudiaremos las que a continuación se indican:

1.1.- **La ocupación**

Es un modo de adquirir la propiedad según el código Civil, pero este no es el sentido usado por las leyes procesales, ni por la Constitución.

La ocupación se utiliza como aprehensión de objetos que implica la desposesión a su poseedor e incluye no solo objetos de variada índole, armas o instrumentos que hayan servido o estuvieren preparados para la comisión del delito y cualesquiera otros que puedan servir para el objeto de las investigaciones.

Difiere del decomiso previsto en la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera, la cual regula el comiso de bienes en el artículo 3. De igual manera la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Contra la corrupción Artículo 15 se habla de privación con carácter definitivo de algún bien, por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente.

En estas normas se puede determinar la distinción que existe entre la ocupación y el decomiso, mientras con la ocupación el bien puede devolverse, lo decomisado puede probar pero la figura jurídica es otra tiene que ver mas con la aprehensión del cuerpo del delito. De acuerdo al artículo 14-5 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefactivas y Psicotrópicas lo decomisado o incautado se destruye salvo las cantidades necesarias debidamente certificadas de esas sustancias que sean admisibles a los efectos probatorios.

Según el Código Orgánico Procesal Penal el objeto de la ocupación son los bienes muebles tales como documentos, correspondencias que se presuman emanados del autor del hecho punible o dirigido por el y que puedan guardar relación con los hechos investigados. También los títulos valores, cantidades de dinero en cuentas bancarias o en caja de seguridad de los bancos o en poder de terceros, las comunicaciones privadas sean estas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio.

De los inmuebles también puede acordarse la ocupación previa para el examen de huellas, rastros, señales, para mensura y fotográfica del terreno para una descripción topográfica o planimétrica, tal como lo establece el artículo 202 eiusdem.

¿Cuál es la naturaleza de la ocupación? Podemos verlo desde diversos puntos de vista. En primer lugar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos del delito, de su perpetración durante la investigación de un hecho delictivo. No creemos que pueda decirse que la ocupación constituye una medida preventiva, por cuanto realmente no previene nada sino que está destinada a permitir la realización de una prueba.

Podría pensarse que se trata de una medida preventiva inmominada de las contempladas en el articulo 585 del Código de Procedimiento Civil porque existe un fundado temor de que una parte pueda causarle graves lesiones o lesiones de difícil reparación al derecho de la otra. El Juez autoriza o prohíbe la ejecución de determinados actos y adopta providencias que hacen cesar la continuidad de la lesión. La ocupación con fines probatorios se refiere a la captura de hechos no de derechos ni inmediatamente buscan evitar lesiones de derecho. Concluimos en que esta no puede ser su naturaleza

La ocupación es inherente a la obtención de una prueba y no viola el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que la propiedad está sometida a contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por la Ley con fines de utilidad pública o de interés general debido a la función social que cumple.

Como tercera posición surge la que considera que la ocupación es una especie de la incautación como medida definitiva que equivale a capturar el objeto del delito para su destrucción. Difiere de la ocupación pero también puede conllevar una actividad probatoria.

Ahora bien, sobre los bienes ocupados se pueden realizar varios medios de prueba para capturar los hechos en ella impregnados. Pueden ser experticias de cualquier naturaleza realizadas por funcionarios propios de la investigación como por técnicos o colaboradores sobre los objetos, armas e instrumentos que no son otros que los asegurados.

También Inspecciones oculares cuando fuere necesario realizadas por los órganos de policía o el Ministerio Público para preservar los rastros y efectos materiales que existan (art 202 COPP).

Reconocimiento de libros, documentos y demás papeles conexionados con el delito, ello implica que pueden incluirse las cartas, la correspondencia de cualquier tipo. Sin embargo el Código de Justicia Militar en su artículo 197 habla de allanamiento general de personas, domicilios y papeles lo cual incluye todo género de cartas o comunicaciones. Utilizados en igual sentido por el Código Orgánico Tributario que incluye la incautación de libros y documentos cuando la gravedad del caso lo requiera. A tal efecto se levantara un acta en la cual se especificaran los libros y documentos incautados. La medida estará limitada a

quince días prorrogables por los órganos jurisdiccionales competentes cuando fuere indispensable por lapsos que en su conjunto no excederán de tres meses.

1.2. - **El allanamiento**

El Articulo 47 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela establece la inviolabiidad de hogar domestico de la siguiente forma:

> "El hogar domestico y todo recinto privado de personas son inviolables. No podrán ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano"

Esta norma constitucional está recogida de igual manera, por el artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal, impidiendo el registro de la morada, establecimiento comercial que se encuentren cerrados sin previa autorización judicial y previo el cumplimiento de ciertos requisitos formales que protejan la garantía constitucional. La norma en comento no define que es morada u hogar domiciliario y mezcla en un mismo supuesto la morada con los establecimientos

comerciales u otros locales que evidentemente no constituyen morada y que por tanto no deberían gozar de la protección constitucional.

La definición de morada se hace necesaria a los fines de establecer si constituye morada solo el hogar propiamente dicho o todo sitio de habitación de personas, lo cual incluiría las residencias estudiantiles, sacristías, conserjerías, casas de huéspedes o recintos similares, lo que abriría la discusión si la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio debe entenderse que es una protección dirigida a la familia o a la privacidad general de las personas.

Creemos que el artículo va más allá de la protección constitucional y debe requerirse la autorización para todo tipo de morada o establecimientos comerciales que estén cerrados al público.

1.3. - **Recolección**

Ante el delito que se debe investigar ya sea de oficio o producto de una denuncia o de una querella o acusación privada el Ministerio Público comienza a recolectar el material que se presentara ante los jueces penales. A través de las investigaciones se recogen informaciones que permitirá determinar quienes son los testigos que posteriormente declararan en el juicio.

La actividad de los funcionarios que realizan la investigación en el lugar en el cual se sucedieron los hechos, permite levantar actas de inspección que deberán ser ratificadas en juicio, las cuales pueden ser acompañadas de otros medios complementarios como planimetrías, reproducciones de imágenes a través de fotos, películas u otros medios de reproducción mecánico.

Conforme al articulo 356 del Código Orgánico Procesal Penal el resultado de las experticias que se realicen sobre los objetos que se recolecten deben ser ratificadas en juicio, a través de la declaración de los expertos a quien previo el juramento de Ley se le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba, permitiéndose, al finalizar su relato, el interrogatorio directo comenzando por aquel que lo propuso y a continuación las otras partes en el orden en que el Juez presidente considere conveniente

asegurando que la defensa interrogue de último.- El tribunal también puede interrogar al experto.

El Juez debe moderar el interrogatorio y evitar que se le hagan al experto preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurando que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Los expertos expresaran la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

Esta figura está prevista en diversas leyes de la Republica a las cuales se hará mención mas adelante.

1.4.- **La Incautación**

Incautar significa posesionarse un Tribunal u otra autoridad competente de dinero o bienes de cualquier índole

El Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 218 establece que en el curso de la investigación de un hecho delictivo, el Ministerio Público con

autorización del Juez de control podrá incautar la correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor del hecho punible o dirigido por él y que puedan guardar relación con los hechos investigados.

De igual modo, podrá disponer la incautación de documentos, títulos, valores y cantidades de dinero disponibles en cuentas bancarias o en caja de seguridad de los bancos o en poder de terceros, cuando existan fundamentos razonables para deducir que ellos guardan relación con el hecho delictivo investigado.

Por incautación podemos entender una medida definitiva destinada a capturar los objetos del delito con el fin de destruirlos, así como sucede con la droga que se decomisa o con los objetos producto de una contravención fiscal.

La Fiscalía debe guardar los objetos incautados hasta la conclusión de la investigación, y enviarlos al Juez de control en caso de que en su acusación los invoque como medios de prueba.

Esta figura también es utilizada por diversas leyes de la Republica a las cual nos referiremos mas adelante.

1.5. - **Prohibición de innovar**

Es una orden judicial de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del pleito, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o conviritera su ejecución en ineficaz o imposible.

La prohibición de innovar constituye la medida cautelar fundada esencialmente en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el statu quo inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempode la promoción del litigio, tonrnado la posible futura sentencia en ilusoria y con el fin de evitar perjuicios irreparables.

La prohibición de innovar es una consecuencia de la litispendencia: para qu proceda es indispensable que exista una causa pendiente. Habiéndola puede decretarse tanto al inciarse el proceso como durante su curso.

2.- EL DOBLE PROPÓSITO DE ALGUNAS MEDIDAS

Los objetos pasivos del delito al ser ocupados o incautados pueden serlo con un doble propósito: uno, el que sirvan de pruebas reales en el proceso oral donde se exhibirán en la audiencia del debate; otro que es el fin mas común, cual

es incautar los objetos como recuperación para ser devueltos a la victima, o para su confiscación o decomiso, lo que acarrea la destrucción de dichos bienes.

Muchos de los objetos pasivos del delito son recogidos solo a estos fines, como lo prevé el Articulo 108 del Banco Central de Venezuela, con las monedas y los billetes falsificados, los cuales se necesitan y sirven de prueba del cuerpo del delito de falsificación, pero una vez promovidos como pruebas, si la sentencia declarara falsas las monedas y billetes, estos se destruyen por lo que la medida tuvo un doble propósito: probar y destruir. La Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes[7], contempla incautaciones de drogas que luego son destruídas.

Estas medidas sobre bienes que muy bien podrían no formar parte del acervo probatorio ya que se decomisan y depositan condicionados a las resultas del juicio son distintas en su esencia a las incautaciones u ocupaciones probatorias, las cuales tienen solo esa finalidad.

La Ley Penal de Protección de la Actividad Ganadera en su articulo 20 establece que se aprehenda al ganado robado y que se deje en custodia del dueño, quien los lleva a lugar seguro y los deja a disposición del Tribunal. Sin

---

[7] Gaceta Oficial N° 34.741, de fecha 21 de junio de 1.991

embargo, esa misma Ley en su articulo 3 prevé el comiso de bienes y su posterior subasta, reflejando así la doble función que pueden tener las medidas.

Muchas veces, la incautación se realiza básicamente para destruir lo ocupado, lo cual puede ocurrir antes del fallo definitivo, pero se guardan cantidades necesarias debidamente certificadas para que surtan efectos probatorios así lo recoge el Articulo 14 numeral 5 de la Ley Aprobatoria de la Convención Internacional citada.

Esta Convención, contempla además, la privación definitiva de un bien articulo 1 literal f, el cual puede o no haber servido de prueba.

CAPITULO V

OTRAS MEDIDAS PROBATORIAS CONTEMPLADAS EN LAS LEYES DE LA REPUBLICA

La actividad legislativa de la Republica, se ha dirigido a dictar una serie de leyes, en las cuales se muestra cada vez mas la tendencia a incluir medidas con evidente fines probatorios, como muestra de la tendencia hacia un proceso mas moderno, que cumpla con las exigencias de los Articulos 26 y 257 de la Constitucin de la Republica Bolivariana de Venezuela.

Entre ellas pasamos a examinar las siguientes:

1.- **LEY SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA FAMILIA**, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.531 de fecha 3 de septiembre de 1998. A pesar de que esta Ley es anterior a la Constitución vigente podemos observar en ella que el articulo 32 regula los organos receptores de la denuncia que puedan presentarse con fundamento en hechos cometidos en contra de la mujer y la familia:

> " Órganos receptores de denuncia. La denuncia a que se refiere el artículo anterior, podrá ser formulado en forma oral o escrita, con la asistencia de abogado o sin ella ante cualesquiera de los siguientes organismos:

1. Juzgados de Paz y de Familia

2. Juzgados de Primera Instancia en lo Penal.

3. Prefecturas y Jefaturas Civiles.

4. Órganos de policía.

5. Ministerio Público y

6. Cualquier otro que se le atribuya esta competencia.

En cada una de las prefecturas y jefaturas civiles del país se crearán una oficina especializada en la recepción de denuncias de los hechos de violencia a que se refiere esta Ley. "

Estos órganos receptores están facultados por el Artículo 39 para dictar Medidas cautelares a pesar de que varios de ellos no forman parte de la estructura del Poder Judicial y por ende no son órganos jurisdiccionales. Estas medidas pueden ser dictadas por el órgano receptor una vez formulada la denuncia correspondiente, entre las cuales están ordenar de inmediato el examen médico de la víctima y podrá además tomar las medidas cautelares siguientes: Emitir una orden de salida de la parte agresora de la residencia común independientemente de su titularidad sobre la misma; Remitir a la víctima a uno de los refugios de que trata el artículo 15 de esta Ley, en los casos en que la permanencia en su domicilio o residencia implique amenaza inminente a su integridad física; Arresto transitorio hasta por setenta y dos (72) horas, que se cumplirá en la jefatura civil respectiva; Ordenar la restitución de la víctima al hogar del cual hubiere sido

alejada con violencia; Prohibir el acercamiento del agresor al lugar de trabajo o estudio de la víctima; Asesorar a la víctima sobre la importancia de preservar las evidencias; Proveer a la víctima información sobre los derechos que esta Ley le confiere y sobre los servicios gubernamentales o privados disponibles, en particular de las Unidades de Atención y Tratamiento a que se refiere el artículo 14 de esta Ley; Elaborar un informe de aquellas circunstancias que haya observado que sirva al esclarecimiento de los hechos, el cual deberá acompañar a la denuncia; y cualquier otra medida aconsejable para la protección personal, física o emocional de la víctima, del grupo familiar, o de la pareja.

Estas medidas cautelares pueden ser dictadas por el juez competente quien además podrá ratificar o confirmar las ya dictadas por el órgano receptor, segun el articulo 40 de la referida Ley.

De estas normas se desprende, la obligación de los órganos receptores de ordenar el examen medico de la victima, debiendo asesorarla en cuanto a la preservación o conservación de las pruebas, a su vez elaborar un informe en el cual determine las circunstancias que haya observado y que sirva para el esclarecimiento de los hechos, con ello el órgano receptor obtiene pruebas, recaba las que considere convenientes, las cuales deberán ser incorporadas al

proceso posteriormente, pudiendo en su caso, dictar las medidas pertinentes para el resguardo de las pruebas obtenidas.

2.- La **LEY DE LOS ORGANOS DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS, PENALES Y CRIMINALISTICAS** publicada en la Gaceta Oficial N° 5.551 de fecha 09 de noviembre de 2001, Decreto N° 1.511, del 02 de noviembre de 2001 contiene las siguientes normas que también contemplan medidas probatorias :

En primer lugar en cuanto a la competencia de los órganos de apoyo a estos les corresponde realizar las siguientes actividades:

> **"Artículo 15.** Corresponde a los órganos de apoyo a la investigación penal, en el ámbito de su competencia:
>
> 1. Realizar las actividades encaminadas a resguardar el lugar del suceso.
> 2. Impedir que las evidencias del hecho delictivo, rastros o materialidades desaparezcan y proteger el estado de las cosas de tal forma que no se modifiquen hasta que llegue al lugar la autoridad competente.
> 3. Disponer que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho, o en sus adyacencias, se aparten del mismo mientras se realicen las diligencias que corresponda.
> 4. Identificar y aprehender a los autores de delitos en casos de flagrancia y ponerlos a disposición del Ministerio Público.
> 5. Asegurar la identificación de los testigos del hecho.
> 6. Brindar asesoría técnica en la investigación criminal, a solicitud del Ministerio Público, con excepción de lo prevista en el numeral 1 del articulo anterior.
> 7. Las que les sean atribuidas por la ley. "

Entre las actuaciones que deben realizar los funcionarios de investigación el articulo Artículo 18 establece. previo a la realización de la notificación referida en el artículo anterior, los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas sólo podrán realizar las actuaciones dirigidas al resguardo, la preservación y la recolección de las evidencias, así como las que resultaren urgentes y necesarias para el logro de los fines de la investigación penal. De igual manera el Artículo 19 establece que el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, comprobará mediante inspecciones el estado de los lugares públicos, cosas, rastros y efectos materiales que existan y sean de utilidad para la investigación del hecho, así como garantizar la identificación de las personas, que pudieran brindar información que contribuya con la investigación.

De esa inspección que realicen elaborarán un informe contentivo de lo actuado, donde describirán los elementos tomados en cuenta a los efectos de la investigación, que será remitido ala brevedad al Ministerio Público. La realización de inspecciones por parte de los funcionarios que componen el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, se regirá de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, el presente Decreto Ley y su Reglamento.

También el Articulo 20 autoriza a estos funcionarios que están a cargo de la investigación solicitar directamente una orden de allanamiento al Juez de Control, previa autorización por cualquier medio del Ministerio Público, de la cual dejarán constancia en sus respectivos libros diarios los funcionarlos intervinientes, siempre que se trate de un supuesto que por la necesidad o urgencia requiera celeridad en la realización de las actuaciones. En todo caso la solicitud deberá contener las razones que la justifican. Solo en los casos de delitos flagrantes, los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas podrán actuar con prescindencia de lo establecido en el artículo 20 y en todo caso se dejará Constancia de lo actuado en el informe que se remitirá al Ministerio Público.

Resulta interesante la inclusión del Artículo 25 que establece que el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, sin que ello signifique violación de los principios del proceso penal y previa autorización del Ministerio Público, podrá solicitar al juez correspondiente, cuando se aprecie un peligro grave para la persona o sus bienes, las medidas necesarias de protección a los testigos y peritos en cuanto a preservar la identidad, profesión u oficio, lugar de trabajo y residencia o domicilio, con ello se incluyen las medidas cautelares con fines preservativos de prueba y medidas de retención.

El Artículo 28. de la ley en comento, autoriza a los funcionarios dependientes de un órgano de Seguridad Ciudadana, que reciba la noticia sobre la comisión de un hecho punible el traslado sin demoras de una comisión de dicho órgano hacia el lugar donde ocurrieron los hechos. Una vez en el sido realizarán las acciones necesarias para la protección de la escena y las evidencias, así como, para garantizar la identificación de las personas que pudieran brindar información, que contribuya con la investigación hasta tanto se hagan presentes los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, quienes asumirán la investigación criminal.

Con ello, se autoriza igualmente a estos órganos, distintos del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, para tomar cualesquiera medidas cautelares para preservar pruebas, a pesar de que estos no son los encargados de la investigación, facultad que se ve reafirmada en los casos de delitos flagrantes en cuyo caso deben igualmente preservar los rastros materiales ameriten la aplicación de los métodos de investigación penal, debiendo garantizar la protección del sitio del suceso y las evidencias hasta tanto se haga presente este Cuerpo, poniendo al aprehendido a la disposición del Ministerio Público.

De todas estas actuaciones en las cuales se recogen pruebas por intermedio de los órganos de policía mencionados, podría surgir la necesidad de dictar medidas preventivas que aseguren las pruebas obtenidas en esta fase de la

investigación que van a servir posteriormente para el esclarecimiento de los hechos y en definitiva dictar una sentencia conforme a la verdad que surja de las mismas.

3.- La **LEY DE BIENES MUEBLES RECUPERADOS POR AUTORIDADES POLICIALES,** publicada en la Gaceta Oficial N° 1.032, de fecha18 de julio de 1966, en su articulo 5 establece que el Cuerpo Técnico de Policía Judicial conservará a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 117 y 143 del Código de Enjuiciamiento Criminal, todos los objetos y efectos que puedan servir al esclarecimiento de un hecho delictivo y al descubrimiento de los culpables.

El Cuerpo Técnico de Policía Judicial pondrá estos bienes a la orden del Juez competente a los fines de que éste resuelva lo conducente de conformidad con las disposiciones del Código de Enjuiciamiento Criminal. A través de esta norma se prevé la retención de los efectos, bienes u objetos que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos delictivos y el descubrimiento de los culpables. Esta atribución hoy le compete a los Organos de Investigaciones Científicas.

4.- Igual medida de retención está prevista en la **LEY DE TRANSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE,** publicada en la Gaceta Oficial N° 37.332, de fecha 26 de noviembre de 2001, Decreto N° 1.535 del 08 de noviembre de 2001, en cuyo Artículo 117, se establece:

> " Se procederá a la retención de los vehículos por parte de las autoridades competentes del tránsito y transporte terrestre, en sus respectivas circunscripciones, cuando se verifiquen los siguientes supuestos:.....
>
> 4. Cuando el vehículo se encuentre actualmente involucrado en accidentes de tránsito terrestre con personas lesionadas o fallecidas.
>
> 5. Cuando sea evidente la falsedad de los documentos de registro o de los seriales de identificación del vehículo.
>
> 6. En los demás casos que señale la ley.
>
> En el caso del numeral 2 de este artículo, la autoridad deberá hacer entrega del mismo al momento de subsanarse la falta, sin perjuicio de la multa a que haya lugar. En el caso del numeral 1, la autoridad entregará el vehículo al propietario al momento de disponer de una grúa, a los fines de ser conducido, bien a un lugar que éste estime conveniente o bien a talleres de reparación que subsanen la falla, en cuyo caso el propietario quedará sujeto a presentación y revisión del vehículo en la oportunidad que se fije. En el caso del numeral 4, el vehículo será entregado a su propietaria previa autorización del Fiscal del Ministerio Público que conozca del hecho, y cuando se trate del supuesto previsto en el numeral 5, las autoridades entregarán el vehículo a su propietario en un lapso no mayor de quince (15) días continuos, una vez descartada mediante experticia la falsedad de los documentos o de los seriales del mismo."

5.- La **LEY DE PESCA Y ACUACULTURA**, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.323, de fecha 13 de noviembre de 2001, contenida en el Decreto N° 1.524 03 de noviembre de 2001, preve

> **"Artículo 84.** Las Infracciones a las disposiciones establecidas en la presente Decreto Ley y a sus normas reglamentarias, serán sancionadas por el Instituto Nacional de la Pesca y Acuacultura en proporción a la gravedad que implique la falta cometida por el infractor, con la aplicación de alguna de las siguientes sanciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 87, 88 y 89 del presente Decreto Ley:
>
> .....
>
> 4. Comiso de productos capturados, o cultivados, o comercializados llegalmente, y de artes, aparejos o sistemas de pesca prohibidos."

El Artículo 94 establece que los funcionarlos del órgano competente de la Fuerza Armada Nacional, que sorprendan a un buque pesquero en evidente ejercicio de actividades contrarias al presente Decreto Ley, ordenarán su retención preventiva, suspensión de dichas actividades e Inspección del buque. Al igual que pueden ordenar la retención de los productos y subproductos de la pesca y acuacultura obtenidos o comercializados sin las autorizaciones respectivas, u obtenidos en zonas prohibidas o que estén expresamente vedados, así como los artes y aparejas de pesca, que no estén permitidos, y efectivamente el decomiso, una vez demostrada la falta.

Y el Aseguramiento en los siguientes terminos,: El buque pesquero o vehículo de transporte de productos o subproductos derivados de la pesca o de la acuacultura, presuntamente involucrado en la comisión del hecho, quedará a la orden de la dependencia local o regional del Instituto Nacional de la Pesca y Acuacultura, mientras ésta concluye las averiguaciones, y bajo la custodia del órgano competente de la Fuerza Armada Nacional, quien impedirá su movilización hasta que se produzca la decisión y reciba la notificación respectiva por parte de Instituto Nacional de la Pesca y Acuacultura. En caso de la presunta comisión de infracciones a las disposiciones del presente Decreto Ley en establecimientos acuícolas, industriales o comerciales, podrá practicarse la retención preventiva de cualquier elemento que pudiere ayudar a la comprobación del hecho.

6.- La **LEY DE PROCEDIMIENTO MARITIMO**, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001, Decreto N° 1.551 del 12 de noviembre de 2001, establece un procedimiento para dictar medidas que conlleven el aseguramiento de pruebas y en su Artículo 20, que establece:

> " Cuando las partes estuvieren de acuerdo, previa participación conjunta al Tribunal, las diligencias probatorias que se hubiesen solicitado en juicio o en medidas prejudiciales y que se refieran a materias tratadas por esta Ley, podrán llevarse a cabo extrajudicialmente, pero con asistencia de los abogados de las partes.

Si durante la producción de esta prueba se suscitaren controversias entre las partes, se suspenderá el acto reservándose la decisión sobre los puntos controvertidos para el Juez que conoce el proceso o el que deba conocer, si se trata de diligencias prejudiciales. Lo aquí expresado no obsta a que se continúe extrajudicialmente con otras actuaciones probatorias.

Las diligencias probatorias que se hubieren interrumpido por oposición de alguna de las partes, podrán continuarse judicialmente si así se solicita."

De este procedimiento puede surgir la necesidad de que se dicten

medidas asegurativas.

7.- **LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS, publicada en la** Gaceta Oficial N° 4.636 Extraordinario de fecha 30 de septiembre de 1993 contempla a su vez una medida probatoria con doble finalidad: probatoria y de destrucción de la misma, de la siguiente manera:

Artículo 66.- Los bienes muebles e inmuebles, capitales, vehículos, naves o aeronaves, aparatos, equipos, instrumentos y demás objetos que se emplearen para la comisión de los delitos a que se refieren los artículos precedentes, así como aquellos bienes sobre los que exista presunción grave de proceder de los delitos o de los beneficios de los delitos que tipifica esta Ley, serán, en todo caso, decomisados y se pondrán en la sentencia condenatoria definitivamente firme, sin necesidad de remate, a disposición del Ministerio de Hacienda, quien dispondrá de los mismos, a los fines de la asignación de recursos para la ejecución de los programas que realizan los organismos públicos dedicados a la prevención, control, fiscalización, tratamiento, rehabilitación, reincorporación social y represión, de conformidad con los planes elaborados conjuntamente por dicho Ministerio y la Comisión Nacional contra el Uso Ilícito de las Drogas. A su vez, dicha Comisión velará porque los bienes decomisados sean adjudicados

en forma equitativa, debiendo distribuirse entre los organismos dedicados a las materias antes referidas.

Artículo 146.- El funcionario instructor inmediatamente después de la aprehensión del sujeto, en el acta donde se deje constancia del procedimiento, deberá igualmente dejar constancia del comiso de alguna sustancia, indicando la cantidad, color, tipo de empaque o envoltorio, estado o consistencia en que la encontró y presunción de la sustancia de que se trata y cualquier otra indicación que considere necesaria para su identificación plena; así mismo ordenará con igual diligencia la practica de una experticia, en la cual se deje constancia de la cantidad, peso exacto, identificación de la sustancia, clase, tipo, calidad, sus efectos en el organismo humano o animal, según sea el caso, consecuencias que produce y si tiene uso terapéutico conocido.

Dentro de los treinta (30) días consecutivos al comiso y previa realización de la experticia que conste en auto, el Tribunal de la causa, antes de detectar la destrucción de las sustancias, notificará a la División de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, a objeto de que esta solicite la totalidad o una porción de ellas, con filies terapéuticos o de investigación, indicándole, a tal efecto, cantidad, clase, calidad y nombre de las sustancias decomisadas, deberá, de la misma manera indicar la fecha final de los treinta (30) días consecutivos dentro de los cuales el Ministerio mencionado responderá si requiere o no de dichas sustancias.

Cuando las sustancias no tengan uso terapéutico conocido, conforme a los resultados que arroje la experticia previamente ordenada, el Tribunal podrá eximirse de enviar la notificación al citado Ministerio.

El Juez, una vez evacuada la experticia, ordenará el depósito de dichas sustancias en un lugar que reúna condiciones de seguridad y, dentro de los treinta (30) días señalados, ordenará, según sea el caso, la entrega al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social o destrucción de las sustancias incautadas, previa identificación por expertos que designe tal efecto.

La destrucción será por incineración u otro medio apropiado, en presencia del Juez de la causa o de un Juez que se comisione al efecto, un representante del Ministerio Público y uno de Policía

Judicial principal, los mismos suscribirán el acta o las actas que para tal procedimiento se levanten.

Los tribunales de Primera Instancia en lo Penal de una misma circunscripción judicial podrán, previo acuerdo entre ellos, designar, en forma rotativa, a uno de los Jueces de los distintos Tribunales de la jurisdicción para ejecutar la destrucción ordenada de las sustancias.

8.- El **CODIGO ORGANICO TRIBUTARIO**, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001 contempla a su vez otro grupo de medidas probatorias.

Así el Artículo 127 faculta a la Administración Tributaria dispondrá de amplias facultades de fiscalización y determinación para comprobar y exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias, pudiendo especialmente: Retener y asegurar los documentos revisados durante la fiscalización, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares y tomar las medidas necesarias para su conservación. A tales fines se levantará un acta en la cual se especificarán los documentos retenidos; Adoptar las medidas administrativas necesarias para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación que se exija conforme las disposiciones de este Código, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, así como de cualquier otro documento de prueba relevante para la determinación de la Administración Tributaria, cuando se encuentre éste en poder del contribuyente, responsables o

terceros; Tomar posesión de los bienes con los que se suponga fundadamente que se ha cometido ilícito tributario, previo el levantamiento del acta en la cual se especifiquen dichos bienes. Estos serán puestos a disposición del Tribunal competente dentro de los cinco (5) días siguientes, para que proceda a su devolución o dicte la medida cautelar que se le solicite; Solicitar las medidas cautelares conforme a las disposiciones de este Código.

Asimismo, el Artículo 128 establece que para la conservación de la documentación exigida con base en las disposiciones de este Código y de cualquier otro elemento de prueba relevante para la determinación de la obligación tributaria, se podrán adoptar las medidas administrativas que estime necesarias la Administración Tributaria a objeto de impedir su desaparición, destrucción o alteración. Las medidas habrán de ser proporcionales al fin que se persiga.

Las medidas podrán consistir en la retención de los archivos, documentos y equipos electrónicos de procesamiento de datos que pueda contener la documentación requerida. Las medidas así adoptadas se levantarán si desaparecen las circunstancias que las justificaron.

Y el Parágrafo Único de dicho articulo los faculta ademas para retener la contabilidad o los medios que la contengan, por un plazo no mayor de treinta (30) días continuos, cuando ocurra alguno de los siguientes supuestos:

"a) El contribuyente o responsable, sus representantes o quienes se encuentren en el lugar donde se practique la fiscalización, se nieguen a permitir la fiscalización o el acceso a los lugares donde ésta deba realizarse, así como se nieguen a mantener a su disposición la contabilidad, correspondencia o contenido de cajas de seguridad u obstaculicen en cualquier forma la fiscalización.
b) No se hubieren registrado contablemente las operaciones efectuadas por uno (1) o más períodos, en los casos de tributos que se liquiden en períodos anuales, o en dos (2) o más períodos, en los casos de tributos que se liquiden por períodos menores al anual.
c) Existan dos o más sistemas de contabilidad con distinto contenido.
d) No se hayan presentado dos o más declaraciones, a pesar de haber sido requerida su presentación por la Administración Tributaria.
e) Se desprendan, alteren o destruyan los sellos, precintos o marcas oficiales, colocados por los funcionarios de la Administración Tributaria, o se impida por medio de cualquier maniobra que se logre el propósito para el que fueron colocados.
f) El contribuyente o responsable se encuentre en huelga o en suspensión de labores.

En todo caso, dicha autoridad levantará acta en la que se especificará lo retenido, continuándose el ejercicio de las facultades de fiscalización en las oficinas de la Administración Tributaria. Finalizada la fiscalización o vencido el plazo señalado en el encabezamiento de este Parágrafo, deberá devolverse la documentación incautada, so pena de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicio que ocasione la demora en la devolución. No obstante, dicho plazo podrá ser prorrogado por un período igual, mediante Resolución firmada por el superior jerárquico del funcionario fiscal actuante.

En el caso que la documentación incautada sea imprescindible para el contribuyente o responsable, este deberá solicitar su devolución a la Administración Tributaria, quien ordenará lo conducente previa certificación de la misma a expensas del contribuyente o responsable.

CAPITULO VI

NATURALEZA JURIDICA DE LAS NORMAS SOBRE PRUEBAS

En la Doctrina patria y extranjera se ha discutido acerca de la naturaleza de las normas jurídicas que regulan la institución de la prueba, surgen así opiniones muy diversas y hasta cierto punto contradictorias.

El autor Devis Echandia las clasifica de la siguiente manera:

Como primera corriente se encuentra Satta (1953) quien afirma que las normas sobre pruebas forman parte exclusiva del derecho material.

Un segundo grupo de autores afirman que las normas sobre pruebas son de naturaleza mixta, esto es tienen un carácter procesal y material. Parten sus seguidores de la existencia de normas que regulan pruebas fuera del proceso que están vinculadas a la adquisición de derechos sustanciales o a la existencia de situaciones jurídicas de derecho material que no pueden tener carácter procesal por cuanto en su formación a pesar de que las verifica un juez, en sus fines no participa o no están dirigidas a ese juez que las evacúa; pero a su vez existen otro grupo de normas que sí están dirigidas al juez, para que éste las aplique o exija su aplicación en el curso del proceso, y, por lo tanto, tienen naturaleza procesal.

Entre los que su ubican en este grupo tenemos al maestro Carnelutti, Alsina, Vcenzo Panuotto, Florian, Manuel Moron Palomino, entre otros.

El maestro Carnelutti[8] al sostener esta tesis afirma que:

> "el derecho procesal está fuertemente arraigado en el terreno del derecho material, y la mayoría de las veces que difunde en este campo y por las cuales la savia del derecho privado sube a vivificar el organismo del proceso, está constituida precisamente por las normas sobre la prueba'"; ....existen instituciones, como la carga de la prueba y la forma documental del negocio, que presentan una amalgama tan compacta de elementos procesales y materiales, que en ellos la autonomía de las dos ramas no se halla madura'

Dentro de este grupo también se ubica **KIELMANOVICH[9], quien afirma que :**

> " las normas que regulan la materia de la prueba pueden calificarse como "instrumentales-procesales (y por ende, legislación local para nosotros) en tanto disciplinan los modos y las formas que corresponde aplicar para el empleo de sus fuentes y medios en el proceso, en miras a la demostración de los hechos que constituyen el presupuesto de las normas sustanciales cuya aplicación se pretende y constituye el objeto de aquél. Ello no significa, empero, que el legislador, para reasegurar ciertos instintos del derecho sustancial, y en tanto la materia de su prueba incida o pueda incidir en su observancia y eficacia, no pueda regular desde la óptica del derecho sustancial, sus formalidades, los hechos que se hallarían exentos de la prueba por el juego de presunciones *iuris et de iure o* que podrían o deberían ser objeto de la misma, los medios o fuentes admisibles para ello, la eficacia que pueda atribuírsele en tal contexto, o la inversión de la carga de su demostración, etcétera.
> Existen pues normas procesales, tanto en los ordenamientos de tal naturaleza como en los códigos de fondo, que regulan la materia de la admisibilidad, objeto y eficacia de la prueba, aunque reservándose por lo general a la legislación local la reglamentación de los pro-

[8] CARNELUTTI. La Prueba Civil, Buenos Aires Edic Arayu, 1955, pag 24
[9] KIELMANOVICH, J. Teoria de la prueba y medios probatorios. Aveledo Perrot. Buenos Aires. 1996

cedimientos para su producción, y lo atinente a sus requisitos de lugar, tiempo y forma de dichos actos procesales. En este sentido cuadra recordar que el artículo 208 del Código de Comercio dispone que los contratos comerciales pueden "justificarse" por instrumentos públicos; notas de corredores y certificaciones extraídas de sus libros; documentos privados firmados por los contratantes o algún testigo a su ruego y en su nombre; por la correspondencia epistolar y telegráfica; por los libros de los comerciantes y las facturas aceptadas; por confesión de parte y por juramento; por testigos; y por presunciones. Por su parte, el artículo 232 del Código Civil establece que en los juicios de separación personal o divorcio vincular "no será suficiente" la prueba confesional, a excepción de lo que disponen sus artículos 204 y 214 inciso 2, vale decir, cuando aquellas pretensiones se deducen con base en la interrupción de la cohabitación por dos o tres años. El artículo 258 del citado ordenamiento indica, a su vez, que en las pretensiones o acciones de impugnación de la paternidad el marido podrá valerse de todo medio de prueba, aunque no será "suficiente" la sola declaración de la madre, esto es, por ejemplo, su confesión judicial provocada o espontánea. Es más, en aras de la finalidad precedentemente indicada, se ha llegado a regular desde la óptica del derecho sustancial, no sólo la admisibilidad irrestricta de la prueba, sino que incluso la expresa atribución del juez para disponerlas *ex officio* sin las limitaciones tradicionalmente fijadas para las "medidas para mejor proveer", trastocándose así una de las más preciosas manifestaciones del principio *dispositivo* procesal. Basta recordar para ello que el artículo 253 del Código Civil señala que en las "acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser *decretadas de oficio o* a petición de parte". No obstante, la ubicación de normas sobre prueba en los ordenamientos judiciales no significa que las mismas no sean de naturaleza procesal, aun cuando se refieran a la formas *(ad probationem)* de los actos jurídicos, porque "sea que los adviertan o no los interesados," contienen una norma de conducta para el juez que pueda llegar a verse en la necesidad de decidir en un proceso si esos actos o contratos existieron y cuáles son sus características; si las partes piensan en prevenir el litigio haciéndose al medio que la ley contempla, obran en consideración a que el juez exigirá su cumplimiento si el proceso se produce. En cuanto a las normas que regulan o imponen formalidades *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* esto es, necesarias para la existencia o validez del acto jurídico, las mismas revestirían, a nuestro juicio, el doble carácter de materiales y procesales."

Por último, LESSONA [10] opina que la teoría de las pruebas "estudia las reglas relativas a los medios de prueba, tanto en el derecho sustantivo como en el procesal", sin asignarles un carácter mixto.

Como tercera tesis está la que sostiene que las normas sobre pruebas son de naturaleza exclusivamente procesal

Dentro de este grupo se ubica Chiovenda[11], quien sostiene que "toda la materia de las pruebas pertenece al derecho procesal", de igual manera Manuel Moron Palomino[12] quien sostiene que sobre la esencia de las normas procesales en general, no cabe cuestionar que son de esta naturaleza las que se refieren a la prueba, sea cual fuere el aspecto de esta que resulte regulado y con independencia del texto legal que las recoja.

SILVA MELERO[13] afirma, que las normas sobre prueba tienen una naturaleza y función procesal en cuanto representan ni más ni menos que criterios que regulan la formación del convencimiento del juez, aunque sin excluir que en algún caso concreto la finalidad (no la naturaleza, observamos) de la norma puede ser

---

[10] LESSONA. Teoria General de la Prueba en el derecho Civil. Madrid Edit Reus. 1959
[11] CHIOVENDA. Instituciones De derecho procesal Civil. Madrid. Edit Revista de derecho privado. 1954
[12] MORON PALOMINO. Derecho Procesal Civil. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1993
[13] SILVA MELERO. La prueba procesal. Edit. Revista de derecho privado. Madrid. 1963

de naturaleza sustantiva, lo cual habrá de resolverse, en caso de duda, en cada supuesto concreto.

Como cuarta tesis esta la que afirma que las normas sobre pruebas se dividen en dos ramas independientes: la procesal y la material, cada una con su naturaleza propia.

En este grupo podemos citar a Jaime Guasp[14] quien sostiene que existen dos clases de prueba, una prueba material y una prueba procesal o judicial en sentido estricto, comenta el mencinado autor lo siguiente:

> "Prueba material es aquella institución que, en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad especifica lograr la convicción sicológica del juez, ni de ningún destinatario personal determinado, sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir, proporcionar en definitiva legitimaciones para el trafico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercusión procesal en que ulteriormente pueda pensarse. En cambio, la prueba procesal es, como antes se ha dicho, la que se dirige a producir la convicción sicológica del juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. En este caso ya no hay que hablar de justificaciones objetivas, sino de comprobaciones personalmente dirigidas a un sujeto particularizado. La prueba procesal puede utilizar, físicamente, los mismos medios de la prueba material, pero, en todo caso, la función del medio probatorio es radicalmente distinta en uno y otro aspecto."

[14] GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tomo Primero. Editorial Civitas 1998. pags 300 y ss

Esta tesis es compartida por el profesor Hernando Devis Echandia[15], quien además le hace una acotación a la tesis de Guasp de la siguiente manera:

> "Aceptamos, pues, la tesis de Jaime GUASP sobre la existencia de dos clases de pruebas (procesales y materiales) y, por lo tanto, de dos ramas del derecho probatorio: la procesal, conocida como pruebas Judiciales y la material o sustancial, ambas como especies del género que puede denominarse derecho probatorio. Pero limitamos la segunda a esas normas que establecen solemnidades ad *substantiam actus y* creemos que es éste el sentido que GUASP le da a su explicación de la prueba material, cuando habla de "justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real"; es decir, *formalidad necesaria para la existencia del acto o va validen,* agregamos, no para llevarle al Juez la convicción sicológica acerca de él. Al ilustre profesor español nos permitimos observarle que en la segunda rama del derecho probatorio y en la segunda clase de pruebas, debe reconocerse esa función procesal que pueden cumplir, si se presenta el litigio y es llevado a la decisión del juez. Son dos funciones de la misma prueba, pese a que la norma contemple expresamente sólo la primera o sustancial. Pero indudablemente hay una diferencia importantísima entre las dos funciones, procesal y extraprocesal, que pueden desempeñar las otras pruebas: si no hay proceso, éstas no cumplen ninguna función sustancial, porque no se requieren para que el acto exista y sea válido, no obstante que puedan dar seguridad y comercialidad al derecho que otorguen, lo cual es apenas un efecto reflejo e indirecto; en cambio, aquéllas cumplen directamente la función sustancial a que están destinadas, antes del proceso *y* aun cuando éste nunca se produzca, *ya.* que solo por ellas nace validamente a la vida jurídica el acto o contrato. No se trata de que las normas sobre pruebas sean mixtas, pues cada una de ellas tiene exclusivamente naturaleza procesal o sustancial. Hay un evidente error al darles un carácter mixto en sentido general. En esto **tiene** también razón GUASP. Pero si el sentido de la tesis sobre su naturaleza mixta consiste en que dentro del derecho probatorio hay normas materiales y normas procesales, entonces en el fondo se **está** admitiendo la doctrina que nosotros acogemos. En los sistemas legales que no contemplen solemnidades *ad subsiantiam actus,* existirán únicamente normas

[15] DEVIS ECHANDIA. Teoria General de la Prueba Judicial. Biblioteca Juridica Diké. Colombia

procesales sobre pruebas, como ya lo expusimos. Nada tiene que ver con este problema de la naturaleza de las normas sobre pruebas el sistema de libre apreciación o tarifa legal que esté consagrado, pues esto influye en la valoración de los medios allegados y en el resultado del proceso, pero no en aquélla. le hacemos esta observación a FLOBIAM Indudablemente las prueba» reciben una notable influencia del derecho sustancial (civil, penal, comercial, etc.), en cuanto están vinculadas a los actos sustanciales que con ellas se pretende establecer; pero tampoco esto afecta su naturaleza procesal, salvo en los casos indicados. Esas normas sustanciales influyen también en el proceso en general, en actos como la demanda, las excepciones y la sentencia, sin que a nadie se le haya ocurrido negarles su naturaleza procesal.
Las conclusiones que se adopten sobre este punto repercuten en materia de casación, puesto que si se trata de normas procesales, no darán derecho por sí solas a que la Corte infirme la sentencia recurrida, y únicamente podrán invocarse de manera indirecta, en cuanto su violación haya conducido a la de otra norma sustancial, como ocurre en Colombia. En los países que no contemplan el recurso por error de derecho en la prueba, tales normas estén fuera de toda revisión por el tribunal supremo. Cuando el legislador consagra el recurso de casación por violación indirecta de normas sustanciales como consecuencia de una violación medio de normas probatorias, como ha ocurrido en Colombia desde el siglo pasado, está consagrando legislativamente el criterio de que las segundas son de carácter procesal."

En quinto lugar está la corriente que sostiene que las normas sobre pruebas pertenecen al derecho justicial, encabezando dicha tendencia el profesor Goldshmidt[16], quien sostiene:

"Solamente una materia del derecho que tenga por objeto una relacion *jurídica* existente entre la *justicia estatal* y el *individuo* que es miembro del Estado, puede considerarse como derecho justicial en el sentido jurídico estricto del término. Esto es cierto, en primer lugar, respecto de los dos derechos procesales" y también respecto al dere-

[16] GOLDSCHMIDT, R. Derecho justicial material homenaje a Alsina.Edit Egea, Buenos Aires. 1959

> cho penal, sin que importe que se vea en el juez penal solamente "el representante del Estado que hace efectivo el derecho punitivo de éste"; pero igualmente lo es para el aspecto material de la relación justicial civil, es decir, "contemplándola desde el punto de vista de pretensión de tutela jurídica, atribuida por WACH a los miembros individuales del Estado contra éste"

y agrega

> "El derecho justicial que, junto con el derecho político en sentido estricto y con el derecho administrativo, integra el derecho público de la comunidad estatal, se divide en el derecho justicial formal y en el material. Aquél comprende los derechos procesales civil y penal, y éste la totalidad de las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado, como también el derecho penaL"

A la clasificación del profesor Devis, añadimos dos corrientes mas actuales.

Una de ellas es la que sostiene que la dirección del proceso y la flexibilización de los principios procesales tiende hacia un proceso estructurado como prevalecientemente oral y por audiencias concentrado, con gravitante incidencia del principio de inmediación y que compatibilice con la exigencia básica de asegurar la prestación de un servicio de justicia continuo y efectivo que defina las causas en plazos razonables, en el que prive el proceso de colaboración. Todo ello lleva a considerar como noción moderna la constitucionalización del proceso, lo que implica que también se perfecciona el derecho de probar reforzando la garantía de la defensa, del proceso justo, pues el involucra principalmente defenderse probando. Tal posición la sostiene el profesor Augusto Morello su

trabajo Estudios de Derecho Procesal, al referirse a la Prueba: Aspectos Modernos.

La segunda es sostenida por el maestro Cabrera Romero[17] quien sostiene:

> "Como acontecimiento o evento de la vida o del mundo, el hecho es per se, independiente del derecho. Un hecho determinado puede producir consecuencias jurídicas diversas, como sucede- por ejemplo- con el hecho que genera responsabilidad civil, administrativa y penal, pero no por eso deja de ser lo que es; un hecho. El derecho probatorio persigue, mediante la aplicación de reglas jurídicas, que el Juez pueda fijar en la sentencia un hecho como cierto, y para ese logro surge toda la técnica de la prueba judicial; pero como el hecho (como tal) es uno solo, cambiando únicamente su efecto jurídico conforme a las normas de las cuales es supuesto de hecho, no parece necesario- ni lógico- que la técnica de la prueba destinada a la captura y ulterior fijación deshecho en el fallo, deba desplazarse y transformarse de acuerdo al proceso utilizado para que se declare un determinado derecho. Mientras que la fijación de los hechos no requiere una normativa y una técnica diversificada, la fijación del derecho sí, ya que cada rama del derecho se rige por diversos principios particulares que la informan y le son propios. El hecho es uno solo y para su captura siempre bastara una misma técnica, por ello ha sido un error crear pruebas civiles, penales, administrativas, mercantiles etc., y legislar en diversos Códigos y leyes procesales, no solo normas particulares creativas de medios de prueba, sino normas disímiles destinadas a la practica, contradicción y valoración de esos medios. Lo ideal – en nuestro concepto- es que existan códigos o leyes dedicados únicamente a las pruebas, como ocurre en el mundo anglo americano, pero la realidad venezolana se separa de dicho concepto y así en cada Código reprocedimiento, y a veces en las leyes que crean normas adjetivas, surgen disposiciones de carácter probatorio, como si el hecho a fijar, perdiera su condición de tal, para convertirse en hecho especifico: penal, civil, laboral y así sucesivamente, conforme a las

[17] CABRERA ROMERO, J. Presente y Futuro del Derecho Probatorio en Venezuela. Revista de Derecho Probatorio. Editorial Juridica Alva. S.R.L. Caracas. 1995

> distintas ramas del derecho... el derecho probatoria actúa como una unidad así sus normas se encuentren esparcidas en diversos cuerpos legales..."

Para nosotros, si bien compartimos la tesis del maestro Cabrera en cuanto a que las normas sobre pruebas y el derecho probatorio son autónomas que no forman partes ni del derecho procesal, ni del derecho material, pero pensamos que conforme a la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela que establece en el articulo 49 la defensa, como una garantía constitucional y con ella el derecho de acceder a las pruebas y la nulidad de las pruebas obtenidas de manera ilícita, las normas sobre pruebas, revisten un halo de orden constitucional ya que están inmersas y forman parte del derecho a la defensa.

CAPITULO VII

POSIBILIDAD DE PEDIR MEDIDAS ASEGURATIVAS PROBATORIAS EN EL PROCESO DISPOSITIVO

El principio dispositivo en sentido amplio pretende dejar en manos de los particulares toda la labor de iniciación del proceso, determinación del contenido y objeto e impulso del mismo y de la aportación de las pruebas.

Este principio se estructura sobre cuatro bases que han sido señaladas por los autores y recogidas así: 1) No hay juicio sin actor, esto es no existe un juicio sin que se interponga una demanda; 2) El thema decidendum es el establecido por las partes en los momentos procesales previamente determinados (libelo y contestación) que se resume en que cada una de ellas tiene la oportunidad procesal para hacer valer su carga de afirmación, a través de las peticiones del actor y excepciones del demandado; 3) El juez no puede decidir sobre argumentos de hecho no alegados por las partes ni condenar a algo distinto a lo pedido por los litigantes y 4) El juez decide sobre la base de lo probado por las partes, con lo cual se deja a un juez inerme ante el combate judicial, bajo la óptica de que el proceso civil reviste un carácter netamente privado.

A los fines de nuestro estudio nos centraremos en la última de las bases citadas. Si bien es cierto que el proceso civil regido por el principio dispositivo fue visto bajo el concepto de maniatar al Juez en la actividad probatoria, por cuanto el proceso de esta naturaleza reviste un claro corte de índole privado, esta noción ha ido variando hacia conceptos mas modernos de lo que es el proceso, a medida que las constituciones han incorporado normas que le dan otra connotación al mismo, por lo que a través de ellas, se ha podido determinar que si existe un interés mas allá del simple interés privado de las partes contendientes, que transciende hasta la esfera del ámbito público recogido en que el resultado del proceso sea justo, transparente, imparcial y legal.

En nuestro Código de Procedimiento Civil, vigente, los artículos 11, 12 y 14 nos muestran a un juez que no puede iniciar el proceso sin previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio, cuando la ley lo autorice o en resguardo del orden publico o de las buenas costumbres sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes, un juez que debe tener por norte de sus actos la verdad, debiéndose atener a las normas del derecho, a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera del proceso ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados, sin embargo se le autoriza para fundar su decisión en los conocimientos de hechos que se encuentren comprendidos en la experiencia común o las máximas de experiencia y por último un Juez a quien se le asigna la tarea de ser director del proceso.

Por otro lado, nuestro ordenamiento procesal permite al Juez conforme a los artículos 401 y 514 dictar autos para mejor proveer, de manera oficiosa, con lo cual no se maniata al Juez en cuanto a su intromisión en la actividad probatoria y lo autoriza para proceder a la búsqueda de la verdad material, con ello la idea de que tradicionalmente la actividad probatoria le correspondía únicamente a las partes en el proceso, ahora se ve ampliada con la posibilidad de que el juez también se avoque a la misma.

De igual manera, en el proceso regido por el principio dispositivo se han incorporado las obligaciones y deberes a las partes consagrados en nuestro ordenamiento procesal en los artículos 17 y 170 , que sancionan las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, con lo cual se les impone un deber de colaboración que hoy esta presente incluso a nivel jurisdiccional internacional.

Como hemos visto en los capítulos anteriores, en el proceso regido por el sistema inquisitivo se prevé la posibilidad de dictar medidas preliminares de índole cautelar, que forman parte de la instrucción preventiva de pruebas que de otro modo podrían frustrarse de manera definitiva, este mismo principio llevado al sistema dispositivo tiende al logro de la tutela judicial efectiva.

Pensemos por ejemplo, en que podría entrabarse la búsqueda de la verdad de manera definitiva ante la muerte de un testigo calificado de edad avanzada o próximo a ausentarse del país o que se encuentre gravemente enfermo, en igual circunstancia se encontraría un trabajador que ante los daños ocasionados por una máquina que manipulaba, logre el incautamiento judicial de dicho aparato para evitar asi se transforme, corrija o modifique el defecto mecánico que provocó el mal funcionamiento del aparato que produjo la lesión o que en definitiva se cambien las condiciones de esta en perjuicio de su derecho a probar

En este orden de ideas, hemos sostenido en el capitulo primero que, surge el sistema cautelar como una garantía procesal con la que cuentan los ciudadanos, para que los efectos de la sentencia se cumplan o se realicen; por ello, para que los justiciables no vean burlados sus derechos tras un proceso dilatado y lleno de incidentes para la satisfacción de sus pretensiones, el ordenamiento procesal debe facilitar un sistema que asegure el cumplimiento de lo decidido en la sentencia y que estas medidas cautelares no solo se deben mirar tras la óptica de que el fallo pueda ser ejecutado y no quede nugatoria la resolución dictada, sino como punto de partida de la tutela judicial efectiva prevista en nuestra Constitución, deben dictarse las medidas necesarias encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda o que su práctica se haga imposible por otras causas; es decir, medidas cautelares que aseguren la prueba o en defensa de la prueba.

Cuando hicimos el examen de la doctrina extranjera mas calificada observamos como autores como Podetti (1.943) y Calamandrei (1.984), al clasificar las medidas cautelares formulan una sistematización sobre la base del objeto de las medidas cautelares, atendiendo a la materia y la finalidad, en tres géneros, y dentro de ellas incluyen las medidas para asegurar elementos de prueba.

Las medidas cautelares con fines probatorios o providencias tendentes al aseguramiento de bienes solo con fines probatorios futuros o a la prohibición de innovar bienes a esos mismos fines, son diferentes a las medidas cautelares previstas en el articulo 585 del Código de Procedimiento Civil, las cuales están destinadas a garantizar la ejecución del fallo. Estas puedan ser dictadas en el proceso civil regido por el principio dispositivo, dado que ellas existen para otros procesos regulados por leyes especiales, como por ejemplo el Código Orgánico Procesal Penal, el Código Orgánico Tributario, la Ley Penal del Ambiente, la Ley de Limitación a la Actividad Ganadera, la Ley Orgánica de Sustancias Psicotrópicas y Estupefactivas, la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera, que como procesos gozan de igual entidad que el proceso civil.

Si partimos de la mas moderna concepción del proceso, que está orientada a la constitucionalización del mismo, lo que implica que también se perfecciona el derecho de probar reforzando la garantía de la defensa, del proceso justo, pues el

involucra principalmente defenderse probando, consagrado en nuestra constitución como una garantía prevista en el Articulo 49, que ha sido entendida de manera amplia, como la oportunidad que tienen las partes para cuestionar las peticiones de su contraparte, concluimos que es de orden publico, por tratarse de una emanación directa de la Constitución.

El Articulo 49, numeral 1 de la Carta Magna establece:

> " El debido proceso se aplicara 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 investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta constitución y en la ley."

El Derecho a la defensa consiste, como lo prevé la norma transcrita, no solamente en la posibilidad de presentar alegatos en la oportunidad correspondiente, sino también en el derecho que tienen las partes de demostrar los hechos que afirmen y que se controviertan, con la finalidad de que se pueda determinar a través del fallo quién, en definitiva, debe resultar victorioso, por ello la posibilidad de solicitar medidas asegurativas con fines probatorios, en el proceso

civil, resulta a todas luces aplicable como una expresión de esa garantía constitucional.

De igual manera, si nuestra Constitución prevé en el articulo 257 que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad y el convencimiento del Juez de los hechos aducidos por las partes resulta lógico la utilización de estas medidas cautelares.

La finalidad de la prueba ha sido tratada por los tratadistas bajo diversa óptica. A continuación se reseñan algunos de los autores más destacados que han estudiado la cuestión:

Para el probacionista Cabrera Romero (1.989), la finalidad de la prueba es convencer al Juez a fin de que fije en la sentencia unos hechos como sucedidos o nó, para que pueda impartir justicia, por esta razón como parte del derecho general de la defensa, existe el principio de necesidad de la prueba; el cual sufre excepciones naturales cuando se trata de cuestiones de mero derecho (porque no hay hechos a discutir); o cuando, debido a la admisión, no existen hechos controvertidos. Este principio se sintetiza en que nadie puede ser condenado en base a las solas afirmaciones de su contraparte, si estas no se demuestran.

Por otra parte Ricci, Bonnier, Farmarino de Malatesta, citados por Kielmanovich (1.996) sostienen que la finalidad suprema y sustancial de la prueba es la comprobación de la verdad.

Este último, parte de la idea de que la búsqueda de la verdad no puede realmente estructurarse como el fin institucional de la prueba, aún si el término no fuere empleado en un sentido absoluto, vale decir, como la identidad del conocimiento o de la idea con el objeto del conocimiento que, como tal, resulta inasequible para el conocimiento humano, máxime cuando la investigación judicial trata de reconstruir (por lo general) hechos pretéritos, recreándolos a través de los sentidos de las personas naturales falibles. Agrega este autor, que el propósito de la prueba sería a todo evento, el de formar la convicción del juez acerca de la verdad del hecho alegado, con los medios, en la forma y oportunidad que el ordenamiento determine.

Expresa Muñoz Sabaté (1996) que el juicio del magistrado se apoya, como el historiador, en el conocimiento de datos concretos, pero el campo dentro del cual puede moverse para la investigación de la certeza de estos datos está delimitado por barreras terminales que el historiador ignora. Así, mientras el historiador escoge por si mismo el objeto de sus investigaciones, el juez debe resolver secundum allegata; es decir, son las partes quiénes al alegar determinan la amplitud de la tarea probatoria.

En el orden de las ideas anteriores, de acuerdo con los principios y fundamentos que deben seguirse en el proceso judicial, conforme al texto fundamental, recogidos en los Artículos 26 y 257, el proceso debe transitar un camino que sea claro para lograr a través de él la justicia y la paz social, conforme al articulo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ya autores de la talla de Calamandrei (1.945), Carnelutti (1.971) y otros, se habían encargado de destacar que para lograr los cometidos de la verdadera justicia, es indispensable contar, entre otras instituciones y principios, con el carácter dialéctico del proceso, con la debida y apropiada motivación de los fallos, con la adecuada participación y compostura de las partes, con la importancia de las pruebas y sus sistemas de aportación, control y apreciación y con el establecimiento de un adecuado régimen de impugnaciones contra las decisiones judiciales.

La seguridad jurídica es un pilar básico en nuestro sistema constitucional, de esta forma, se puede crear y convivir en un estado social democrático y de derecho, donde a través de éste último, se puedan fijar los cauces necesarios para una convivencia duradera de la sociedad actual, aunque en la actualidad algunos estén empeñados en lo contrario. Como parte de esa seguridad jurídica se consagra la tutela judicial efectiva, como prestación jurídica final que el Estado

constitucionalmente organizado garantiza a los ciudadanos que comprende desde luego las tutelas jurídicas previas o mediatas para permitir la existencia de un sistema de control cautelar pleno, que suponga el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a solicitar y la obligación del órgano jurisdiccional de conceder las medidas idóneas y adecuadas en protección de sus derechos.

Actualmente la tutela jurisdiccional versa sobre dos aspectos completamente distintos: Uno de ellos es el de las medidas cautelares propiamente dichas, respecto de las cuales se ha venido haciendo esfuerzos de ampliar su contenido e incluir en él no sólo aquellas medidas que tienen efectos ejecutivos, son las llamadas medidas preventivas, sino también las de nudo conocimiento y decisorias, siendo los abanderados en esta materia Calamandreri y Podetti (1.941). El otro aspecto es el de las acciones cautelares autónomas estudiadas por Michelli (1.970) y Goldschmidt (1.962).

De estas dos tendencias interesa, la primera de las mencionadas, en lo referente a incluir las medidas cautelares de nudo conocimiento, como parte de la tutela jurídica efectiva que tiene como primacía la seguridad jurídica.

Esta orientación del proceso marca un item importante, donde cobran relevancia las medidas preventivas como formas asegurativas del proceso, tanto en lo que respecta a la ejecución de los fallos como aquellas que tienden a asegurar pruebas con la finalidad de lograr una tutela jurídica efectiva, tal como lo pregona el articulo 2 del texto fundamental.

A través de ellas se logra un proceso mas justo.

Si se tienen en cuenta los preceptos constitucionales que sustentan el nuevo modo de ver el proceso y las corrientes mundiales que en tal sentido se han generado ante una manera moderna de ver el proceso es evidente la necesidad de ampliar el marco de procedencia de las medidas cautelares, de modo que se hace necesario pensar en el beneficio que traería para la comunidad, desde un punto de vista social, económico, de seguridad jurídica y práctica, la implantación de esta cautela judicial con fines probatorios.

Así lo entendió el legislador, cuando en la novísima Ley Orgánica Procesal del trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela, N° 37.504 del 13 de agosto del 2002 en su articulo 137, incorporó la posibilidad de solicitar el tipo de medidas asegurativas que hemos estudiado.

El articulo mencionado establece lo siguiente:

> "A petición de parte, podrá el Juez de sustanciación, mediación y ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes **a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión...." (resaltado nuestro)**

Con ello, se aparta del viejo concepto y clasificación de las medidas preventivas y amplía el campo de éstas, en un claro apego al orden constitucional establecido y abre su procedencia desvinculandose del contenido del articulo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Tradicionalmente, se había tratado el tema de las medidas cautelares atendiendo sólo al objeto que se perseguía dentro del proceso para asegurar bienes, a los fines de que no se hiciera ilusoria la ejecución del fallo. En la actualidad esa concepción implica una limitación que a nuestro modo de ver tiene que desaparecer, para dar paso a garantías más amplias que le permitan a los integrantes de la relación procesal obtener mayores beneficios que conduzcan a una justicia clara, transparente mas cercana al postulado contenido en nuestra Constitución, referido a la creación de un estado social de justicia y de derecho.

Varios autores entre los que se encuentra Araujo-Juarez y Arvelaez B. (2.000), La Seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal Nº 3, parten de la idea de que cuando se estudia la tutela cautelar, se observa que la misma tiene un carácter instrumental, respecto al ejercicio y protección del derecho que se demanda; sin embargo, dicho carácter

se extiende al logro de los fines perseguidos por el Derecho, lo que nos lleva a afirmar desde ya que 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.

Los citados autores expresan

> "Consideramos que el sistema cautelar es la sustancia misma de que los justiciables conservamos el espíritu de confianza en el Poder Judicial, el sentimiento de encontrarnos respaldados por un Estado de Derecho que tiene como finalidad preservar los derechos de tal forma, que cuando se dicte una sentencia esta pueda tener todavía una vigencia y genere una cesación de justicia en sus destinatarios, puesto que garantizados los efectos de la sentencia resultante no se podrá alegar que la tutela judicial no ha sido efectiva. En suma, el sistema cautelar surge, entonces, como la garantía constitucional procesal que tienen los justiciables para que los efectos de la sentencia se cumplan o se hagan efectivos, por ello y para que los justiciables no vean burlados sus derechos después de un proceso dispendioso y dilatado, en el que finalmente le son satisfechas sus pretensiones, es que el ordenamiento jurídico procesal debe facilitarles un sistema (medidas y procesos) que debe poner en marcha los fines de asegurar plenamente los efectos de la sentencia" (p.86)

En la misma orientación, Pico i Junoy (1.997) Las Garantías Constitucionales del proceso. Barcelona, sostiene:

> "La tutela judicial- nos indica el T.C. no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso. Por ello el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas

> cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Las medidas cautelares no son susceptibles de vulnerar el art. 21.1. C.E. porque en el momento en que se producen las resoluciones judiciales cautelares, los derechos o intereses respecto de los cuales se ha solicitado dicha tutela se encuentran pendientes de resolución" (p.73)

Para Jarillo Gomez (1.999) en su trabajo "La Seguridad Jurídica", la dificultad de determinar en muchos casos, hasta dónde llega el derecho y sus aplicaciones, produce en el ciudadano unas sensaciones que en determinados momentos, son catalogadas como de "inseguridad jurídica".

En tal sentido nos acota en su trabajo que:

> "Nuestro ordenamiento constitucional de 1978, se estructura a través de la protección de unos derechos fundamentales individuales, siempre coordinados con los derechos de la comunidad. Así, la seguridad jurídica entra en conflicto muchas veces, con la justicia y los valores consagrados constitucionalmente, siendo el verdadero problema el referido a la forma en que se va a resolver dicho conflicto. El Tribunal Constitucional, así como también el Tribunal Supremo, siguen en la mayoría de los casos la vía de la prudencia, refiriéndose por un lado a los conceptos de equidad y buena fe (artículos 3.2 y 7. del Código Civil) y por otro lado a evitar, que a través del cumplimiento escrupuloso de la Ley, se puedan perjudicar intereses privados o públicos, siendo su verdadero camino el del fraude de la ley o el abuso del derecho (articulo 6.4 del Código Civil).
>
> "Esta cuestión llega igualmente, al corazón de las sociedades mercantiles, que a través de muchas de sus actuaciones, sobrepasan los límites del derecho, en la determinación de sus

> propios actos. Se va a admitir, muchas veces, por los Tribunales de justicia, el levantamiento del velo jurídico de esas personas jurídicas, para evitar que a través de su independencia causen daño en los derechos de los demás, porque en definitiva, lo que va a suceder es que, dichas sociedades se amparan en unos criterios legales para sobrepasar los mismos y causar un perjuicio social, al hacer un mal uso de su personalidad en lo que sería el ejercicio antisocial de su derecho. Otro aspecto que no debemos olvidar es que, muchas veces entran en conflicto cuestiones de difícil delimitación desde el punto de vista material, como son los criterios de la buena fe y su relación con la seguridad jurídica. Todo ello, habría que analizarlo desde la globalidad del sistema español y sus consecuencias jurídicas, configurándose que, cuando existe un tercero de buena fe, la seguridad en el sistema impone siempre que si estos desconocían los hechos contrarios a su derecho y actuaron de buena fe, dicha seguridad jurídica proteja a los terceros inmediatamente para así, salvaguardar las claves en las que se basa nuestro ordenamiento jurídico."

Se suele hablar entonces de conservación o aseguración de la prueba, teniendo presentes aquellos casos en los que la providencia cautelar se dirige a adquirir preventivamente datos probatorios positivos que con el correr del tiempo se haría imposible, o más difícil recoger.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la **tutela judicial efectiva,** que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo

lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución.

Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas.

Esta concepción prevista en la Constitución es fundamental en cuanto a la tutela cautelar como inherente a ese derecho de tutela judicial efectiva, ya que la necesidad del proceso para obtener la razón, como nos dice Alonso Garcia (1.994), no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón y ello implica

entre otras cosas el derecho a la tutela cautelar, respecto al ejercicio y protección del derecho que se demanda.

CONCLUSION

De la investigación que antecede podemos extraer como puntos mas importantes, a manera de conclusión los siguientes:

1.- La Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela en sus artículos 26 y 257 introdujo cambios fundamentales en cuanto a la manera de ver el proceso, estableciendo que éste constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

2.- Esta nueva concepción del proceso, supone para su realización la necesidad de lograr la seguridad jurídica,

3.- 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.

4.- El sistema cautelar es la sustancia misma de que los justiciables conservamos el espíritu de confianza en el Poder Judicial, el sentimiento de encontrarnos respaldados por un Estado de Derecho que tiene como finalidad preservar los derechos

5.- Tradicionalmente, se había tratado el tema de las medidas cautelares atendiendo sólo al objeto que se perseguía dentro del proceso para asegurar bienes, a los fines de que no se hiciera ilusoria la ejecución del fallo. En la actualidad esa concepción implica una limitación que a nuestro modo de ver tiene que desaparecer, para dar paso a garantías más amplias que le permitan a los integrantes de la relación procesal obtener mayores beneficios que conduzcan a una justicia clara, transparente mas cercana al postulado contenido en nuestra Constitución, referido a la creación de un estado social de justicia y de derecho.

6.- Esta orientación del proceso marca un item importante, donde cobran relevancia las medidas preventivas como formas asegurativas del proceso, tanto en lo que respecta a la ejecución de los fallos como aquellas que tienden a asegurar pruebas con la finalidad de lograr una tutela jurídica efectiva, tal como lo pregona el articulo 26 del texto fundamental.

7.-Si se tienen en cuenta los preceptos constitucionales que sustentan el nuevo modo de ver el proceso y las corrientes mundiales que en tal sentido se han generado ante una manera moderna de ver el proceso es evidente la necesidad de ampliar el marco de procedencia de las medidas cautelares, de modo que se hace necesario pensar en el beneficio que traería para la comunidad, desde un punto de vista social, económico, de seguridad jurídica y práctica, la implantación de esta cautela judicial con fines probatorios.

8.- Como muestra de la nueva orientación del proceso tenemos que la Ley Orgánica Procesal del trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela, N° 37.504 del 13 de agosto del 2002 en su articulo 137, incorporó la posibilidad de solicitar el tipo de medidas asegurativas que hemos estudiado, al preceptuar en el Articulo mencionado que a petición de parte, podrá el Juez de sustanciación, mediación y ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes **a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión.** Con ello, se aparta del viejo concepto y clasificación de las medidas preventivas y amplía el campo de éstas, en un claro apego al orden constitucional establecido y abre su procedencia desvinculándose del contenido del articulo 585 del Código de Procedimiento Civil.

9.- Ha quedado patentizada la posibilidad de pedir las medidas preventivas confines probatorios dentro del proceso dispositivo civil.

BIBLIOGRAFIA

Araujo-Juárez, J. y Arveláez, B (2.000) La Seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal,** 3, 67-89.

Blasco Pellicer; A. (1.996) **Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral.** Valencia: Civitas.

Cabrera Romero, J. (1.995) **Contradicción y Control de la prueba Legal y Libre**. Caracas: Alva.

Cabrera Romero, J. (1.998) **La Prueba Prejudicial.** Caracas: Alva

Cabrera Romero, J (1.999) **Algunas Apuntaciones Sobre el Sistema probatorio del COPP en la fase Preparatoria y en la intermedia**. Revista de Derecho Probatorio, 11, 9-311.

Cabrera Romero. J (1.990) **La Prueba Anticipada o el Retardo Perjudicial.** Vadel Hermanos Editores

Cabrera Romero. J (1.999) **Algunas Apuntaciones Sobre el sistema Probatorio del COPP en la fase prepartaroria y en la intermedia.** Revista de Derecho Probatorio. Nº11 Italgráfica Editores

Cabrera Romero. J (1.995) **Paresente y futuro del Derecho Probatorio en Venezuela.** Revista de Derecho Probatorio. Nº 5 Italgráfica Editores

Calamandrei, P (1.984) **Providencias Cautelares.** Buenos Aires: Argentina.

Calderón Cuadrado, M (1.992) **Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil.** Civitas. Valencia

Código Orgánico Procesal Penal **Gaceta oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela** (Extraordinario) Nº 5.558, del 14 de noviembre de 2001

Código Orgánico Tributario, **Gaceta Oficial N° 37.305,** de fecha 17 de octubre de 2001

Couture, E. (1997) **Fundamentos de Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires: Desalma

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1.999) **Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela** N° 5.453 (Extraordinario) Marzo 24 de 2000.

Diccionario Jurídico Venezolano. Tomo III. Líder Editores. Caracas

Echandia, D. (1.997) **Teoría General del Proceso** (2ª. ed) Buenos Aires. Editorial Universidad

Gómez, J (1.999) **Seguridad Jurídica.** (Disponible en la dirección del autor)

Henriquez La Roche, R. (1.988) **Medidas Cautelares** (3ª. ed.) Maracaibo. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia

Izquierdo de Espinal, D (2000) **Lecciones de Derecho Procesal Penal I y II.** Concepto Gráfico. Caracas

Kielmanovich, J. (2.000) **Medidas Cautelares.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Ley de Bienes Muebles Recuperados por Autoridades Policiales, publicada en la Gaceta Oficial N° 1.032, de fecha18 de julio de 1966

Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas Gaceta Oficial N° 5.551 de fecha 09 de noviembre de 2001, Decreto N° 1.511, del 02 de noviembre de 2001.

Ley de Pesca y Acuacultura, Gaceta Oficial N° 37.323, de fecha 13 de noviembre de 2001, contenida en el Decreto N° 1.524 03 de noviembre de 2001.

Ley de Procedimiento Marítimo, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001, Decreto N° 1.551 del 12 de noviembre de 2001,

Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, Gaceta Oficial N° 36.531 de fecha 3 de septiembre de 1998.

Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, Gaceta Oficial N° 37.332, de fecha 26 de noviembre de 2001, decreto N° 1.535 del 08 de noviembre de 2001,

Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Gaceta Oficial N° 4.636 Extraordinario de fecha 30 de septiembre de 1993

Montero Aroca, J. (1.996) **La Prueba en el proceso Civil.** Madrid: Civitas.

Muñoz Sabate, L. (1.983) **Tecnica Probatoria,** Editorial Praxis S.A

Ortiz-Ortiz, R. (1.999) **Las Medidas Cautelares Innominadas.** Caracas: Paredes

Pérez Sarmiento, E (1.999) **Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal.** Vadell. Caracas.

Picó i Junoy, J. (1.997) **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: Bosh.

Ricci, F (1962) **Tratado de las pruebas.** Ediciones Fotal . Caracas

Santana Mujica, M. (1.983) **Pruebas.** Paredes Editores. Caracas