

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

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICION DE
PATERNIDAD**

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

**Autora: Pineda Rosales Aymara
Asesora: Cantor Arias Mayerling**

Trujillo, Septiembre 2012.



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

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada Aymara Amaru Pineda Rosales, titular de la Cédula de Identidad N° V-13.207.419, para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título definitivo es: MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Trujillo, a los 25 días del mes de Septiembre de 2012.

Abg. Mayerling Lisbeth Cantor Arias

CI. V-13.147.584

INDICE GENERAL

	pp
APROBACION DEL ASESOR	ii
INDICE GENERAL	iii
RESUMEN	vi
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD	DE 5
A. Las Acciones de Estado	5
B. Tipos de Acciones de Estado	6
C. Las Acciones sobre la filiación paterna en la legislación venezolana	9
D. La Acción de Inquisición de Paternidad	18
E. Características de la Inquisición de Paternidad	20
F. Amplitud probatoria en la Inquisición de Paternidad	25
G. Procedimiento de Inquisición de paternidad en la legislación Venezolana	32
CAPITULO II	
MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS E INNOMINADAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA	38
A. Las Medidas Cautelares	38
B. Características de las Medidas Cautelares	43
C. Finalidad de las Medidas Cautelares	46

D. Medidas cautelares Nominadas	55
E. Medidas cautelares Innominadas	58
F. Medidas Cautelares Nominadas existentes en la legislación venezolana	61
G. Medidas Cautelares innominadas existentes en la legislación Venezolana	78
CAPITULO III	
MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD	83
A. Criterio de los Jueces de Primera instancia y Superiores Con competencia en materia civil, respecto a las Medidas Cautelares en el procedimiento de Inquisición de Paternidad	83
B. Criterio de los Jueces de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, respecto a las Medidas Cautelares en el procedimiento de Inquisición de Paternidad	93
C. Criterio del Tribunal supremo de Justicia, respecto a las Medidas Cautelares en el procedimiento de Inquisición de Paternidad	106
CAPITULO IV	
MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	120
A. Medidas Cautelares que puede decretar el Juez conforme a la Legislación Colombiana, en los procedimientos de Inquisición de Paternidad	120

B. Medidas Cautelares que puede decretar el Juez conforme a la legislación Española, en los procedimientos de Inquisición de Paternidad	133
C. Medidas Cautelares que puede decretar el Juez conforme a la legislación Argentina, en los procedimientos de Inquisición de Paternidad	147
CAPITULO V	
MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDE DECRETAR EL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD	160
A. Medida de Embargo de Bienes Muebles en el procedimiento de Inquisición de Paternidad	160
B. Medida de Prohibición de Enajenar y Gravar en el procedimiento De Inquisición de Paternidad	162
C. Secuestro de Bienes determinados en el procedimiento de Inquisición de Paternidad	164
D. Medidas Cautelares Innominadas en el Procedimiento de Inquisición de Paternidad	167
E. Finalidad del Decreto de Medidas cautelares en el procedimiento De Inquisición De Paternidad	170
CONCLUSIONES	172
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA	176

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

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD.

Autor: Aymara Amaru Pineda Rosales
Asesor: Mayerling Lisbeth Cantor Arias
Fecha: Septiembre, 2012.

RESUMEN

En la sociedad moderna, la reclamación de la paternidad, se ha incrementado, en este sentido, tiene importancia el proceso de filiación, para su establecimiento jurídico. En la legislación venezolana se prevé, por una parte, la determinación de la filiación paterna extramatrimonial, así como las pruebas para su establecimiento judicial; y por la otra, en el proceso civil, las medidas preventivas como procedimiento cautelar. De modo que, dada la práctica tribunalcia en la que se solicitan medidas cautelares en estos procedimientos, siendo, en algunos casos, decretadas; pretendiendo el actor, la anticipación de los efectos de la sentencia. De allí que el objeto de la presente investigación sea establecer, cuáles son las Medidas Cautelares, que pueden decretarse en el procedimiento de Inquisición de Paternidad; para evitar la violación de derechos fundamentales como el debido proceso y el de seguridad jurídica. Precizando para ello la naturaleza jurídica del procedimiento de filiación paterna; describiendo los tipos de medidas cautelares en la legislación venezolana; haciendo un análisis de las medidas que han sido decretadas en estos procedimientos por los tribunales de la República. La metodología que se utiliza para lograr los objetivos, es una investigación teórica y con un estudio monográfico a un nivel descriptivo; las técnicas e instrumentos para la recolección de datos son las propias de la investigación documental. Obteniendo como resultado de la investigación que las medidas cautelares son decretadas, en los procedimientos de inquisición de paternidad; pese al criterio establecido por el Tribunal Supremo de Justicia, sobre su improcedencia, por la naturaleza de la acción y por los requisitos para decretar medidas cautelares en la legislación venezolana. Como aporte, se identificó, en la legislación comparada de los países de Colombia, España y Argentina, el tratamiento dado, en la inquisición de paternidad, a las medidas cautelares, que sirva para futuras reformas legales.
Descriptor: Tutela Cautelar, Medidas Cautelares, Inquisición de Paternidad, Filiación Paterna, Medidas Innominadas.

INTRODUCCIÓN.

La reclamación de la paternidad, dada la cantidad de niños, adolescentes, jóvenes e incluso adultos no reconocidos por sus padres; se ha incrementado en la sociedad moderna; siendo quizás, algunas de las causas que conllevan a tal situación, las modernas y extensas, relaciones de parejas; y además de contextos normativos sin normas eficientes y eficaces para regular legalmente la formación del nexo filial de la paternidad o inexistencias de las mismas como bien es señalado por Huguet (1988).

En este sentido, tienen especial importancia la filiación en el campo del derecho de familia, al punto de constituir junto con el matrimonio los dos pilares fundamentales de esta rama del derecho.

En la actualidad, el derecho a la identidad de la persona constituye uno de los derechos humanos fundamentales de cada ser humano. Derecho que puede verse vulnerado con el no reconocimiento de los hijos e hijas por sus progenitores, lo cual ha creado un problema social importante. No obstante, en la mayoría de los países se han desarrollado fundamentos y procesos legales destinados a amparar este derecho; constituyéndose, la paternidad, en una exigencia, que debe ser asumida de forma instantánea, casi conjuntamente con el nacimiento.

En Venezuela, tales derechos se encuentran plasmados en diversos textos legales, dentro de los que podemos mencionar a título enunciativo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en el Código Civil venezolano (1982) , en el Código de Procedimiento Civil Venezolano

(1986) y en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; en las que encontramos las normas sustantivas y procesales para solicitar ante los tribunales competentes el reconocimiento de paternidad (inquisición de paternidad).

La acción de inquisición de paternidad, dentro del sistema legal en Venezuela implica la evacuación de pruebas como las heredo biológicas, la demostración de posesión de estado, en fin la evacuación de todo género de pruebas; pero, en algunos casos los accionantes van mas allá, solicitando medidas cautelares, pretendiendo preservar el cumplimiento posterior del fallo.

Siendo, decretado, muchas veces por los tribunales, este tipo de medidas en dichos procedimientos, aun cuando no se ha llegado a evacuar pruebas, afianzándose en el derecho a la tutela judicial efectiva

Ante esta situación surge la interrogante sobre cuales medidas cautelares pueden decretarse en un procedimiento de inquisición de paternidad, cuyo fin es la determinación de la relación biológica entre los progenitores y los hijos e hijas, como una pretensión susceptible de protección jurídica como acción mera declarativa; y que sean decretadas tras un proceso en el cual, quien persiga la obtención de la medida, acredite al órgano judicial el cumplimiento de los mandamientos básicos de: *fumus boni iuris* (o la apariencia de buen derecho); *periculum in mora* (el peligro de que la dilación del proceso vaya en perjuicio del actor) ; y el ofrecimiento de caución, según el caso.

Asimismo, se analiza este tipo de medidas cautelares en procesos donde se encuentra vinculados niños, niñas y adolescentes, tomando en

consideración sus principios fundamentales, el interés superior del niño y la prioridad absoluta.

Resulta importante conocer qué tipos de medidas cautelares pueden decretarse en un proceso de inquisición de paternidad para evitar la vulneración de derechos fundamentales en estos juicios, así como para unificar criterios que sirva a los jueces y juezas de la materia; para ello se analizó doctrina nacional e internacional, y la jurisprudencia nacional e internacional, específicamente la colombiana, española y argentina, que puede servir como base a otros estudios y a futuras reformas legales.

Toda la investigación, en tanto se ocupa de las medidas cautelares que pueden decretarse en el procedimiento de inquisición de paternidad en la legislación venezolana, se desarrolla para su consecución, bajo la metodología seleccionada teórica, analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica; de tipo monográfico a un nivel descriptivo, apoyada por una amplia revisión de fuentes bibliográficas, jurisprudenciales y legales en conjunción con el análisis de técnicas de contenido, propias de la investigación documental, como la observación documental, la lectura evaluativa y la técnica del resumen; y el instrumento fue el diseño de una matriz de análisis de contenido, validada por expertos.

En ese orden de ideas, la investigación se desarrollará en torno al estudio de cinco capítulos temáticos a saber: la naturaleza del procedimiento de inquisición de paternidad, para precisar de qué tipo de acción se trata, las sentencias que se obtienen en el mismo y los medios de pruebas y forma en que se desarrolla el procedimiento; describir las medidas cautelares nominadas e innominadas previstas en la legislación venezolana, definiendo

las medidas cautelares en general, sus características y finalidad para luego establecer los tipos así como las principales medidas; el análisis de las medidas cautelares decretadas en el procedimiento de inquisición de paternidad por los tribunales de la República; indicar las medidas cautelares decretadas en el procedimiento de inquisición de paternidad en la legislación comparada, específicamente en la legislación colombiana, española y argentina; y finalmente, analizar las medidas cautelares que puede decretar el juez en el procedimiento de inquisición de paternidad.

Finalmente, del análisis progresivo de la información estudiada como resultado de éste estudio, se pretende determinar si pueden decretarse medidas cautelares en los procedimientos de inquisición de paternidad, sin menoscabo de los derechos fundamentales de los presuntos progenitores ni el de los hijos e hijas no reconocidos; acordes a la naturaleza del procedimiento; para garantizar por una parte, el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso y a la seguridad jurídica; y al mismo tiempo, el derecho a la identidad biológica, específicamente a conocer al progenitor para reafirmar los lazos y vínculos que lo une con su hijo, y disfrutar de todos los derechos que se puedan derivar de los mismos.

CAPÍTULO I

NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD

A.- Las Acciones de Estado.

Se entiende por tal las acciones judiciales relativas al estado de las personas. En doctrina se distinguen sus acepciones en sentido amplio y en sentido restringido. En este sentido en lato sensu son acciones de estado, todas las que en una u otra forma se refiere al estado (individual o familiar) o a la capacidad de las personas. En cambio, en stricto sensu son sólo aquellas que tienen por objeto hacer declarar o modificar o alterar o destruir un estado familiar cualquiera, al respecto López (2009, p.91) señala que:

“...son los medios legales de que pueden valerse los interesados para sostener, defender, proteger, modificar, alterar o destruir los estados de familia. Así entendidas, las acciones de estado en sentido estricto o acciones de estado propiamente dichas, son únicamente algunas de las acciones de estado lato sensu...”

Para Aguilar (2008, p. 96) las acciones de estado tienen por objeto, “obtener un procedimiento sobre el estado civil de una persona que puede ser el propio actor o tercero y normalmente cuando se habla de acciones de estado sólo se tienen presentes los estados familiares”. Vienen a ser, como lo expone Perera (1986, p.33), “la posibilidad de demandar un pronunciamiento sobre el estado civil de una persona”.

B.- Tipos de Acciones de Estado.

Las acciones de estado pueden ser:

Constitutivas: Que son las que se ejercen, bien para hacer nacer un estado, o bien para hacerlo desaparecer. Como las define Aguilar (2008, 96) “tienden a lograr un pronunciamiento que hace nacer o desaparecer un estado, desde la fecha de la sentencia (aunque a veces, dictada la sentencia, se le dan efectos retroactivos)”. Continúa explicando el autor, que este tipo de acciones, suele dividirse en sentido amplio en dos subtipos:

- Constitutivas propiamente dichas. Reciben este nombre porque su finalidad no es otra sino la de crear un nuevo estado, lo que conlleva necesariamente a la extinción de otro estado.
- Supresivas o Destructivas de estado, son todo lo contrario a las constitutivas propiamente dichas, ya que tienen por objeto suprimir o extinguir un estado actual, pero en este caso a diferencia de la anterior, no conlleva necesariamente a la creación de un nuevo estado.

Declarativas: Estas acciones, por el contrario y como su nombre lo indican declaran un estado, bien sean porque la sentencia reconoce un estado, que previamente existía, o bien porque niegue un estado existente. Las acciones de estado declarativas pueden subdividirse en:

- Acciones de Reclamación de estado, que son las que buscan el reconocimiento de un estado preexistente. Como la que ejerce quien quiera se le reconozca como hijo de determinada persona.
- Acciones de Impugnación, denegación o contestación de estado de estado, como lo explica Aguilar (2008, 97), el demandante lo que pretende es que se niegue la existencia de un estado, como por ejemplo la acción por desconocimiento de paternidad.

Dado lo antes expuesto, la acción de inquisición de la paternidad extramatrimonial es declarativa de reclamación de estado al respecto Lopez (2009,p.96) señala que mediante ella el demandante aspira obtener una decisión judicial que le reconozca como hijo extramatrimonial de un hombre determinado. Por su parte la acción de desconocimiento del hijo matrimonial es también declarativa, pero de supresión, denegación o impugnación de estado. El actor pretende que se establezca que él no es el padre del hijo habido por su esposa.

De allí que las acciones de estado propiamente dichas que se reconocen en la actualidad el sistema venezolano, tal y como lo señala Lopez (2009, p.97) , son las siguientes:

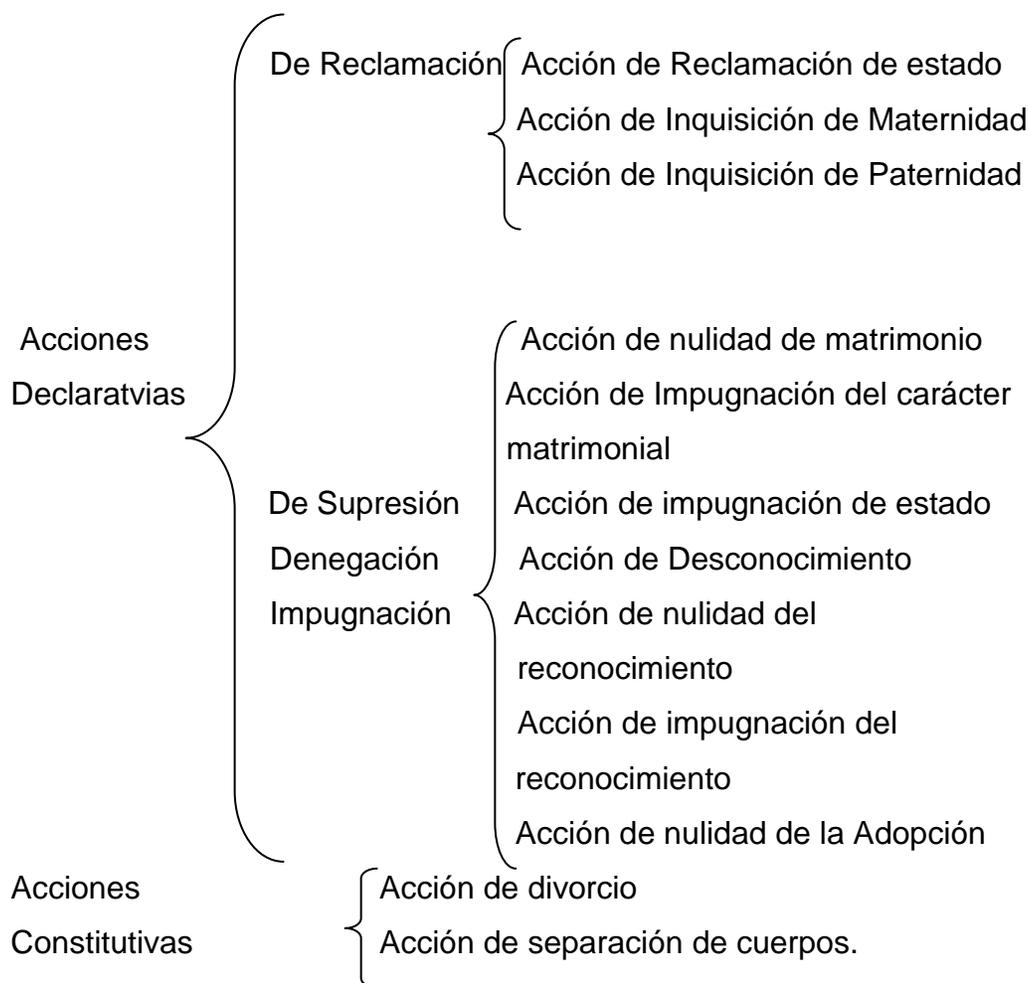


Figura1. Acciones de estado en strictu sensu. Tomado de: Lopez. H. (2009). Derecho de Familia. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. P.97

Podemos finalizar estableciendo como señala Perera (1986, 35) que en las acciones filiativas, su objeto consiste en establecer el vínculo que se pretende existe. Como lo señala Loreto citado por Perera (1986, 35) “el objeto del proceso es el establecimiento de un hecho, el de la paternidad o maternidad, y el efecto de tal reconocimiento viene a ser la relación jurídica que a partir de ese hecho se establece: la filiación. No es, pues, como

generalmente se entiende que el objeto de la acción sea el establecimiento de la filiación directamente.”

C.- Las Acciones sobre la Filiación paterna en la legislación venezolana.

El fenómeno natural de la concepción o fecundación, de llegar a concretarse el nacimiento deriva un vínculo como lo señala Domínguez (2008), natural y jurídico que une a los progenitores con el respectivo hijo. La naturaleza reclama entonces el derecho a tener un padre como figura paterna de un hombre y una madre como figura materna de una mujer; necesidad que se ha derivado en un derecho al nombre para todos los niños, niñas y adolescentes según el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que establece lo siguiente:

“Toda persona tienen derecho a un nombre propio, al apellido del padre y de la madre, y a conocer la identidad de los mismo. El estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.”

De ese vínculo no solo deriva el derecho a un nombre, sino además el derecho del hijo a ser cuidado por los padres, de conformidad con el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé:

“El estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco de sus integrantes. El estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación.”

Entonces el natural deseo de reproducirse constituye una necesidad humana que se proyecta luego de cómo dijimos la concepción; porque con el hecho jurídico del nacimiento, del hijo, los progenitores ven finalmente concretada su paternidad o maternidad y tendrá lugar el establecimiento del correspondiente vínculo filiatorio. Vínculo que se traduce como derecho constitucional, expresamente a través de la protección a la maternidad y a la paternidad previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

“La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o el padre: Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que desean concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.”

Lo anterior ha sido reconocido además en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (2007) en su artículo 18 que prevé:

“El estado desarrollará programas dirigidos a garantizar la asistencia y protección integral de maternidad y paternidad, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley.”

Para determinar entonces, las acciones sobre la Filiación paterna en la legislación venezolana, es preciso indicar lo que es la Filiación en sí.

La filiación concebida como indica Domínguez (2008, 369) como un vínculo de sangre o parentesco consanguíneo existente entre dos personas, que genera efectos jurídicos viene dada en línea inmediata ascendente por la paternidad y la maternidad, según se trate del padre o la madre, creando un parentesco de primer grado.

La maternidad generalmente se determina de forma precisa con el hecho del nacimiento y así lo reconoce nuestro Código Civil en el artículo 197. Por su parte, la paternidad objeto de este trabajo no se deriva del solo hecho del nacimiento, salvo que el nacimiento o la concepción sea dentro del matrimonio, lo que da lugar a la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial; porque en caso contrario, vale decir, si es extramatrimonial, precisa como afirma Domínguez (2008, 369) del reconocimiento sea voluntario o forzoso.

Entonces, las Acciones Filiatorias, son como afirma Rodríguez (2008, p. 487) “son las facultades que tiene un individuo para reclamar su filiación, bien sea impugnando o bien requiriendo otra. Son acciones de estado, puesto que son declarativas de estado filiatorio del hijo. Están referidas a la filiación paterna y materna”.

La filiación es el vínculo consanguíneo de primer grado en línea recta entre los hijos y sus padres. Si ese vínculo se establece entre el hijo y su madre nos estaremos refiriendo a filiación materna. Si es entre el hijo y su padre, hablaremos de filiación paterna.

Constitucionalmente en Venezuela, y así lo establece el artículo 56, toda persona tiene el derecho a conocer la identidad de sus padres, por lo que el estado garantiza la posibilidad de investigar la maternidad y la paternidad. Igualmente el derecho a usar el apellido del padre y el de la madre. Artículo que debe ser considerado en concordancia con lo establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), en sus artículos 16 y 17, que establecen respectivamente que:

“Artículo 16. Derecho a un nombre y a una nacionalidad. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a un nombre y a una nacionalidad.

Artículo 17. Derecho a la Identificación. Todos los niños tienen el derecho a ser identificados o identificadas, inmediatamente después de su nacimiento. A tal efecto, el Estado debe garantizar que los recién nacidos y las recién nacidas sean identificados o identificadas obligatoria y oportunamente, estableciendo el vínculo filial con la madre.”

Por su parte la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 288 del 13 de Marzo de 2008 en el expediente N° AA60-S-2007-001985 estableció que:

“...se entiende por filiación, en sentido estricto, la relación inmediata de parentesco que existe entre el padre o la madre y el hijo. En cuanto a los padres, se denomina paternidad o maternidad y, en cuanto al hijo puede ser matrimonial o extramatrimonial (...) que el hecho mismo de la concepción o del nacimiento del hijo dentro del matrimonio de sus padres demuestra necesariamente la existencia de manera conjunta de la maternidad y la paternidad. La primera (maternidad), por el hecho absoluto y notable del parto de la madre; y la segunda (paternidad), por la presunción juris tantum, basada en el hecho que los esposos han cumplido el deber de cohabitación y la mujer el deber de fidelidad a su marido. Ahora bien, con respecto a la filiación extramatrimonial, la misma se trata del vínculo parentesco consanguíneo que existe entre el hijo y su padre, cuando dichos progenitores no eran cónyuges entre sí para la época de la

concepción, ni del nacimiento del hijo, es decir, no hay vinculación probatoria alguna entre la maternidad y la paternidad, por no existir vínculo matrimonial entre los padres, la relación del hijo se establece separadamente con cada uno de sus progenitores y no resulta de la concepción ni mucho menos del nacimiento del hijo, sino del acto de su reconocimiento por la madre o por el padre. “

Por su parte, autores como Bossert y Zannoni (1992, citados por Domínguez 2008, p. 220)

“...la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. Tal presunción puede ser legal, voluntaria o judicial; según se derive de la propia ley en base a ciertos supuestos (presunción de paternidad); del reconocimiento voluntario o del juez mediante sentencia...”

Si se aplica este último criterio doctrinal a la legislación venezolana podríamos afirmar que el nacimiento es el hecho jurídico por excelencia de la filiación, que unido a la identidad del hijo, determina en principio la maternidad; y a su vez el nacimiento acontecido dentro del matrimonio, marca la paternidad matrimonial o la filiación paterna matrimonial.

La Filiación Paterna

La paternidad es definida por López (2006, citado por Domínguez, 2008, p.218) como “la filiación en cuanto ésta se refiere a la relación de parentesco entre el hijo y su padre”.

Una vez determinada que la filiación paterna, no se deriva del hecho del nacimiento, como si ocurre con la filiación materna, es lógico entonces que el establecimiento de la filiación paterna en nuestra legislación venezolana, viene dada según si el nacimiento ocurre dentro del matrimonio o fuera de este; por lo que existe en el ordenamiento

jurídico venezolano, la filiación paterna matrimonial y la filiación paterna extramatrimonial.

Montoya (1998, citado por Domínguez 2008, 366) al respecto de la filiación paterna, expresa:

“...Así pues, el sentido común nos indica que la procreación no depende si una relación fue efímera o por el contrario, fue duradera en el tiempo; aceptémoslo o no, existe una realidad social en la cual son innumerables las relaciones extramatrimoniales trayendo en muchos casos, la secuela de la concepción de un ser, quien no tiene la culpa y que lamentablemente corre con los errores de sus padres, porque muchas veces son rechazados por el propio progenitor, teniendo que recurrir a la reclamación de su filiación...”

La Filiación Paterna Matrimonial.

El establecimiento de la filiación paterna matrimonial vienen marcada en principio y fundamentalmente por la presunción de paternidad, en virtud del cual y de conformidad con lo previsto en el artículo 201 del Código Civil de Venezuela (1982) se presume salvo prueba en contrario que el marido o esposo de la madre, es el padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación; de allí que no solo es matrimonial el hijo nacido dentro del matrimonio sino también el concebido dentro del mismo, así el vínculo matrimonial se haya extinguido.

Las acciones de filiación paterna matrimonial en la legislación Venezolana a saber son las siguientes:

Acción de Desconocimiento:

Esta acción a su vez se subdivide en Acción de Desconocimiento

Normal y Acción de Desconocimiento por simple Denegación.

La normal, tiene lugar ante la imposibilidad de acceso físico y por adulterio de la mujer; es decir, que en la misma legislación se prevé la posibilidad de desvirtuar dicha presunción, mediante la acción de Desconocimiento de Paternidad, demostrando que durante el lapso de la concepción de la mujer no pudo acceder físicamente a ella o vivían separados.

En tanto el Desconocimiento por Simple Denegación, se extiende esta acción de desconocimiento de paternidad, al supuesto hijo nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio, salvo conocimiento previo por parte del marido del embarazo, y que éste haya aceptado el hijo como suyo, tal y como lo prevé el artículo 202 del Código Civil, o que el hijo no haya nacido vivo. De igual modo, se extiende esta acción por simple denegación a los casos en que medie entre los cónyuges juicio que supone separación entre ellos, como por ejemplo el caso de los hijos nacidos después de 300 días de presentada la demanda de nulidad de matrimonio, divorcio o separación de cuerpos, o antes de los 180 días a contar de la fecha en que se declaró sin lugar la demanda o de terminado el juicio, sin menoscabo de la reconciliación.

La Filiación Paterna Extramatrimonial.

La filiación paterna extramatrimonial, esto es, aquella en que no media entre los progenitores matrimonio, de allí que para surtir efectos debe ser legalmente establecida.

El establecimiento puede ser de forma voluntaria que es cuando media declaración espontánea, o en su defecto, de forma forzosa o judicial, que

no existiendo reconocimiento voluntario lo que medie es una decisión judicial. Lo que deriva que exista un reconocimiento voluntario y un reconocimiento forzoso de la filiación.

Reconocimiento Voluntario

Es la establecida de forma espontánea y voluntaria por el progenitor mediante documento auténtico, lo que se traduce en el reconocimiento, que se rige por las reglas previstas desde el artículo 217 al 225 del Código Civil.

El acto jurídico del reconocimiento es declarativo de filiación, tiene como características el de ser irrevocable aunque impugnable tal y como lo establece el artículo 221 del Código Civil; solemne o auténtico, por cuanto no tienen lugar mediante simple instrumento privado; unilateral, si es menor de dieciocho años el hijo reconocido, porque al ser mayor de edad, amerita de autorización de las personas que se indican en el artículo 220 de la norma sustantiva civil venezolana; puro y simple; espontáneo; personalísimo; produce efectos erga omnes.

Cabe destacar que en este reconocimiento voluntario, existen normas especiales que lo rigen y que atañen a situaciones especiales como la posesión de estado permite disfrutar de los efectos sucesorales del reconocimiento de un hijo fallecido y; suple el consentimiento de los familiares si ese hijo era mayor de edad; la posibilidad de reconocimiento al concebido debe tener lugar conjuntamente por ambos progenitores; la posibilidad del reconocimiento de los ascendientes en caso de muerte del progenitor y del reconocimiento de un tercero sin previo ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad si el divorcio tuvo lugar por el Artículo 185 A del Código Civil; todo ello, según las normas previstas en los artículos

219, 220, 223, 224 y 225 del Código Civil respectivamente.

Es preciso indicar que la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, prevé dentro de su cuerpo normativo un procedimiento administrativo denominado “Del Reconocimiento de la Paternidad” a los fines de instar el reconocimiento extrajudicial de la filiación.

El acto jurídico del reconocimiento puede ser atacado jurisdiccionalmente por vía de impugnación del reconocimiento, por no existir correspondencia con la verdad biológica; o por vía de nulidad del mismo, por alegar el incumplimiento de algún requisito sustancial, respectivamente.

La impugnación de paternidad explica Bianco (1997, 253), es una de las acciones sobre filiación y específicamente sobre la paternidad; corresponde al padre y su objetivo es desvirtuar la presunción de paternidad.

Reconocimiento Forzoso

Si no existe reconocimiento voluntario de la filiación paterna extramatrimonial, se puede establecer forzosamente, mediante la correspondiente acción judicial de inquisición de paternidad, conforme a lo establecido en el artículo 210 del Código Civil. Esta norma permite el establecimiento forzoso de la filiación a través de la más amplia libertad probatoria.

D.- La Acción de Inquisición de Paternidad.

Esta por el contrario, de la impugnación de paternidad, corresponde al hijo y tiene por objeto hacer que el padre le reconozca su condición de tal.

Señala Bianco (1997, 255), procede esta acción cuando el hijo, nacido fuera de matrimonio “no ha sido reconocido voluntariamente por su padre, y tiene por objeto establecer la filiación entre el sedicente hijo y el hombre que éste pretende que es su padre”.

A pesar de ser el Código Civil de 1942 el que llevo a cabo innovaciones trascendentales en materia de filiación extramatrimonial, como el reconocimiento voluntario de hijo extramatrimonial simple por parte del padre; finalmente fue con la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982 que se admite el reconocimiento tanto voluntario como judicial paterno de todo hijo extramatrimonial, simple o no simple; eliminando todas las desigualdades de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Una de las mas grandes innovaciones de la Reforma del Código Civil del año 1982, fue el artículo 210, porque a partir de la citada, a falta de reconocimiento voluntario, cualquier persona, puede demandar judicialmente el reconocimiento forzoso de su filiación, con las más amplias opciones desde el punto de vista probatorio, todo lo cual, facilita el establecimiento de la filiación extramatrimonial en el ámbito contencioso. Se pretende con esta norma, tal y como lo afirma Domínguez (2008, 365), aligerar al demandante la investigación de la misma mediante distintas posibilidades a lo largo del correspondiente juicio de inquisición de la paternidad; pero más aún, si el actor no cuenta con ninguna de estas posibilidades igualmente podrá acceder a su

estado filiatorio a través de cualquier género de pruebas, tales como las experticias científicas.

El artículo 210 del Código Civil de 1982, no limita la acción judicial de inquisición de la paternidad, por las restricciones del Código anterior; sino que establece:

“A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidas por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.

Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda.”

La referida norma hace alusión a varios aspectos, dentro de los que destacan la amplitud probatoria, incluyendo las hematológicas y heredobiológicas; la posesión de estado y la cohabitación de los progenitores durante la época de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período. De allí que analizaremos estos aspectos, mas adelante.

Señala además, la norma al hecho de que el reconocimiento forzoso o judicial de filiación que procede a falta de reconocimiento voluntario del progenitor es la acción de inquisición de paternidad. Se busca aligerar al demandante la investigación de la misma mediante distintas posibilidades a lo largo del correspondiente juicio de inquisición de paternidad, bien sea

mediante la acreditación de la posesión de estado de hijo, o junto con esta o al margen de esta, puede probar la cohabitación de los progenitores durante el lapso de concepción; pudiendo acceder igualmente a su estado filiatorio a través de cualquier género de pruebas, tales como las experticias científicas.

Mediante el ejercicio de esta acción se investiga la paternidad extramatrimonial para determinar el vínculo de filiación no matrimonial que existe entre el hijo y el hombre que pretende tener por padre, cuando no medie reconocimiento voluntario.

E.- Características de la Inquisición de Paternidad.

Al ser la inquisición de paternidad una acción de estado como se ha dejado sentado, podemos señalar que como toda acción judicial relativa a estados familiares es eminentemente civil se interpone ante el Juzgado de Familia de la jurisdicción territorial, que viene a ser el Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, en caso de que el pretendido hijo sea mayor de edad; y si por el contrario, tienen menos de dieciocho años debe interponerse ante el Tribunal de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución con jurisdicción en el lugar donde resida el niño, niña o adolescente.

Las principales características propias de este tipo de acciones de estado es que:

Es de orden Público: Porque en el ejercicio de estas acciones está interesado el orden público; la facultad de ejercerlas escapa de la autonomía

de la voluntad de sus titulares. Respecto a la titularidad, en este caso solo puede ser interpuesta por las personas indicadas por el legislador, tal es el sedicente hijo extramatrimonial.

Es Personalísima: Porque como señala López (2009,106) son inseparables de su titular y solo ejercitable por ellos.

Es Intrasmisible: La característica anterior, permite explicar su intrasmisibilidad o lo que es lo mismo, la acción de inquisición de paternidad no es susceptible de sucesión por causa de muerte del titular de una acción. Sin embargo, excepcionalmente, hay casos cuando el heredero del titular de la acción puede ejercerla o continuar el juicio iniciado tal es el caso previsto en el artículo 229 del Código Civil que establece que en los casos en que el hijo haya muerto siendo menor de edad, o dentro de los dos años subsiguientes a su mayoría.

Es Indisponible: El titular de la acción de inquisición de paternidad tiene la plena libertad de ejercerla o no, pero no puede disponer libremente de ella, sea esta judicial o extrajudicialmente: es decir, que al intentar la acción pierde el dominio sobre la acción y, solo puede concluir mediante sentencia el proceso respectivo, por lo que no tienen cabida dentro de este tipo de acción el desistimiento, la transacción ni la renuncia. Solo procede y surte plenos efectos como al respecto señala López (2009, p. 102) el consentimiento que haga la parte demandada cuando ella pueda efectuar el reconocimiento voluntario del hijo, o por sus ascendientes herederos actuando de común acuerdo tal y como lo dispone el artículo 224 del Código Civil.

Es Imprescriptible: Esta característica implica que los estados familiares, en nuestro caso, la filiación paterna no se pierde por el transcurso del tiempo, escapando a la regla prevista en el artículo 1977 del Código Civil de las prescripción de las acciones personales; y así esta contenido en el artículo 228 ejusdem que señala que las acciones de inquisición de la paternidad y la maternidad son imprescriptibles frente al padre y a la madre, lo que esta íntimamente relacionado con el carácter de ser de orden público, pues el estado está siempre interesado en la determinación y el esclarecimiento del verdadero estado familiar, en este caso, de la verdadera filiación paterna.

No obstante a lo antes indicado, al estado también le interesa el mantenimiento de la tranquilidad y la paz familiar, de allí que el legislador ha fijado términos de caducidad para el ejercicio de esta acción, específicamente cuando se ejerza, contra los herederos del padre, al señalar en la parte final del artículo 228 del Código Civil que no podrá intentarse sino dentro de los cinco años siguientes a su muerte.

Empero a lo anterior los artículos 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los 7 y 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que establecen los principios de prioridad absoluta y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en virtud de los cuales; cuando hay conflicto entre los derechos e intereses de estos sujetos de derechos, frente a otros igualmente legítimos, prevalecerán los de los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto el término de caducidad no corre cuando afecta derechos o intereses de menores de edad.

Intervención del Ministerio Público: En lo que se refiere a este carácter, la ley exige, en las acciones de inquisición de paternidad, al ser una

acción de estado, la intervención de un representante del Ministerio Público a los fines de que como señala López (2009, p.108) “vele por la normalidad y la legalidad del juicio; por el resguardo de las disposiciones de orden público, y para defender los intereses de las personas menores de edad, directa o indirectamente afectados por el ejercicio de las mismas”

Así nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 231 del Código Civil, artículo 131 ordinal tercero del Código de Procedimiento Civil (1986) y en el literal c del artículo 170 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes prevén la intervención del Ministerio Público en las causas relativas a la filiación; siendo incluso causal de nulidad de todo lo actuado, la omisión de la notificación del representante del Ministerio Público, en este tipo de acciones; obligando a la reposición de la causa. Sin embargo, la no comparecencia a los actos no vicia el procedimiento ni produce consecuencia alguna, lo que significa que basta solo la notificación.

Ahora bien, la actuación de los representantes de este órgano, esta limitada a promover pruebas documentales, por cuanto su actuación es de buena fé y como ente garante de derechos y garantías constitucionales. Caso contrario ocurre en los procedimientos donde la filiación que se busca determinar es respecto a un niño, niña o adolescente, porque aún sin ser parte, ordena la legislación especial en materia de infancia y adolescencia en el literal c del artículo 170 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a proceder como defensor del interés del niño, niña o adolescente en cuestión; teniendo incluso legitimación activa para intentar la correspondiente acción de filiación de paternidad extramatrimonial de niños, niñas y adolescentes.

Es Pública: Esta publicidad guarda relación con el hecho de que estas acciones sean de orden público, la misma ley prevé, en el proceso y en la respectiva sentencia, una serie de medidas. Tales son la publicidad previa, de publicar un edicto en un diario o periódico de la localidad donde tiene sede el tribunal de la causa, a los fines de notificar a cualquiera que tenga interés directo y manifiesto en el asunto, para hacerse parte en juicio.

De este modo está previsto en el último aparte del artículo 507 del Código Civil, por lo que la no publicación del edicto en la acción de inquisición de paternidad conlleva a la nulidad de los actos procesales efectuados y procede la reposición de la causa al estado de publicar dicho edicto.

En lo que respecta a la publicidad a posteriori los artículos 506 y 475 del Código Civil ordenan respectivamente, que todas las sentencias declarativas y constitutivas de estados familiares, sean insertadas en los correspondientes libros del estado civil, debiendo estampar nota marginal en el sentido decidido del fallo en la respectiva partida de nacimiento de la persona afectada; por lo que el juez encargado de la ejecución de las sentencias en este tipo de acciones, debe remitir de oficio copia certificada de tales decisiones al funcionario encargado de dicho registro.

Con relación a esto último, el artículo 152 de la Ley Orgánica de Registro Civil (2009) establece que las sentencias ejecutoriadas emanadas de los tribunales competentes que modifiquen la filiación, se insertarán en los libros correspondientes del Registro Civil, debiendo los jueces remitir copia certificada de las sentencias a la oficina municipal de Registro Civil correspondiente a los fines de que los registradores civiles estén en la

obligación de insertar la decisión y agregar la nota marginal en el acta original.

Asimismo, la publicidad con posterioridad a la sentencia está referida a que debe publicarse por una vez en un periódico de la localidad del tribunal que dicto la sentencia, un extracto de ella que declare o niegue la filiación, tal y como esta previsto en el último aparte del artículo 507 del Código Civil.

F.- Amplitud probatoria en la Inquisición de Paternidad.

La determinación de la filiación paterna extramatrimonial, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 del Código Civil, se puede hacer con la más amplia libertad probatoria, así podrá tener lugar mediante todo género de pruebas. Esta amplitud de pruebas incluye las experticias científicas, las documentales, testimoniales, inspección judicial, confesión, indicios, fotos, entre otros.

En primer término las pruebas hematológicas y heredobiológicas, se tratan de experticias científicas de las que como señala Domínguez (2008, p.374) “según los parámetros especializados al efecto, puede desprenderse una probabilidad de paternidad o maternidad cercana al ciento por ciento (100%), así como de su exclusión”; de allí que constituya una forma efectiva a los fines de acreditar la identidad biológica entre el sediciente hijo y el pretendido padre. Siendo evidente entonces que, este tipo de prueba, es

esencial en aquellos casos en que el actor no disponga de otros medios de prueba a su favor.

Son varias las pruebas científicas que permiten acreditar la identidad biológica, y así lo expresa el artículo 210 del Código Civil, al referirse a experticias hematológicas y heredobiológicas. Las primeras aluden a la sangre o el estudio de los grupos sanguíneos y las segundas, las heredobiológicas, suponen otros factores distintos a la sangre, como lo son las señas antropométricas o antropomorfológicas, ciertos caracteres cromosómicos o genéticos hereditarios patológicos.

Uno de los mayores avances en los últimos años lo constituye la adquisición de las pruebas del Acido Desoxirribunucleico (ADN) en la investigación de la paternidad, siendo vital, dentro de las pruebas científicas. Hasta hace pocos años los diferentes métodos disponibles permitían una aproximación importante en la inclusión de la paternidad, aproximación ahora inaceptable con las nuevas metodologías disponibles. El ADN es una molécula, cuyo patrón de signos químicos es único, individual e inalterable en cada ser humano; y que se encuentra presente en la sangre, saliva, semen, pelos, huesos o en cualquier tejido, inclusive de cadáveres y como señala Yunis (2002, pag. 380)

“...En la estructura del ADN estriba la utilidad de la molécula en los procesos de identificación humana. Dicha estructura está conformada por dos cadenas complementarias, de manera que cada una es un molde para la otra, lo que se logra por las letras que contienen el código genético mismo. De los trabajos de Gregorio Mendel se desprende que los genes son unidades de una enorme constancia, esto les permite pasar de una generación a otra, lo que asegura el mecanismo hereditario. Desde el punto de vista biológico, lo que se hereda son genes transmitidos de una generación a otra, por la enorme constancia del material hereditario. Los genes son unidades discretas,

definidas, contenidas en la molécula de ADN. Un gen es un segmento de la molécula de ADN, de tamaño variable, conforme a la naturaleza de cada uno. La complementariedad de las cadenas de la molécula de ADN asegura que en el mecanismo de replicación, a partir de una molécula, resulten dos idénticas; mecanismos constante en la división celular que asegura que dos células hijas reciben la misma molécula de ADN, es decir, el mismo aporte genético...”

En este sentido, a nivel internacional se tienen establecidas las disposiciones y reglamentaciones que deben cumplir los laboratorios para la práctica de la prueba de identificación, los controles de calidad como pruebas ciegas que deben aprobar, con certificaciones que deben ostentar, como las que se muestran al público, la documentación del personal idóneo que debe ejecutar las pruebas, las garantías que asegura la idoneidad, las certificaciones de calidad que deben tener los reactivos con los que se trabaja, la planta física y el equipamiento necesario para cumplir sus objetivos y también los más altos valores probabilísticos de “inclusión” en los estudios.

De modo que las experticias científicas son fundamentales en los juicios filiatorios, tal y como lo arguye Bueno (1996, citado por Domínguez, 2008, 50) de la científicidad de la prueba y la apreciación judicial, “por lo que si el juez aprecia que el dictamen pericial es convincente, porque no encuentre razones para negar la credibilidad, deberá acatarlo para no obrar con arbitrariedad, tal y como ocurre en cualquier otro medio de prueba judicial”.

En nuestro país, las pruebas científicas realizadas por el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC) son consideradas en numerosas decisiones judiciales, siempre y cuando sigan las formalidades

que han sido señaladas incluso por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Número 157 del 01 de Junio del año 2000, al establecer:

“...En el caso de autos, el Tribunal cumplió con el dispositivo legal contenido en el artículo 504 del Código de Procedimiento Civil antes citado, al designar como experto al el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), cuya reconocida aptitud esta determinada en la ley y conforman un hecho notorio. La experticia heredo-biológica exclusivamente en Venezuela ese Instituto del estado adscrito al Ministerio de sanidad y asistencia social, cuyos funcionarios son a la vez científicos y funcionarios públicos, que dentro de su función tienen el carácter de auxiliares de justicias, se juramentan al momento de encargarse de sus funciones de carácter científico y, por lo tanto, hace innecesaria la ratificación de la juramentación ante el Tribunal, conforme lo establece para cualquier otra experticia el artículo 459 del Código de Procedimiento Civil ...”

En atención a lo anterior, estas pruebas científicas son determinantes en el establecimiento de la filiación paterna extramatrimonial, y con mayor énfasis en el caso de niños, niñas y adolescentes por el derecho de todo niño, niña y adolescente previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes a conocer la identidad de sus padres, y por ende, a concretar legalmente su filiación en función de su interés superior.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, nuestro legislador, al establecer y permitir la práctica de pruebas científicas para la determinación de identidad biológica, y no ver frustrado la acción de inquisición de paternidad, con la negativa del demandado de practicarse la referida prueba, por el hecho de no poder violentar los derechos del pretendido padre, mediante una coacción a realizarse la experticia sobre su cuerpo; previó, dentro del mismo artículo 210 del Código Civil, que dicha

conducta, negativa, se configura como una presunción en su contra; aplicable incluso en caso de que los herederos del padre se negaren a la realización de la exhumación del cadáver .

Lo que ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia, no solo cuando el demandado se niega a realizarse la prueba, sino que la extiende a aquellos casos en que no acude a la práctica del respectivo examen. A mi juicio, la simple negativa de practicarse la prueba, no es determinante por sí sola; por lo que es conveniente la existencia de otro elemento probatorio para acompañar la referida presunción.

Para concluir con este punto, podemos afirmar que los avances científicos y tecnológicos han contribuido a modificar la estructura de la familia y la dinámica de su vida. La existencia de una realidad fáctica diferente de la tradicional presiona al derecho en la búsqueda de respuestas nuevas.

Por otra parte, como medio de prueba que puede hacer valer, el actor, en las acciones de inquisición de paternidad, esta la Posesión de Estado a la que hace alusión el artículo 210 del Código Civil en su segundo párrafo o único aparte. La posesión de estado, se refiere a la apariencia de ser titular de un estado civil familiar determinado, es decir, que disfruta y carga los derechos y deberes inherentes a dicho estado familiar, se presenta entonces la posesión de estado como una institución supletoria fundamental del estado familiar.

La posesión de estado está configurada como al respecto señala Torres-Rivero (1967, citado por Dominguez, 2008, 390) “por un conjunto de hechos tendientes a demostrar el estado poseído, aparentado, a los ojos del

público; conformado por los elementos nombre, trato y fama, previstos enumerativamente en el artículo 214 del Código Civil”; siendo fundamental de estos elementos, en el caso que nos ocupa de la filiación paterna extramatrimonial, lo elementos del trato y fama.

Este elemento se refiere como acertadamente alude Duran (1996, citado por Domínguez, 2008, 392) que el derecho considera que quien ha asumido la carga de la prueba debe comportarse como padre es porque realmente lo es y al igual que el reconocimiento tienen poca trascendencia jurídica que quienes detentan el estado civil de padre, madre o hijo, en realidad lo sea.

Se señala en doctrina que la posesión de estado, refiere un reconocimiento en el día a día, y mal podría quien se haya mostrado como padre, pretender al serle requerido el reconocimiento, desconocer tal situación. De allí que a pesar de que con la reforma del Código civil, lo que se busca es la verdad de la filiación, el mismo admite claramente que la verdad biológica cede por razones de seguridad jurídica y paz familiar.

El otros aspecto de la norma del 210 del Código Civil, está referida a la cohabitación de los progenitores durante la época de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, en este sentido agrega el texto legal, que si no se prueba la posesión de estado de hijo debe demostrar el actor la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo las excepciones que establece la misma norma de que, la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período.

De lo anterior se evidencia que si el demandante no ha gozado de la posesión de estado de hijo, le queda la posibilidad de probar únicamente la existencia de una relación de hecho entre el pretendido padre y la madre, durante el período de la concepción, acreditando la correspondiente identidad, como lo señala Perera (1983, citado por Dominguez, 2008, 393) “la identidad del hijo con el concebido. Es indispensable que exista esta coincidencia y que se pruebe en juicio, este extremo solo se puede probar mediante testigos, con los límites que se impone en este caso.”

Es decir, que lo anterior se constituye en una de las pruebas no biológicas y una vez probada dicha cohabitación, conlleva necesariamente al establecimiento de la filiación. Para ello señala la norma que debe probar la cohabitación que, equivaldría a una relación de hecho de los progenitores durante el lapso; probar además, que durante el lapso de concepción del hijo coincide con el tiempo de cohabitación de los padres; hechos que generalmente quedan demostrados mediante la prueba testimonial, para que puedan ser suficientes para el establecimiento de la paternidad.

En lo que se refiere a las excepciones previstas en el artículo 210 del Código Civil de que la cohabitación durante el tiempo de la concepción entre los progenitores, porque la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres durante dicho período o que haya practicado la prostitución en el mismo, estos dos supuestos o posibilidades como señala Perera (1983, citado por Dominguez, 2008, 398) “tal demostración se refiere a hechos de los que presuntivamente derive la existencia de una relación de tal tipo, debiendo ser acreditada fehacientemente al Juzgador por el demandado.”

Para concluir con este punto de la amplitud probatoria, es

conveniente hacer alusión al artículo 211 del Código Civil, prevé que:

“Se presume salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en concubinato notorio para la fecha que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción.”

Tal disposición lo que busca es facilitar el establecimiento de la filiación del hijo al tiempo del nacimiento, aligerando la carga de la prueba, mediante una presunción iuris tantum porque admite prueba en contrario.

Para concluir este aspecto, considera la autora, que a pesar que el acervo probatorio es importante para la consecuencia de la acción o la pretensión en juicio, no es menos cierto que por tratarse de un derecho constitucional de toda persona a conocer su verdadera identidad biológica, y por ello la prueba hematológica o heredobiológica o de ADN, se ha convertido en la práctica judicial, como el arma más poderosa para afianzar la verdad verdadera en estos procedimientos.

G.- Procedimiento de Inquisición de Paternidad en la legislación venezolana.

La determinación de la paternidad, consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Se presenta, entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público, para determinar así la paternidad.

En efecto, la protección jurídica del derecho a la identidad, previsto en el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es un derecho civil, entendiendo por estos últimos a los primeros, junto a los políticos que se reconocieron como derechos naturales, o sea, como pertenecientes al hombre por ser dados por la naturaleza, y no por creación del estado. Los derechos civiles, fueron los primeros consagrados en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales; son los propios del hombre en sí, por su calidad humana, y oponibles a todos aquellos que quieran desconocerlos, ya que no dependen ni de la condición de esa persona, ni de su rol social, ni de ningún otro condicionante que no sea el de existir. El único límite que tienen estos derechos son los impuestos por la ley, en miras al bien común.

Por las consideraciones anteriores, el derecho a la identidad personal, cobra vigencia, dentro de los llamados derechos de tercera generación, propios del llamado Estado de Cultura, entendido por Molina y Viggiola (1999,p.2) como:

“...el que tiene todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos. Una de las facetas más relevantes de este derecho es el derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...”

El derecho a la identidad, encuentra su correlativa consecuencia como enseña Combellas (2001,81) en la investigación de la maternidad y paternidad que debe garantizar el estado “de manera de otorgar efectivamente el derecho de la persona de conocer su origen biológico, la identidad de las personas de quienes descienden”. Consiguiendo, además

su protección jurídica con la previsión legal de las llamadas acciones de estado.

De todo lo anteriormente expuesto, ante la negativa del padre en reconocer al hijo, se trate de un mayor de edad o de un niño, niña o adolescente extramatrimonial, la vía judicial, es el procedimiento de inquisición de paternidad, para resolver este conflicto de conformidad al artículo 210 del Código Civil. Estableciéndose, para tales efectos, en el artículo 231 del Código Civil lo siguiente:

“Las acciones relativas a la filiación se intentarán ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil que conozca de los asuntos relativos a los derechos de familia en el domicilio del hijo, cualquiera que sea la edad de éste, con intervención del Ministerio Público, y se sustanciarán conforme al procedimiento pautado en el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario, salvo las reglas particulares de este Título y las especiales que establezcan otras leyes”.

De la norma antes transcrita se desprende que en los juicios de estado, el proceso tiene como finalidad propia componer la litis, o sea, extinguir el litigio, para lo que como señala Aguilar (2008, p.99), es necesario que llegue a dictarse una sentencia que reúna las condiciones de no ser “impugnable por vía de oposición o recurso ante un Tribunal Superior y que impida todo procedimiento y sentencia ulterior sobre la consecuencia jurídica que ella declara.” Por lo que al ser el procedimiento ordinario el que debe seguirse en este tipo de acciones y al ser indisponibles como lo hemos apuntado, la jurisdicción voluntaria no es el mecanismo idóneo para tramitar o intentar una acción de inquisición de paternidad.

Por estas razones la acción de inquisición de paternidad, debe ser tramitada de conformidad con lo establecido en el artículo 338 y siguientes

del Código de Procedimiento Civil, es decir, a través de los trámites del procedimiento ordinario, tal y como lo dispone el artículo 231 del Código Civil; en el caso de que el hijo cuya filiación paterna se pretende establecer es mayor de dieciocho años; y el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el Capítulo Cuarto desde el artículo 450, todo ello de conformidad con el literal a del párrafo primero del artículo 177 ejusdem, si se trata de la identidad biológica entre el pretendido padre y un niño, niña o adolescente.

Debido a lo anterior, para abordar este punto, haremos una subdivisión del procedimiento si la persona sobre la cual se busca determinar la filiación paterna se trata de un mayor de edad o se trata de un niño, niña o adolescente.

En primer término, vale decir, en los casos en que el sedicente hijo sea un mayor de edad, como se señaló anteriormente debe ser tramitada de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, específicamente en los artículos 338 y siguientes, que instituyen los trámites del procedimiento ordinario, tal y como lo dispone el artículo 231 del Código Civil.

Por su parte el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, establece lo relativo a las acciones mero declarativas, en los siguientes términos:

“Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente.”

Del artículo antes citado, se desprende que la pretensión de mero declaración debe ser interpuesta a través de demanda, es decir, debe ser propuesta contra un sujeto individualizado identificado como parte demandada, la cual debe acatar el fallo dictado por el Tribunal que dirima la controversia presentada.

Se procederá a la citación del demandado, para la respectiva contestación de la demanda y es en el respectivo lapso legal probatorio en el que se solicita por las partes o se ordena de oficio, la realización de la prueba de ADN y se evacuan los demás medios probatorios que haya promovido cada parte. Elementos estos con los cuales el juez formará la convicción sobre el caso para emitir la respectiva decisión.

En lo atinente al procedimiento cuando el sedicente hijo sea niño, niña o adolescente esta consagrado como fue señalado con anterioridad en el capítulo cuarto de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, mediante el procedimiento ordinario en esta materia; el cual se desarrolla en dos audiencias la audiencia preliminar y la audiencia de juicio.

Respecto a la demanda esta puede ser presentada en forma oral o escrita; una vez presentada el juez debe pronunciarse sobre su admisión o no, pudiendo ordenar las correcciones que considere indispensables, mediante el despacho saneador. En este auto de admisión se dispone de diligencias preliminares, providencias cautelares y decretos de sustanciación, que puedan dictarse de oficio o a petición de parte. Tal es el caso de la solicitud ante el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC) de la prueba de ADN, dado que la practica y experiencia

tribunalicia ha mostrado el tiempo prudencial con que dicho instituto planifica las citas para la realización de la prueba.

Se exige en la demanda la identificación plena del pretendido padre, a los efectos de practicar su boleta de notificación en el domicilio del mismo. Una vez notificado se fija la audiencia preliminar; en la fase de sustanciación, por tratarse de acciones de estado que son estrictamente de orden público, se prepara el juicio con la ratificación o solicitud, en caso de no haberla realizado en el auto de admisión de la realización de la prueba de ADN ante el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC).

En esta fase de la audiencia preliminar el demandado podrá promover sus elementos probatorios y controle las pruebas de la parte demandante.

Respecto a las medidas cautelares y preventivas, el texto normativo de infancia y adolescencia señala que la tutela cautelar puede ser decretada en cualquier estado y grado del proceso.

Finalmente en la respectiva audiencia de juicio, la cual es oral, concentrada y pública las partes intervienen de nuevo con la exposición de sus alegatos, luego incorporan las pruebas, evacuando las que sean necesarias, como la prueba testimonial. La sentencia se pronunciará en la misma audiencia, cuyo extracto es leído por el juez debiendo reproducir el fallo por extenso dentro de los cinco días de despachos siguientes a la audiencia.

CAPÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS E INNOMINADAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.

A. Las Medidas Cautelares

La modernización de de los sistemas judiciales se reflejan en las propias instituciones de justicia; en las reformas del derecho sustantivo, con énfasis en las reformas de las normas procedimentales, donde el poder público se substituye en una función protectora de las partes para hacer realidad mediante la materialización de la tutela judicial efectiva; del estado de derecho de percibir de su sistema de justicia una verdadera y real vigencia de los derechos que no queden solo plasmados en simples declaraciones escritas, es decir, en las sentencias, que se traduce en dos derechos humanos fundamentales como lo son el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

De modo que, se pueda afirmar que la tutela judicial no es efectiva sino se garantiza la protección cautelar, por parte del órgano jurisdiccional, mediante las potestades otorgadas a éste para concederlas. En este sentido, en el 2011, Brewer y Hernández explicaron como el derecho a solicitar medidas constituye un derecho público subjetivo que debe garantizarse siempre y cuando se cumplan los requisitos o presupuestos procesales para su decreto para garantizar la tutela judicial efectiva.

En primer término es de advertir, que la tutela judicial efectiva, es considerada como un derecho fundamental, que se encuentra consagrado en casi todas las Constituciones del mundo, en Venezuela existe una verdadera constitucionalización del referido derecho, ya que nos fundamentamos en una consagración de un Estado de derecho, social y de justicia que se caracteriza en garantizarles a sus ciudadanos una real y verdadera tutela judicial efectiva.

En Venezuela, la tesis de defender la existencia de medidas cautelares se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional, derecho fundamental y primario que implica directamente el derecho cautelar efectivo. Por lo tanto, los jueces y juezas venezolanos deben disponer de un sistema amplio de poderes cautelares, porque como bien lo señala Ortiz (1995, p.24) el problema no versa ya sobre la existencia o no de tales posibilidades, si no que versa sobre la articulación técnica de tales medidas y sobre la actitud de renovación.

Desde esta perspectiva, están en la obligación todos los jueces y juezas de proveer de un sistema garantista a los ciudadanos que se encuentran dentro de un proceso judicial, de la existencia de medidas cautelares que respondan las resultados del proceso.

Con relación a esto último, Chavero (2001) señala que:

“...Lo que si luce a todas luces inconstitucional -por ser contrario al derecho a la defensa y al debido proceso- es que pueda existir un proceso judicial carente de medidas preventivas que tiendan a resguardar la igualdad de las partes en el proceso y la garantía de la efectividad de la futura decisión...” (p.268)

En iguales términos, el profesor Hernández (2003,p.163), aduce que la tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que, garanticen el control de la ejecutividad y en general, la futura ejecución de la sentencia que en el proceso recayere.

La facultad de decretar medidas cautelares, dentro de cualquier proceso se hace imperiosa por la falta de celeridad en los diversos procesos jurisdiccionales, constituyéndose en una garantía de eficacia de las providencias cautelares, visto como la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en desarrollo una situación de hecho, que sea solucionada o suplida por las medidas cautelares. Ese real ejercicio de protección de tutela judicial reflejado en un derecho constitucional se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil Venezolano en los artículos 585 y 588.

Ahora bien, hablar de medidas cautelares dentro del derecho procesal venezolano es tratar sobre un tema que se ha estudiado durante décadas, sin embargo, la diversidad de criterios doctrinarios y el arduo proceso de desarrollo doctrinario y jurisprudencial, es quizás lo que nos lleva una vez mas a analizar y estudiar con mayor ahínco las medidas cautelares y preventivas.

Es de destacar, que las medidas cautelares surgen como un remedio despejado y especial para responder de alguna manera a violaciones o lesiones de los derechos fundamentales, o cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. No obstante, en la esforzada y laboriosa tarea de administrar justicia como actividad exclusiva y propia del Estado Venezolano, se compromete con ciertas bases o principios que deben garantizar la

seguridad jurídica, como cimiento de la armonía indispensable de la sociedad.

Entre otros de esos principios debemos recordar, la celeridad procesal, donde así surge para el Estado la obligación de ejercer efectivamente la tutela judicial de los derechos de los particulares de solicitar, de manera urgente, el reestablecimiento de la situación jurídica infringida, premura que sin duda lo que busca, y sin ánimo de redundar, es la eliminación del daño ocasionado.

En este sentido, puede inferirse que la tutela jurisdiccional cautelar es la que se dirige a hacer cesar el peligro de un daño en potencia, impidiendo la comisión o continuación de un acto perjudicial al interesado, o facilitando la actuación futura del derecho mismo (Henríquez, 2000, p.45).

Así, las medidas cautelares son instrumentos de justicia de los que dispone el órgano jurisdiccional para que el fallo sea ejecutable y eficaz; representan un instrumento destinado a evitar que el transcurso del proceso atente contra quien tienen la razón.

El procesalista Couture (1976,p.405) ha definido las medidas cautelares como:

“...Aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo...”

En palabras del catedrático Henríquez (1987,p.305) “las medidas cautelares están previstas en las leyes para asegurar la eficacia de los

procesos, garantizando la eficacia de la sentencia, evitando el menoscabo del derecho que el fallo reconoce”.

Por tanto, la función jurisdiccional cautelar tiene como fin primordial un cometido eminentemente de orden público, el cual es evitar por todos los medios que la inexcusable tardanza de los diversos procesos, se convierta en una burla o zanga a la justicia y, por consiguiente, en una disminución de la autoridad del Estado. De tal manera, que considerar lo contrario, vale decir, la no existencia de un poder cautelar amplio en Venezuela sería cegarse, e involucionar ya que el retardo en la situación jurisdiccional, trajo consigo buscar una solución inmediata, eficaz, como son las medidas cautelares.

En lo adelante utilizaremos como lo hace la legislación y la jurisprudencia patria, indistintamente los calificativos de preventivas, precautelativas o provisionales, para designar la institución jurídica de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas son providencias o decretos emanados, judicialmente a solicitud de parte o de oficio, por medio de las cuales se efectúa la prevención o aseguramientos procesales, con carácter provisorio sobre bienes o personas para garantizar las resultas de un juicio, se ha considerado que deben denominarse medidas preventivas, en razón de su trayectoria histórica en el proceso venezolano, y por otra parte, es el nombre que está establecido por el Código de Procedimiento Civil.

Las medidas preventivas consideradas dentro de las medidas cautelares, tienen efectos eminentemente ejecutivos, para asegurar la ejecución forzosa del fallo.

El Código de Procedimiento Civil preceptúa, en su libro tercero desde el artículo 585, el sustento normativo de la tutela cautelar en la legislación civil venezolana; para asegurar la ejecución de la sentencia, garantizar el resultado práctico de las acciones del acreedor contra el deudor, mediante un sistema que permite colocar determinados bienes, fuera de toda transacción comercial, de manera que queden afectados forzosamente a la satisfacción de las obligaciones que se declaren o sean reconocidas en el proceso.

Pero además, nuestra legislación prevé en algunos procedimientos en otras materias, tratamiento especial a las medidas cautelares; tal es el caso de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece en el artículo 466 y sus incisos; el artículo 137 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002); los artículos comprendidos desde el 243 al 247 y el artículo 196 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010), por mencionar algunas leyes.

B. Características de las Medidas Cautelares

En doctrina autores como Henríquez (2000, p.46) señalan como características de las medidas cautelares la instrumentalidad, que es esencial de ellas; la provisoriedad; la judicialidad; la variabilidad; la urgencia; el hecho de que son de derecho estricto.

Analizaremos cada uno de los caracteres de las medidas, iniciando con la instrumentalidad, en el sentido, de que las medidas no constituyen un fin en sí mismas, sino que como afirma Balzán (1986, p. 487) “están

preestablecidas con miras a una ulterior providencia definitiva, es decir, al resultado práctico que aseguran preventivamente”; es decir, que actúa, la medida cautelar mediatamente, disponiendo de los medios para lograr el éxito en la providencia definitiva.

Tal como exponía el catedrático Calamandrei las medidas cautelares son instrumento del instrumento. Constituye la característica especial y esencial de las providencias cautelares, pues se anticipan pero no son definitivas, en palabras de Henríquez (1997, p.323) “el concepto denota dos elementos, precaución y anticipación, aun cuando ya el primero de ellos entraña la significación del segundo”.

Esa instrumentalidad es eventual pues se encuentra destinada a precaver el resultado práctico del futuro o las resultas del juicio, pues presentan una anticipación que duran sus efectos hasta que se produzca la sentencia definitiva.

Por su parte la característica de Provisoriedad, de las medidas cautelares esta referida a que las mismas, están a la espera de otra providencia posterior; la subsiguiente que es la definitiva. No se debe confundir, lo que ha sido ampliamente aclarado en doctrina, con temporalidad; ya que esta última se refiere a un término de duración incierto mientras que provisoriedad alude a un lapso finito pero que se sabe cuanto va a durar.

Es importante destacar en este punto que en Venezuela la provisión cautelar, por lo general, se decreta en el marco de un proceso; mientras este transcurre, por lo que se le considera una protección instrumental y provisional

Respecto a la Judicialidad o jurisdiccionalidad, hace alusión a que las medidas cautelares están siempre al servicio de una providencia principal, referidas por necesidad a un juicio con el que tienen vital conexión, aparecen como al respecto señala Henríquez (2000, p.46) insitas en un juicio, siendo el requisito de pendete lite, una manifestación del carácter de judicialidad. O como señala Balzán (1986, p.489) “al igual que la cognición y la ejecución, las medidas cautelares tienden a la realización del fin jurisdiccional, que al ser instrumentales se cumplen de forma mediata.”

En lo atinente al carácter de variabilidad de las medidas, radica en el hecho de que aún siendo ejecutoriadas pueden ser modificadas en la medida de que cambie el estado de las cosas o de los hechos, que dieron origen y para lo cual fueron dictadas; carácter este que está íntimamente ligado al de la provisoriedad, porque ellas desde que son decretadas hasta su levantamiento pueden sufrir transformaciones, siempre y cuando varíen las circunstancias en virtud de las cuales fueron dictadas.

La urgencia como nota características de las cautelares está referida a la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho, del daño que se busca evitar; como una garantía de eficacia. No obstante a ello, esta urgencia no debe ser entendida como un requisito para determinar la procedibilidad de las mismas.

En consecuencia, necesidad o urgencia porque las Medidas Cautelares se otorgan como una garantía de eficacia de las resultados del juicio, vista la necesidad de un medio efectivo y rápido que proteja una situación fáctica. Esta premura viene a menguar, el retardo en la aplicación del derecho por parte de la administración de justicia lo cual por su puesto deja que se satisfaga la pretensión del solicitante. A su vez puede

entenderse, esta emergencia como una simplificación de los tramites procesales para lograr una justicia eficaz, accesible y rápida.

Finalmente con respecto a las características de las medidas cautelares, cuando se indico que son de derecho estricto, esta relacionado con el poder discrecional del juez, para obrar según su prudente arbitrio, tomando en cuenta lo mas racional y equitativo; tal y como es establecido en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tenga por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Como resultado de lo anterior, esta característica se describe de forma restringida, vale decir, que se garantice la tutela judicial que efectivamente se avalen los resultados del proceso, vista la discrecionalidad del juez el poder cautelar general que le otorga el Código de Procedimiento Civil Venezolano el juez debe ser prudente, equitativo y resguardar el mejor derecho reclamado.

C. Finalidad de las Medidas Cautelares

Hemos dicho que las Medidas Cautelares son un instrumento para la obtención de los fines de la justicia; buscan asegurar anticipadamente alguna eficacia a la decisión de fondo, evitando su frustración cuando esta es previsible. Son esenciales en la función jurisdiccional porque esta, no solo abarca la declaración del derecho, sino la ejecución de lo que se decida.

Las medidas preventivas tienen por objeto, evitar la burla del derecho de la parte vencedora; bien porque al fin del juicio haya de encontrarse con que no existan bienes sobre que hacer efectivo la sentencia, bien porque se le pongan estorbos indebidos a su procedimiento judicial para fines incorrectos.

De allí que como al respecto es afirmado por Balzán (1986) el objetivo principal de este tipo de medidas es garantizar la actuación práctica de la jurisdicción restableciendo el orden jurídico con el menor daño en los bienes o las personas; previendo en definitiva perjuicio a los sujetos titulares de derechos

Autores como Henríquez (2000,p.47) señalan que la justicia cautelar comprende una doble finalidad por una parte el de impedir la violación de un derecho, y por el otro, facilitar su ejercicio, disminuyendo el riesgo, si se quiere la incertidumbre, respecto a la existencia o efectos.

De allí que, las medidas cautelares persiguen, como al respecto señalan Brewer et.al. (2011, p.72) garantizar que “cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusoria, sino por el contrario pueda hacerse efectivo”.

Tal como se ha venido mencionando las medidas cautelares tienen un fin eminente de orden público, el cual no es otro en definitiva, que evitar la inexcusable tardanza en el proceso. Por tanto, constituye una garantía de orden práctico, en virtud que persigue asegurar la continuidad del derecho objetivo.

Uno de los principios básicos de la institución cautelar lo constituye el reflejo del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares se instituyen en verdaderos instrumentos de justicia que tiene el juez para que los fallos sean ejecutables y eficaces. Otra de las grandes funciones que tiene ese amplio poder cautelar, es que permite que puedan ser acordadas medidas preventivas dentro del proceso aun cuando no exista una norma de derecho que las tipifique y las contenga de manera expresa. Un gran aporte de la función cautelar, lo constituye que no solo con la adopción de medidas cautelares se consigue con el destino de juzgar, si no además se incita a ejecutar lo juzgado.

En este sentido, podemos afirmar que la finalidad de las medidas cautelares es lograr que el tiempo que transcurre entre la existencia del derecho y el reconocimiento de éste, no afecte tal reconocimiento haciendo ilusorio el derecho y en consecuencia inútil e ineficaz la función jurisdiccional de dictar sentencias para administrar justicia.

Para dar por concluido, lo relativo a la finalidad de las medidas cautelares, en nuestra legislación, de acuerdo a los argumentos explanados, podemos indicar que consiste en: lograr el acceso a la justicia oportuna de forma simple y con celeridad de conformidad con la tutela judicial efectiva; con una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o preordenación para que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial, como afirma Couture (1976, p.405) restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo; para en definitiva evitar el riesgo moral o físico presente, que corre la persona involucrada en una determinada situación

Es oportuno, una vez definido el concepto, características y finalidad de las medidas preventivas, poner de manifiesto el contenido del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, que establece los presupuestos o requisitos para que la medida sea decretada por el Juez, debiendo ser verificados por él, salvo que medie caución para el aseguramiento del resarcimiento de los daños y perjuicios que ella pudiera ocasionar; los cuales, según la mencionada norma son:

- 1.- El riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, vale decir, el periculum in mora que se manifiesta por la infructuosidad o la tardanza en la emisión de la providencia principal.
2. La existencia de un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama y del riesgo definido en el requisito anterior.
3. La existencia de un temor fundado acerca de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En relación con este último requisito milita la exigencia de que el riesgo sea manifiesto, esto es, patente o inminente.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, no se discute en la actualidad que los jueces deben tener un amplio margen de poder cautelar, a los fines de tutelar los intereses en litigio, sin embargo es necesario, que se verifiquen los requisitos de procedibilidad que establecen los artículos 585 y Parágrafo Primero del 588 del Código de Procedimiento Civil, con las excepciones establecidas en algunas leyes, como en materia de infancia y adolescencia, en lo que atañe a las medidas preventivas relativas a instituciones familiares. Pero de manera general, en la legislación y práctica venezolana, es imperativo la prueba de presunción grave del derecho que se

reclame y el peligro en la mora, los cuales deben ser acumulativos, pues no podrá decretarse la preventiva con la mera alegación y presencia de uno solo de ellos, así tenemos:

El primero de los requisitos para el decreto de la medida está configurado por el temor de la desaparición de la situación fáctica que permita la definitiva ejecución de un veredicto favorable, como afirma Calamandrei (1984, citado por Rondón, 2010, 491)

“Alude en este presupuesto, tres elementos la prevención, la urgencia y la necesidad; la prevención está referida a que la providencia invocada tenga la finalidad de prevenir un daño temido; la urgencia atañe a la premura que a causa de la eminencia del peligro de la providencia solicitada, de no proveerse o de demorarse la misma, el daño temido se transformará en daño efectivo o se agravaría el daño ya ocurrido; finalmente la necesidad de que para obviar oportunamente el peligro del daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta.”

El *periculum in mora* o peligro en la mora, de acuerdo con Henríquez (1997, p.325) tiene como causa constante y notoria, la inexcusable tardanza del juicio de cognición, el arco de tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada, el retardo procesal que aleja la culminación del juicio. En palabras, de Labrador (2004, p.7) esta constituido, este peligro en la mora por:

“...la conducta que pudiera asumir el demandado durante el proceso en vista de que el desenvolvimiento del mismo, le hagan presumir que la sentencia que será dictada con carácter de definitiva no le será favorable, conducta que de materializarse hacen convertir en inútil por no poder ser ejecutada...”

Por todo lo dicho, el requisito de procedibilidad del peligro en el retardo, exige, como hemos dicho, la presunción de existencia de las circunstancias de hecho que, si el derecho existiera, serían tales que harían

verdaderamente temible el daño inherente a la no satisfacción del mismo.

El segundo de los requisitos el denominado *fumus boni iuris*, significa que la parte que solicite la medida, como no se ha realizado el contradictorio en la mayoría de los casos, que convenza al juez que le asiste jurídicamente la razón. O lo que es lo mismo que la previsión que se requiere tenga apariencia de estar fundada en derecho.

En tal sentido Cantor (2007, p.9) alega sobre este particular, que:

“...supone un juicio de valor que haga presumir que la medida cautelar va a asegurar el resultado práctico de la ejecución o la eficacia del fallo, implica necesariamente la existencia del buen derecho, por tal el derecho que se pretende proteger debe presentarse como probable...”

La medida cautelar encuentra sustento en el temor manifiesto de que hechos del presunto agravante causen al agraviado lesiones graves o de difícil reparación, y en esto consiste el "mayor riesgo" que, respecto de las medidas cautelares nominadas, plantea la medida cautelar innominada. El solicitante de una medida cautelar innominada debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio, presuntivos, sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto. Sin olvidar este requisito concurrente cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

El fundamento del requisito legal de la presunción grave del derecho que se reclama radica en la necesidad de que se pueda presumir al menos que el contenido de la sentencia definitiva del juicio será de condena, como justificación de las consecuencias limitativas al derecho de propiedad que conlleva la medida. Resulta conveniente un juicio que previamente haga

presumir la garantía de que la medida preventiva va a cumplir su función, instrumentalizada, de garantizar el resultado práctico de la ejecución forzosa, la cual, a su vez, depende de la estimación de la demanda.

Debido a esto, faltando la prueba de cualquier de estos elementos, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, el juez no podría bajo ningún aspecto decretar ninguna medida preventiva.

El artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, hace mención a un tercer supuesto, específico para el decreto de las medidas cautelares innominadas; el cual, ha sido denominado en doctrina *periculum in damni*, al establecer el artículo en cuestión que, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a la otra; tiene el juez, la facultad, de tomar las previsiones para evitar el daño o la continuidad en el mismo, imponiéndole al solicitante la demostración de la destrucción del principio de la buena fe.

De todo ello se desprende que, debe quedar eminentemente claro, que el poder cautelar es amplísimo, no obstante, debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren, y por ello la decisión cautelar solo se debe conceder cuando existen en autos, medios de prueba suficientes que demuestren los requisitos anteriormente detallados.

Ahora bien, una vez determinado los requisitos de procedibilidad para el decreto de las medidas preventivas, es necesario revisar algunas clasificaciones o tipos de Medidas Cautelares en base a lo preceptuado en el Código de Procedimiento Civil; que establece una clasificación de las medidas preventivas en función de los criterios que a juicio de algunos autores, tuvo el legislador al consagrar tipos y formas de medidas

preventivas.

Estableciendo el artículo 588 del mencionado Código, que en conformidad con el artículo 585 del mismo Código, el Tribunal puede decretar, como medidas expresamente indicadas en la norma, en cualquier estado y grado de la causa, las medidas de embargo de bienes muebles; el secuestro de bienes determinados; la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles. Pero además, el Juez podrá acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.

De igual modo, prevé la norma del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, las medidas denominadas innominadas en el párrafo primero, al señalar:

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

De lo anterior se desprende que en el artículo transcrito se indican, las siguientes clases o tipos de medidas en la legislación venezolana, en materia civil:

- Medidas cautelares nominadas, típicas o principales.
- Medidas cautelares complementarias
- Medidas cautelares atípicas o innominadas.

Morales (2008, p.519) al explicar cada uno de estos grupos clasificatorios, refiere que en el primer grupo clasificatorio aparecen; las medidas cautelares tradicionales, por así denominarlas y dentro de las que se encuentran el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, con las que se pretende, de acuerdo a sus efectos y al objeto:

“...asegurar o conservar los bienes del demandado, según el caso, para garantizar el pago de una cantidad de dinero a la que sea condenado el demandado, a la entrega o restitución de un bien determinado, o a evitar actos de enajenación o de disposición de inmuebles, lesivos o de desconocimientos de derechos inmobiliarios, respectivamente. Es decir que; con estas medidas se procura la garantía económica de la ejecución forzosa...”

En el segundo grupo, continúa afirmando Morales (2008, p.519) están las medidas cautelares de tipo complementario, que son complementarias de las principales o nominadas, y que “el juez, a su leal saber y entender, considere decretado”.

Para dar por concluida la explicación sobre la clasificación de las medidas planteada, las medidas cautelares innominadas son las que el juez puede acordar:

“...cuando haya fundado temor de que una de las partes cause lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra parte, previstas en el Parágrafo Primero del referido artículo 588 del CPC. Las cuales no tienen por finalidad garantizar la ejecución misma de las sentencias, sino lograr anticipadamente la satisfacción de los derechos que podrán ser reconocidos en la sentencia, o simplemente evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, durante el transcurso del proceso; razón por la cual son de carácter preferentemente extra-patrimoniales...” (Morales, 2008, p.519)

En la doctrina procesal existen dos grandes grupos de clasificación. Unos 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.

Para Henríquez (1997, p.321) las medidas pueden ser típicas y atípicas; diferenciándose para él, solo en los efectos, ya que en las acciones autónomas el efecto es definitivo y la providencia no está instrumentalizada al servicio de una sentencia subsecuente.

Las medidas típicas tienen un efecto asegurativo con el fin de garantizar la ejecución forzosa del fallo principal.

Por su parte, las medidas innominadas son discrecionales, en el sentido de que permite al juez elegir, en el caso de ser fundamentada, la que posea las características necesarias y acordes para asegurar la efectividad de la sentencia.

D. Medidas Cautelares Nominadas .

En primer término encontramos las medidas cautelares Nominadas, constituyen un grupo que han sido establecidas y reguladas por la ley, tienen además un efecto ejecutivo, con el fin de asegurar la ejecución forzosa del fallo principal, denominadas también típicas. Son preferentemente patrimoniales y tienden a garantizar concretamente la ejecución del fallo.

Corresponde en sentido general, como lo expresa Ortiz (1997, p. 148) a aquellas disposiciones preventivas de carácter cautelar previstas expresamente en la ley para situaciones específicas y con vista a un temor de un daño concreto establecido por el legislador.

Se llaman también típicas, agrega el citado autor, en tanto que están previstas para un particular procedimiento y pueden revestir dos modalidades: primero, que el propio legislador establezca el contenido de la medida; y segundo, que se deje a criterio del tribunal la medida adecuada para el específico temor del daño alegado.

Estas medidas están contenidas en la primera parte del artículo 588 del código de Procedimiento civil y que están señaladas expresamente en las leyes.

Ortiz (1997, p.150) señala como requisitos para la procedencia de las medidas nominadas, las de todas las cautelares, a saber:

- a) Que exista un juicio pendiente. Agrega Henríquez (2000, p.105), que “estas medidas dependen absolutamente de la causa principal, y la terminación de ésta supone su inmediata extinción, y un pronunciamiento tácito sobre la revocatoria o confirmación de sus efectos negativos.”
- b) Que la medida pueda ser solicitada por cualquiera de los litigantes.
- c) Que se cumplan los extremos del artículo 585, aun cuando la ley permite que puedan obviarse, si se ofrece o se constituye caución o garantías suficientes para responder en caso de daños y perjuicios.

d) Y que el objeto de la medida, esto es, el bien mueble o inmueble, sobre la cual se pide su aplicación, debe ser suficientemente identificado con sus datos de registro, linderos, entre otros datos, por el solicitante.

Características de las Medidas Nominadas:

La doctrina ha dispuesto de características a este tipo de medidas, atendiendo al contenido, su ámbito material y su efecto.

Según su contenido como señala Ortiz (1999, p.123) estas medidas son fundamentalmente patrimoniales, esto es, aseguran la existencia suficiente de bienes para la futura ejecución del fallo; de allí que recaigan sobre bienes y no sobre conductas el embargo, el secuestro ni la prohibición de enajenar y gravar.

En cuanto a su ámbito material afirma Ortiz (1999,p.127) el legislador fija el ámbito material sobre el cual recaen esas medidas, dado que es el mismo legislador quien ha señalado en forma concreta y específica para procedimientos previamente determinados por la ley.

Con relación al efecto, explica Henriquez (2000, 46) que el común denominador de estas medidas nominadas es “el efecto eminentemente ejecutivo que todas por igual presentan, con el fin de asegurar la ejecución forzosa del fallo principal”

Cuando hablamos de medidas nominadas, hablamos de embargo de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles y el secuestro de bienes determinados, están tipificada.

Las medidas cautelares nominadas, se piden como medidas complementarias a fin de asegurar la eficacia de la medida cautelar, las medidas nominadas, con excepción del secuestro, pueden ser decretadas con fianza o garantía suficiente, así lo establece el artículo 590 del código de procedimiento civil. Incluso con excepción del secuestro, no deben decretarse o suspenderse si la parte contra quien obran constituye caución o garantía suficiente, tal y como está previsto en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil

Las medidas nominadas aseguran la eficacia del proceso, es decir, que no se haga ilusoria la ejecución del fallo, de allí que requieren para su procedencia el "fumus bonis iure" y el "periculum in mora".

E. Medidas cautelares Innominadas.

Con respecto a las Medidas Innominadas, señala Ortiz (2002, 364) que las Medidas innominadas

“...Constituyen un tipo de medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no está expresamente determinado en la ley sino que constituye el producto del poder cautelar general de los jueces, quienes a solicitud de la 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 y de la función jurisdiccional misma. A diferencia de las Medidas Cautelares Típicas, las cuales son preferentemente patrimoniales y tienden a garantizar concretamente la ejecución del fallo; las cautelares innominadas están diseñadas para evitar que “la conducta” de una de las partes pueda hacer inefectivo el proceso judicial de la sentencia que allí se dicte...”

Tienen estas medidas la finalidad de lograr anticipadamente la satisfacción de los derechos que podrán serles reconocidos en la providencia final a las partes, o simplemente evitar los perjuicios que éstas puedan causarse durante el transcurso del proceso.

Como al respecto, manifiesta Duque (1999):

“Estas medidas, por tanto, que no recaen sobre bienes, y que quedan al libre juicio del juez, se traducen en autorizaciones o prohibiciones de la ejecución de determinados actos, o cualquier providencia que haga cesar la continuidad de la lesión que sufra una de las partes del proceso” (p.153)

Por su parte, las medidas innominadas son discrecionales, en el sentido de que permite al juez elegir, en el caso de ser fundamentada, la que posea las características necesarias y acordes para asegurar la efectividad de la sentencia.

Morales (2008, 505), analiza las Medidas Innominadas, señalando que las mismas son aquellas que “el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho”

Por lo que se puede afirmar que la finalidad de tales medidas es asegurar que cierto derecho, por ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca su existencia, se pueden adoptar aun cuando las mismas, como en el caso de la Inquisición de Paternidad no encuadren en las medidas típicas (embargo, prohibición de enajenar y gravar y el secuestro); por ser las que tienen aptitud para asegurar provisionalmente la efectividad de un derecho. Ahora bien es importante acotar que del uso efectivo de las mismas dependerá el hecho de obtener beneficios, sin que se transforme en una forma de saturar los procesos con el abuso indiscriminado

del uso de estas medidas; sino por el contrario como explica Morales (2008, p.507):

“...de ponderar en cada caso concreto la gravedad de las consecuencias que acarrearía al mismo, y de adoptar soluciones acordes a la realidad social de la época, para atenuar la excesiva duración de los procesos, lo que constituye una situación insostenible que pueda ocasionar un verdadero fraude al estado de justicia, de derecho y a la seguridad jurídica a la cual tienen todos los venezolanos...”

De lo anteriormente expuesto se desprende que como estas medidas innominadas lo que se busca es evitar las conductas lesivas de cualquiera de las partes; y que puedan ser solicitados en aquellos casos en que se discuta el desconocimiento o la violación de un derecho, mientras dure el proceso, para reestablecer la situación infringida y hacer cesar la lesión grave a los derechos de las partes.

La Naturaleza de estas Medidas Cautelares Innominadas, corresponde, como indica Morales (2008,511):

“...al ámbito jurisdiccional y radica en constituir una tutela para asegurar o garantizar que no se le cause un daño o perjuicio inminente o de difícil reparación al derecho de una de las partes durante el proceso, resguardando así uno de los fines principales del derecho, formado por la aplicación de una justicia, rápida, eficaz. Por lo demás, esta tutela anticipada puede ser concedida en el curso del proceso, formando una barrera protectora contra los males que pueden surgir por el transcurso del tiempo, en perjuicio de una de las partes, resguardando de forma efectiva los derechos de las partes y asegurando que exista con que satisfacer los derechos del victorioso en la litis...”

Las Medidas Innominadas, a su vez, pueden ser de tres tipos: Asegurativas, las que garantizan la satisfacción de la pretensión del actor, referidas a, como arguye Henríquez (1997, p.334):

“...un derecho real o derecho personal a cosa determinada (secuestro), o referida a un derecho de crédito; Conservativas, como su nombre lo indica, pretenden mantener el estatus existente al momento de la demanda, y las anticipativas, que son las que adelantan provisionalmente la satisfacción de la pretensión deducida, vale decir, que satisface provisionalmente el derecho subjetivo de fondo, por lo que se incide en el fondo, anticipando el contenido sobre el fondo, de la decisión...”

Una vez delimitado los conceptos de las Medidas Nominadas e Innominadas pasaremos a determinar, cada una de estas medidas que existen en la legislación venezolana.

F. Medidas Cautelares Nominadas existentes en la legislación Venezolana.

Para abordar esta parte de la presente investigación se realizó una revisión en la normativa adjetiva, prevista en los principales textos normativos del ordenamiento jurídico venezolano vigente y que establece las medidas cautelares, dentro de su estructura en la materia civil; laboral; de niños, niñas y adolescentes, y en materia agraria.

En este sentido, iniciaremos haciendo mención a las Medidas Nominadas que están previstas en el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, a las que los demás códigos adjetivos remiten por supletoriedad, para regir lo no previsto o por prever directamente la aplicación de las mismas medidas, según el caso.

Así el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, dispone las medidas nominadas, en los siguientes términos:

“En conformidad con el artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

1º El embargo de bienes muebles.

2º El secuestro de bienes determinados.

3º la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

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

De la norma anterior se desprende que las Medidas Nominadas en esta norma adjetiva, son:

1.- El embargo de Bienes Muebles

Medida cautelar adoptada por la autoridad judicial para asegurar el resultado de un proceso y que recaer sobre determinados bienes cuya disponibilidad se impide. El embargo, en su acepción procesal, se llama preventivo cuando tiene por finalidad asegurar los bienes durante la tramitación del juicio. Borjas (1976, p.45) afirma que el embargo es “ la aprehensión o retención de bienes muebles o inmuebles hecha de orden de la autoridad judicial competente”.

Según Guasp (1995, citado por Villarroel, 1997, p.73) el embargo es:

“una medida que se llama de facilitación y como su nombre lo indica, su finalidad es facilitar otro proceso principal garantizando de esa manera la eficacia de su resultado, tutelando el procedimiento de una condena, a la entrega de una cantidad de dinero”

El embargo es entonces, una medida cautelar que de manera preventiva y por decreto del órgano jurisdiccional, va a asegurar los bienes muebles o inmuebles propiedad del demandado, suficientes para garantizar las resultas de un proceso, para que no quede ilusoria la ejecución del fallo y por ende la pretensión del actor.

Tipos de Embargo:

El embargo se divide en dos tipos:

- *Embargo Preventivo*: Constituye la Medida cautelar en cuya virtud se afectan inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento ordinario, especial o sumario.
- *Embargo Ejecutivo*: Por su propia naturaleza no responde a una finalidad cautelar pues sus efectos son definitivos y procede cuando haya habido sentencia definitivamente firme y haya transcurrido el lapso establecido en el artículo 524 del Código de Procedimiento civil, sin que se hubiere cumplido voluntariamente la sentencia.

2.- El Secuestro de bienes determinados.

Afirma Balzán (1986, p. 503) que el secuestro es “el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigio que, en manos de terceros y para fines preventivos y de conservación, hacen los interesados o decreta el Tribunal”. Es voluntario en el primer caso, y constituye un contrato entre los deponentes y el depositario; y judicial en el segundo caso, en el cual,

aunque no es una convención, impone al secuestratario las mismas obligaciones que el secuestro convencional al depositario.

El secuestro voluntario se rige únicamente por las disposiciones del Código Civil, el judicial se rige, además de las disposiciones del Código Civil, y también por las del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 599 del Código de Procedimiento Civil enumera taxativamente las causales por las cuales se puede decretar el secuestro, en los términos siguientes:

“ Se decretará el secuestro:

1° De la cosa mueble sobre la cual verse la demanda, cuando no tenga responsabilidad el demandado o se tema con fundamento que éste la oculte, enajene o deteriore.

2° De la cosa litigiosa, cuando sea dudosa su posesión.

3° De los bienes de la comunidad conyugal, o en su defecto del cónyuge administrador, que sean suficiente para cubrir aquéllos, cuando el cónyuge administrador malgaste los bienes de la comunidad.

4° De bienes suficientes de la herencia o, en su defecto, del demandado, cuando aquél a quien se haya privado de su legítima, la reclame de quienes hubieren tomado o tengan los bienes hereditarios.

5° De la cosa que el demandado haya comprado y esté gozando sin haber pagado su precio.

6° De la cosa litigiosa, cuando, dictada la sentencia definitiva contra el poseedor de ella, éste apelare sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble.

7° De la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el Contrato. También se decretará el secuestro de la cosa arrendada, por vencimiento del término del arrendamiento, siempre que el vencimiento de dicho término conste del documento público o privado que contenga el contrato.

En este caso el propietario, así como en vendedor en el caso del Ordinal 5° podrán exigir que se acuerde el depósito en ellos mismos, quedando afecta la cosa para responder

respectivamente al arrendatario o al comprador, si hubiere lugar a ello.”

El secuestro, explica Borjas (1996, citado por Ortiz, 1997, 173) “es el deposito de bienes muebles o inmuebles en materia de un litigio que, en manos de terceros y para fines preservativos y de conservación, hacer los interesados o decreta el Tribunal”

3.- La Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

En cuanto a la medida de prohibición de enajenar y gravar, la define Ortiz (1997, p. 181) como:

“...aquella medida preventiva o cautelar a través de la cual el tribunal, a solicitud de parte y cumpliéndose los requisitos del artículo 585 del Código de Procedimiento civil vigente, impide que el afectado por la medida pueda de alguna manera vender o traspasar la propiedad de un bien inmueble, litigioso o no o de alguna manera gravarlo en perjuicio de su contraparte...”

Por su parte, el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil establece que la Medida nominada de Prohibición de Enajenar y Gravar, debe ser decretada siempre que se cumplan los presupuestos del artículo 585 ejusdem, estos son, el periculum in mora y el fumus bonis iuris.

Ahora bien, finalizada las medidas nominadas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, y continuar lo atinente a las Medidas Cautelares Nominadas existentes en la legislación venezolana, es necesario explanar, que dado a que el acceso a la justicia y su eficacia ha obligado al legislador establecer un ámbito cada vez más amplio los mecanismos de protección de los derechos de los ciudadanos, estableciéndose nuevas fórmulas legales y específicas que cubran los vacíos de leyes ordinarias; de modo que, a pesar de la existencia de un poder cautelar general que tiene

todo juez de la república por mandato constitucional y legal, éste queda reforzado con la implementación de normas cada rama de las distintas especialidades del derecho.

Tal es el caso, en nuestro ordenamiento jurídico de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; para mencionar algunas, entre otras muchas.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo

La nueva legislación adjetiva laboral establece la justicia cautelar, por lo que el juez laboral queda facultado, para otorgar medidas cautelares nominadas e innominadas.

En este orden de ideas, de conformidad con lo previsto en el artículo 137 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, las medidas preventivas las decretará el Juez de sustanciación, mediación y ejecución acordar las medidas cautelares que consideren pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que se cumplan los extremos concordantes establecidos en dicha norma, ellas son: a) cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y b) siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

El artículo anterior hace referencia solo al juez de sustanciación, mediación y ejecución, pero la jurisprudencia patria ha considerado que el juez de juicio también tiene esta facultad.

De modo que, el Juez Laboral tanto de Primera como de Segunda instancia, tiene la facultad para decretar medidas cautelares, ya que la necesidad de salvaguardar los derechos discutidos, puede presentarse en cualquier estado y grado de la causa, pudiendo presentarse circunstancias que determinen que el obligado esta realizando actos tendientes a insolventarse o empobrecerse, por ello el juez Labora debe efectuar un estudio y análisis en el decreto de la medida y verificar la existencia de los requisitos de procedencia, porque de lo contrario incurriría en el vicio de inmotivación, inficcionando el decreto cautelar.

Prevé la normativa laboral, una excepción para obviar si se quiere el cumplimiento de los requisitos o presupuestos para el decreto de las medidas preventivas, solo en los casos en que el actor demuestre la existencia de circunstancias que evidencien la dilapidación u ocultación de los bienes del demandado, que en definitiva se traduce en un periculum in mora, el juez puede obrar a petición de parte y decretar, excepcionalmente, medidas cautelares para evitar se haga ilusoria la ejecución del fallo, siendo una carga del actor traer a los autos elementos suficientes que demuestren tal circunstancia.

Como se puede apreciar en el juicio laboral, las medidas cautelares no están sujetas al procedimiento complejo que establece la Ley Adjetiva Civil en los artículos 585 al 606, que entre otras cosas exige la apertura de un cuaderno separado; la posibilidad de que la parte afectada se oponga; y la necesaria ratificación de la medida decretada, de tal suerte que en el contexto de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la medida cautelar es una solicitud que no requiere tramitación separada; que se decide mediante auto motivado y que tiene recurso de apelación.

En lo que se refiere al tipo de medidas cautelares y su finalidad, la norma citada se aparta de la distinción entre medidas nominadas e innominadas y acoge el poder cautelar general, al ordenar al Juez la ejecución de las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, y como señala Martín (2005,223) la norma del artículo 137 de la ley Orgánica Procesal del Trabajo , hace referencia a las medidas cautelares que el juez considere pertinente acordar, las cuales sin duda se encuentran referidas a las medidas nominadas, tales como el embargo de bienes y la prohibición de enajenar y gravar.

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

A pesar de que en principio las medidas cautelares están enmarcadas dentro del Derecho Privado, en contrapeso al Derecho Agrario que es un derecho de naturaleza eminentemente social; otorga la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario facultades a los juzgados agrarios para actuar en orden a su competencia al permitir que los mismos dicten medidas de esta naturaleza. Incluso por el hecho de ser eminentemente social y de importancia para el cumplimiento del estado social de derecho y de justicia, en cuanto a seguridad agroalimentaria, protección del ambiente y la biodiversidad, establece que las medidas cautelares deben ser cónsonas con los intereses tutelados por el Estado.

Es así que en los artículos 243 al 247 contenidos en el Capítulo XVI de la misma, se establece el procedimiento cautelar, previendo que el juez o jueza agrario podrá dictar oficiosamente medidas cautelares provisionales orientadas a proteger el interés colectivo, las cuales tendrán por finalidad la protección de los derechos del productor rural, de los bienes agropecuarios, la utilidad pública de las materias agrarias, así como también la protección

del interés general de la actividad agraria, cuando considere que se amenaza la continuidad del proceso agroalimentario o se pongan en peligro los recursos naturales renovables. Establece como requisitos para el decreto de las medidas nominadas en materia agraria, los mismos del Código de Procedimiento Civil las. Su procedimiento prevé una especie de despacho saneador en los casos en que el tribunal encontrare insuficiente la prueba aportada para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarla. Y el lapso para decretarla puede ser el mismo día, siempre que hallase suficiente la misma, en que se haga la solicitud.

Prevé la articulación de ocho días para la oposición a la ejecución de la medida, que correrán, dentro de los tres días siguientes a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada, o dentro de los tres días siguientes a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar. Precluida la articulación, dentro de los tres días siguientes, el tribunal dictará el fallo, siendo apelable en un solo efecto.

Se puede decir que, la ley especial ha desarrollado la materia profusamente, Así el artículo 243, de la legislación especial en materia agraria, señala que el juez agrario queda facultado para dictar oficiosamente las medidas cautelares (nominadas e innominadas) que le permitan dar cumplimiento a los fines que el legislador le señala como paradigmas. Algunos de estos objetivos que se le encomiendan al ente judicial tienen todas las características de actividades administrativas, quizás ello explica el contenido y alcance del artículo 196 cuyo contenido se revisara seguidamente.

Es por todo lo expuesto que el poder cautelar del Juez Agrario se

aparta de la rigidez de las medidas dictadas por los jueces civiles y mercantiles, que tutelan intereses particulares, y tienen como fin asegurar bienes litigiosos y así evitar insolvencias de la contraparte antes de que la sentencia sea ejecutoriada; mientras que las dictadas por los jueces agrarios de conformidad con el artículo 196 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en función del interés general y social, incluso no solo para la presente, sino para las futuras generaciones, insertando además, lo ambiental, derechos que son de prioridad en virtud del uso abusivo de los recursos naturales.

Por lo que el poder cautelar otorgado por la carta fundamental y la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, el Juez contencioso administrativo agrario viene dado por el hecho de tener potestades de ejecutar o hacer ejecutar medidas cautelares de cualquier índole. Claro está para dictar las medidas a las que se contrae el artículo 196 de la ley en referencia que establece:

“El juez o jueza agrario debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria de la Nación y el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental. En tal sentido, el juez agrario exista o no juicio, deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción. Dichas medidas serán vinculantes para todas las autoridades publicas, en acatamiento del principio constitucional de seguridad y soberanía nacional.”

Este artículo 196, tiene una especial característica que le hace distinto al resto del orden judicial cautelar del país, debido a que autoriza esta norma, al juez a dictar medidas cautelares sin que, necesariamente, para el momento en que las acuerde exista proceso judicial. Aun más, sin que se obligue al beneficiario o afectado por la medida a tomar una vía de

contienda jurídica, como es el caso del artículo 163 ejusdem.

El objeto de este artículo, es la pretensión cautelar, que consiste en que se adopten medidas tendentes a asegurar la efectividad de la tutela judicial. Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 29 de Marzo del 2012, en el expediente N° 11-513, con ponencia de la Magistrado Luisa Estela Morales Lamuño entre otras cosas estableció en cuanto la naturaleza de este tipo de medidas lo siguiente:

“..Dichas medidas especiales agrarias fueron instituidas por el legislados como soluciones jurisdiccionales de carácter urgente y por ende autosatisfactivas, ya que están llamadas a resolver de manera suficiente los requerimientos de los postulantes o de la acción oficiosa del juez, motivo por el cual resultan verdaderamente medidas autónomas que en principio no penden de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal, como si requieren las medidas cautelares clásicas para que no quede ilusoria la ejecución de la sentencia de merito...”

En definitiva sobre este punto, en el procedimiento cautelar agrario se contempla la posibilidad de que el Juez Agrario pueda dictar oficiosamente medidas autónomas provisionales orientadas a proteger el interés colectivo. Estas medidas tienen por objeto la protección de los derechos del productor rural, de los bienes agropecuarios, la utilidad pública de las materias agrarias, así como también, la protección del interés general de la actividad agraria, cuando considere que se amenaza la continuidad del proceso agroalimentario o se pongan en peligro los recursos naturales renovables. Estas medidas autónomas judiciales son de carácter provisional y se dictan para proteger un interés de carácter general y por su naturaleza son vinculantes para todas las autoridades públicas, en acatamiento al principio constitucional de seguridad y soberanía nacional. Como ya se ha señalado “supra” la anterior disposición legal va en plena armonía con lo previsto en el artículo 305 de la Carta Magna, cuando expresamente establece que la

seguridad alimentaría se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícolas, pecuarias, pesquera y acuícola.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niña y Adolescentes.

Para el tema que nos ocupa es fundamental, abordar las medidas cautelares en materia de infancia y adolescencia, por cuanto el procedimiento de inquisición de paternidad, el hijo, cuya paternidad se pretende demostrar con la referida acción, puede ser un niño, una niña o un adolescente.

En principio, se podría establecer que el poder cautelar en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, continúa desplegándose bajo los principios tradicionales de la cautela ordinaria, habiendo el legislador ampliado y consolidando ciertos aspectos que en la otrora ley fueron discutidos, en las cuales podemos mencionar como novedades, la ampliación del abanico de medidas nominadas en materia de instituciones familiares, la oposición de las medidas desarrolladas en su parte adjetiva en la propia ley, el establecimiento de la audiencia de oposición configurada y adaptada a los postulados y principios procesales constitucionales.

Reforzó además, la posibilidad de adelantar el régimen de medidas, aún sin la existencia de proceso principal, en iguales términos condicionados a que se interponga la acción correspondiente en el lapso legal establecido.

Referente a los presupuestos de procedibilidad, la ley en comento, reafirma los pilares clásicos del poder cautelar tradicional, vale decir, el periculum in mora y la presunción de buen derecho, con lo cual, se le

adhieren por su puesto, los demás elementos indispensables la legitimación que tiene para solicitarla y señalar el derecho reclamado, aunque la ley es amplia en materia de instituciones familiares, pues en principio solo exige, la presencia de estos dos últimos requisitos.

Se hace imperioso, aclarar que bajo la óptica del desarrollo del procedimiento ordinario en audiencias, vale decir, preliminar (fase de mediación y fase de sustanciación) y la de juicio, el legislador no precisó a cuál juez tiene competencia para decretar las referidas medidas, con lo cual es bastante cierto que se reafirma el principio que pueden ser solicitadas o decretadas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, en tanto tiene facultades de tutela instrumental y cautelar, el juez de mediación y sustanciación, juez de juicio, juez superior y así sucesivamente.

Era verdaderamente relevante y resultaba hasta indispensable, dotar al juez de niños, niñas y adolescentes de normas y potestades que le facilitaran la primordial de sus funciones inherentes al desempeño de su cargo, esto es, un ágil, práctico y desenvuelto régimen de potestad cautelar, sin lo cual obviamente, esta modificación hubiese carecido de sentido. Parafraseando al Dr. Baumeister (2002, p.59) toda medida tardía o el aletargamiento en proveer sobre determinados aspectos atinentes producirán efectos difíciles de eliminar, tomando en cuenta en todo caso, la naturaleza habitual y delicada de asuntos de niños, niñas y adolescentes.

Por ello el legislador, en esta materia tan sensible y especial diseño una serie de medidas preventivas, permitiéndole al juez tener un amplio abanico de medidas que permiten asegurar los intereses de los actores involucrados en el proceso, establece Medidas preventivas nominadas: son aquellas definidas y delimitadas en la ley, la Ley Orgánica para la Protección

de Niños, Niñas y Adolescentes, trae una amplia gama de medidas típicas y propias del proceso, establecidas en los artículos 381 y 466 parágrafo primero, de allí que podamos establecer una clasificación de las Medidas Preventivas Nominadas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, encontrando a su vez dentro de ellas:

Medidas preventivas en juicios de privación de patria potestad

De conformidad con lo establecido en el artículo 466-A de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, considera necesario que se presente un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por la parte demandante, en todo caso, y siempre que se estime indispensable, el juez puede ordenar, de manera previa, la prueba tendente a acreditar los presupuestos indicados.

Medidas preventivas en los asuntos provenientes de los Consejos Municipales de Derechos o de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes:

Aquellas materias consagradas en el artículo 322 de la ley reformada, referido a los procedimientos contenidos en los párrafos tercero y quinto del artículo 177 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se hace necesario observar por parte del Juzgador, la existencia de una amenaza grave e inminente o una violación contra los derechos a la vida, a la salud, a la integridad personal o la educación de los niños, niñas y adolescentes.

Medidas preventivas en los casos relacionados con obligación de manutención

La Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del año 2007, reforzó la posibilidad de que el juez de protección en materia de niños, niñas y adolescentes, pudiere decretar en los procedimientos de obligación de manutención, distintas medidas de carácter nominadas, señaladas en los artículos 381 y 466-B, en las cuales se deben tomar en cuenta elementos de carácter probatorios como son la presunción grave de riesgo manifiesto que el obligado deje de pagar las cantidades que correspondan; elementos probatorios que así lo determinen; la apreciación de la gravedad y urgencia de la situación; y demostrar, en caso habiéndose impuesto judicialmente el cumplimiento, existiese retraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas, el riesgo manifiesto.

Adicionalmente, en el artículo 466-B de la ley en referencia, se establecen las medidas preventivas nominadas en caso de obligación de manutención, que el juez al admitir la demanda de obligación de manutención, puede ordenar las que juzgue más convenientes al interés del niño, niña o adolescente, previa apreciación de la gravedad y urgencia de la situación. , entre otras encontramos, las siguientes: a) Ordenar al deudor o deudora de sueldos, salarios, pensiones, remuneraciones, rentas, intereses o dividendos de la parte demandada, que retenga la cantidad fijada y la entregue a la persona que se indique. b) Dictar las medidas preventivas que considere convenientes, sobre el patrimonio del obligado u obligada, someterlo a administración especial y fiscalizar el cumplimiento de tales medidas. c) Adoptar las medidas que juzgue convenientes, a su prudente arbitrio, sobre el patrimonio del obligado u obligada, por una suma equivalente a seis (06) cuotas de manutención fijadas adelantadas o más, a

criterio del juez o jueza. d) Decretar medida de prohibición de salida del país, siempre que no exista otro medio de asegurar el cumplimiento de la obligación de manutención; en todo caso, esta medida se suspenderá, cuando el afectado o afectada presente caución o fianza que, a criterio del juez o jueza, sea suficiente para garantizar el cumplimiento de la respectiva obligación”.

Es de notar, que el legislador en materia de obligación de manutención presume el estado de necesidad si se trata de niños, niñas y adolescentes, con el objeto de asegurar su cumplimiento, igualmente debe considerar el juez ante un hecho concreto, la urgencia de proveer al beneficiario de los recursos necesarios para tal fin, lo cual justifica el decreto inmediato de las medidas preventivas que sean solicitadas, sin el cumplimiento de otras formalidades.

Las medidas preventivas y las instituciones familiares

Este artículo 466, en particular el párrafo primero, es novedoso, en virtud, que enumera una serie de medidas nominadas relacionadas con las instituciones familiares, tomando en consideración la, clasifica las medidas de dos tipos, de carácter personales y reales, sea que limiten los derechos de la persona o de la disponibilidad sobre sus bienes; ambas, con el objeto de resguardar los resultados de un juicio en el que se encuentren vinculados los derechos de los niños, niñas y adolescentes; siendo estas medidas :

A. Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza.

- B. Restitución de la Custodia al padre, la madre o terceras personas que la ejerzan en caso de retención indebida del niño, niña o adolescente.
- C. Custodia provisional al padre, la madre o a un familiar del niño, niña o adolescente.
- D. Régimen de Convivencia Familiar provisional.
- E. Colocación familiar o en entidad de atención provisional durante el trámite del procedimiento de colocación familiar.
- F. Separación de la persona que maltrate un niño, niña o adolescente de su entorno.
- G. Retención del pasaporte del niño, niña o adolescente.
- H. Restitución de bienes o enseres del hogar propiedad del niño, niña o adolescente, de su madre o padre, para garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado.
- I. Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.

G. Medidas Cautelares Innominadas existentes en la legislación Venezolana.

Las Medidas cautelares innominadas o también denominadas atípicas, en materia procesal civil en el ordenamiento jurídico venezolano, que son aquellas que el juez puede acordar, como se dijo anteriormente, cuando haya fundado temor de que una de las partes, como arguye Duque (1999,p.150) cause lesiones graves o de difícil reparación a la otra; se encuentran previstas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, al establecer:

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

Este tipo de medidas se justifican en los procesos que tienen por finalidad el pago de debitos o la entrega de dinero o bienes; sino que por el contrario en aquellos procesos en lo que se persigue es el reconocimiento del derecho, la determinación de indemnizaciones, la equiparación de situaciones económicas, que al ser incorporadas se resuelve el vacío legislativo del poder de los jueces en Venezuela para dictar medidas distintas a las nominadas o típicas, concretando así el poder cautelar genérico del órgano jurisdiccional.

Para dar por terminado esta parte de las medidas innominadas en la legislación adjetiva civil venezolana, es necesario mencionar que en cuanto al procedimiento de este tipo de medidas en el mismo texto normativo, los parágrafos segundo y tercero del artículo 588, establece que cuando se decrete alguna de las providencias cautelares previstas en el Parágrafo Primero de este artículo, la parte contra quien obre la providencia podrá oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en los artículos 602, 603 y 604 de ese mismo Código.

Podrá, el tribunal que decreto la medida innominada, atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del artículo 589.

Medidas Innominadas en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En los procesos laborales, el poder cautelar del juez constituye una garantía del adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales que eventualmente debe cumplir el demandado, en aras de proteger el trabajo como hecho social; de allí que la norma del artículo 137 de la ley Orgánica Procesal del Trabajo, haga referencia a las medidas que puede decretar el administrador de justicia en esta área de derecho, permitiéndole el poder cautelar dictar Medidas innominadas que considere adecuadas acordar, teniendo en cuenta el asunto sometido a su conocimiento.

Medidas Innominadas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Es de resaltar, que existe un amplio margen de poder cautelar al juez de niños, niñas y adolescentes, para evaluar y considerar las medidas innominadas que dependiendo del caso en concreto, crea conveniente determinar. En esta especial materia, la discrecionalidad está dirigida en cuanto al tipo de medidas que sean pertinentes y adecuadas, que ahí esta como señala Ortiz (1997,p.150), y es allí donde esta la discrecionalidad del juez, criterio que comparte la autora del presente trabajo de investigación ya que en esta especial materia de la infancia ay la adolescencia, es el juez el garante, como órgano jurisdiccional del estado de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De conformidad con el artículo 465 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el juez puede de oficio dictar cualquier medida preventiva que no hubiere sido dictada en el auto de admisión y que sea necesaria para garantizar derechos de las partes.

Es de recalcar, que existen medidas preventivas en esta materia de niños, niñas y adolescentes denominadas por la doctrina como lo indica, medios no cautelares, a los cuales se les conoce como decisiones anticipadas, las cuales, son de gran importancia en el ámbito del derecho de familia pues se refiere a la eficacia de los procesos familiares.

Así por ejemplo, pueden ser decisiones anticipadas una custodia provisional, la fijación de un régimen de convivencia familiar provisional, la fijación de una obligación de manutención provisional, autorización para viajar en caso de extrema necesidad (medida autosatisfactiva), las cuales

pueden ser dictadas o decretadas previa a la sentencia definitiva durante el curso del proceso, con el objeto de satisfacer las necesidades o el interés de los niños, niñas y adolescentes.

Medidas Innominadas en la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Los artículos 243 y 196 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, facultan al juez agrario, previo el cumplimiento de las condiciones fundamentales para la procedencia de las medidas cautelares innominadas, a saber el *periculum in mora*, *fomus bonis iuris* y el *periculum in damni*, estos requisitos que se encuentran previstos en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil de a dictar medidas innominadas en estos procedimientos especiales. Así 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 como ya se explicó.

Así pueden decretar incluso, medidas innominadas, propias de una tutela anticipatoria, está condicionada por la cultura jurídica de la sociedad y el diseño de aptitudes de justicia. El carácter frecuentemente irreversible del daño ambiental torna a la tutela anticipatoria un mecanismo normal y preponderante de la respuesta jurídica.

Los principios “preventivos”, que ordena trabajar sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, y “precautorios”, que dicho en términos simples, responde a la idea fuerza de *in dubio pro ambiente*, son

principios básicos, esenciales, del Derecho Ambiental, dándole una impronta atípica, que lo distingue del resto de las disciplinas clásicas del Derecho.

Las soluciones propias de la materia, deben ser expeditas y rápidas. Es por ello que resulta un campo fértil para la aplicación de técnicas y principios de tutela anticipatoria, de medidas tempranas, precoces, y de evitación del daño ambiental, porque se sabe que el daño ambiental es, por lo general, irreversible, de imposible reparación en especie o in natura. Además, el daño ambiental es itinerante, no tiene fronteras personales, escala en el tiempo, trepa en el espacio. Dentro de esa línea de pensamientos, es recomendable acudir a procedimientos y medidas cautelares, a fin de dar plena aplicación al principio precautorio sin detrimento de otros intereses que, aunque legítimos, su satisfacción haya quedado pospuesta con el propósito de evitar daños ambientales.

CAPÍTULO III

MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD CONFORME A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

A.- Criterio de los jueces de Primera Instancia y Superiores, con competencia en materia civil, respecto a las Medidas Cautelares en el procedimiento de Inquisición de Paternidad

Para establecer el criterio que se pretende, con el desarrollo del presente punto, partiremos de las decisiones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en materia civil, haciendo combinación, con la de los Juzgados Superiores en la misma materia, cuando, estos últimos, conocen de las apelaciones contra el decreto de medidas o contra la negación de las mismas que realizan en Primera Instancia. Así para poder establecer el criterio que es manejado es necesario mencionar, algunas sentencias, dictadas por distintos tribunales en la República.

En este sentido, analizaremos en primer término la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida de fecha 22 de Junio de 2009, que dictó sentencia en la que al haber conocido, de un procedimiento de inquisición de paternidad, caso Ramón Alfonso Rivas contra los herederos de Ysidro Paredes Araujo, dictó una interlocutoria, ante la solicitud formulada por la parte actora, de medida de prohibición de enajenar y gravar sobre una serie de bienes inmuebles, del causante.

Para pronunciarse al respecto, el referido Tribunal abrió el correspondiente cuaderno de medidas, y pronunciando en el dicha interlocutoria, luego de escudriñar sobre la naturaleza del proceso cautelar, y de las medidas precautelativas, a las acciones de estado y a las sentencias declarativas haciendo alusión para ello, de doctrina imperante señalando:

“...Al respecto, advierte este Juzgado que las medidas cautelares son parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la defensa, teniendo su base en la propia función del Juez de Juzgar y ejecutar lo juzgado y pueden ser utilizadas, siempre que cumplan los dos requisitos esenciales (...) Las medidas cautelares son un instrumento necesario para la eficacia de la Justicia y este poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren ...”(<http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/junio/962-22-9420-.html>)

Para finalizar el administrador de justicia, decidiendo, improcedente la solicitud de Medidas Cautelares en un juicio de Inquisición de Paternidad, alegando para ello que:

“...La Medida Cautelar, tiene como finalidad que no quede ilusoria la ejecución del fallo, y la acción de Inquisición de Paternidad, tiene por objeto, el establecimiento de la filiación; por lo cual, es improcedente la Medida de Prohibición de Enajenar y Gravar solicitada, y así debe decidirse. En el caso bajo análisis, no queda duda que la demanda es de mera declaración. La demanda propuesta peticiona el establecimiento de derecho personales subjetivos (Filiación Paterna) pero no derechos reales (Patrimonial), ni conlleva garantías de presente o futuro cumplimiento de alguna deuda u obligación, menos garantizar los resultados del juicio que no es patrimonial. Los juicios de establecimiento de filiación y posesión de estado producen sentencias mero declarativas...”
(<http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/junio/962-22-9420-.html>)

Conllevando al referido juzgador a negar y por ende, declarar improcedente la Medida Preventiva de Prohibición de Enajenar y Gravar, solicitada por la parte actora. Debido a que según la motivación dada en la

sentencia, considera que en los juicios de inquisición de paternidad por ser una acción mero declarativa y no estar de por medio aspectos o asuntos de carácter patrimonial, no procede acordar medidas cautelares toda vez que la naturaleza de la acción incoada, cuyo carácter es meramente declarativo y expatrimonial.

De la misma manera el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Transito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Apure, en fecha 29 de octubre de 2010, en el expediente Nro 6211 en el Juicio que por motivo de Inquisición de Paternidad, fuera incoado por el actor contra los herederos del pretendido padre; se pronuncia, respecto a lo solicitud de Medida de Secuestro Preventivo y Medida de Prohibición de Enajenar y Gravar, de los bienes pertenecientes al presunto padre.

Así, el referido tribunal, manifiesta en su decisión sobre tal pedimento, que las medidas preventivas las decreta el juez, de conformidad con lo estipulado en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, solo cuando se compruebe los requisitos del periculum in mora y el fumus bonis iuris; por lo que haciendo énfasis a los requisitos mencionados, considera que no está demostrado, en el caso planteado, el requisito del periculum in mora, por cuanto:

“...observa que la parte demandante, pretende que se decrete las medidas de Secuestro Preventivo y Prohibición de Enajenar y Gravar sobre los bienes muebles e inmuebles, en un juicio de Inquisición de Paternidad lo que se discute dentro del litigio es un estado de capacidad, (Inquisición de paternidad), por lo que se considera meramente declarativa y no para asegurar bienes materiales o patrimoniales; por lo tanto, esta Juzgadora considera que no está demostrado el requisito exigido por la Ley en cuanto al periculum in mora...”
(<http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2010/octubre/446-29-6.211-.html>)

De manera que, concluye el juzgador que no se encuentra acreditado el requisito del periculum in mora exigido por la legislación, por lo tanto, procede el decreto de tales medidas y por lo tanto su pronunciamiento consiste en negar la Medida de secuestro preventivo y la de Prohibición De Enajenar Y Gravar, sobre los bienes muebles pertenecientes al difunto presunto padre del demandante.

En el mismo sentido, a lo expuesto hasta ahora, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, extensión Tucacas, el 11 de mayo de 2010, en el expediente que por motivo de Filiación Paterna incoaran los demandantes, contra los herederos del ciudadano presunto padre, fallecido ab-intestato, sostiene el mismo criterio.

Sin embargo, este último caso, difiere de los anteriormente planteados, en el sentido de que la Medida solicitada es una medida de las llamadas innominadas. Alegando los solicitantes de las medidas preventivas, que fueron excluidos de la declaración sucesoral presentada al Seniat, que tienen fundado temor de que los demandados puedan disponer de los bienes dejados por el pretendido padre, al momento de su fallecimiento, afianzado lo dicho que los codemandados, ya habían dispuesto de varios bienes, especialmente de grandes cantidades de ganado y dinero efectivo dejado por el de cujus; motivos por los cuales solicitan al referido Tribunal le sea decretada Medida Cautelar Innominada, consistente en:

“... que las Oficinas de Registros Inmobiliarios donde se encuentren ubicados los inmuebles dejados por el de cujus a su fallecimiento, estampen una nota marginal que permita que cualquier tercero que esté interesado en adquirir uno de estos bienes tenga pleno conocimiento de que sus poderdantes están demandando la inquisición de paternidad (...) finalidad proteger

los legítimos intereses de sus poderdantes, así como proteger los intereses de los terceros que pudieran estar interesados en adquirir los inmuebles, sin tener conocimiento del litigio...”(<http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2010/mayo/333-11-2905-S-No..html>)

El juzgador en este caso, pasa a analizar, la finalidad de las Medidas Cautelares y la concordancia de éstas, con el objetivo de un procedimiento de Inquisición de Paternidad, estableciendo los conceptos y definiciones dados por la Doctrina Procesal, arguyendo finalmente que:

“...se observa que la finalidad de las Medidas es restablecer una situación económica y asegurar la eficacia de una eventual Resolución Judicial. Ahora bien, cabe preguntarse, ¿Cuál es la finalidad del procedimiento de Inquisición de Paternidad? Para este juzgador, la acción de Inquisición de Paternidad es una pretensión que versa sobre el estado de la persona sin que tenga significación económica, en ese proceso, como tampoco puede buscarse a través de alguna Cautelar la eficacia de su declaratoria...” (<http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2010/mayo/333-11-2905-S-No..html>)

Decidiendo la solicitud de decreto de medidas preventivas innominadas en el procedimiento de Inquisición de Paternidad, el administrador de justicia, improcedente por considerar, que la Medida Cautelar, tiene como finalidad que no quede ilusoria la ejecución del fallo, y la acción de Inquisición de Paternidad, tiene por objeto, el establecimiento de la filiación.

Para finalizar con el criterio establecido por los Tribunales de Primera Instancia en materia civil en Venezuela, vamos a señalar, totalmente contrario a lo expresado hasta ahora, la decisión interlocutoria proferida por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, en fecha 20 de Abril de 2009, en el caso de filiación paterna extramatrimonial, llevado en ese Tribunal bajo el

Expediente signado con el N° 8570/2009, específicamente en cuanto al pronunciamiento respecto a la Solicitud de Medida por la parte actora.

A propósito de la solicitud, la parte actora, expresa que a los fines de garantizar sus pretensiones es necesario obtener medidas precautelativas para asegurarle eventuales derechos sobre los bienes que conforman la masa hereditaria del pretendido padre, a la fecha de cujus.

El Tribunal para decidir observa que, cuando en Juez mediante decreto acuerda o niega medidas, su poder es discrecional; pero, a la vez manifiesta que es conteste la doctrina y la jurisprudencia en que dicha discrecionalidad no significa arbitrariedad o autonomía absoluta, por parte del juez por lo que debe verificar que se cumpla la condición, de que haya fundado temor, en que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación.

Al analizar el juzgador, las pruebas consignadas por el solicitante, y, la confesión hecha por uno de los codemandados, lo conllevan a presumir:

“...el buen derecho que reclaman los demandantes, ya que de las pruebas presentadas y de las testimoniales evacuadas, se puede presumir (presunción iuris tantum) que existió una relación entre los ciudadanos (...) y de las cuales al parecer, nacieron los ciudadanos (...) quienes en apariencia, siempre han gozado de la posesión de estado de hijos del ciudadano (...) En cuanto al Periculum in Mora, alega quien decide que con las copias certificadas de los documentos de los bienes inmuebles sobre los cuales se solicitan que recaigan las medidas, pertenecen presuntamente por herencia a los demandados, y siendo que los demandantes, no figuran como herederos, pudiera ser que los demandados, en base a su ejercicio del derecho a la propiedad (...) sustrajeran dichos bienes de su patrimonio, quedando en caso de una eventual sentencia a favor de los demandantes ilusoria la ejecución del fallo...”
(<http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2009/abril/1331-20-8570-.html>)

De modo que habiendo quedado demostrada, según el sentenciador, la existencia de los dos requisitos exigidos por los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, para la procedencia de las medidas cautelares, el tribunal declara con lugar y decreta la Medida de Prohibición de Enajenar y Gravar.

Dada los criterios que anteceden, a continuación se hará referencia, a algunas de las sentencias proferidas, por Tribunales Superiores de la República, en materia civil, es decir, cuando el pretendido hijo es mayor de dieciocho años.

Así el Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, de fecha 19 de Octubre de 2.005, actuando en Sede Civil; en el Expediente N° 5823-05, que conoció por Motivo de Inquisición de Paternidad; por apelación contra las actuaciones contenidas Cuaderno de Medidas, aperturado, por Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial de ese mismo estado, el 13 de Julio de 2.005, como consecuencia de un juicio que por Inquisición de Paternidad específicamente contra el auto dictado por el mencionado Juzgado, que negó la solicitud, que realizara la parte actora para que decretara, medidas cautelares de Prohibición de Enajenar y Gravar, sobre determinados bienes inmuebles.

El Tribunal que niega la medida en primera instancia lo hace, sobre la base de que el Juez solamente puede decretar las medidas preventivas cuando aparezca comprobada en autos la presunción grave de que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo y la del derecho que se reclama,

conocido como presunción de buen derecho, afirmando que existe tal presunción, en el caso bajo examen, pero no obstante a ello:

“...no aparece configurada la presunción grave de que pudiera ser ilusoria la ejecución del fallo, ya que nos encontramos en presencia de una demanda de inquisición de paternidad, que de ser declarada con lugar se ejecutaría la sentencia mediante su inserción en los Libros de Registro Civil correspondiente. No estaríamos ante una sentencia de condena, sino de una declarativa de estado...Por ello, no estando presentes las condiciones de procedibilidad requeridas por el artículo 585 ejusdem, se niega la prohibición de enajenar y gravar solicitada...”
(<http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/octubre/350-19-5.823-05-92.html>)

Es decir, que considera, el administrador de justicia, que si la parte actora en la demanda manifestó ser hija del presunto padre ya fallecido, y si resulta que el Tribunal declare, en base a lo alegado y probado en autos, que es hija del mismo, tiene por ende, derecho a suceder a su supuesto padre, pero la sentencia en la acción intentada de Inquisición de Paternidad es una acción declarativa y que su ejecución se limita a ordenar la inserción de tal estado en el Registro Civil, por lo cual al no discutirse sobre bienes, mal podrían decretarse medidas.

El Tribunal Superior, ante el caso planteado comienza ha señalar la naturaleza del proceso cautelar como medidas que sirven para garantizar las resultas del proceso, y dada la naturaleza propia de las providencias cautelares, proveen a eliminar el peligro mediante la constitución de una relación provisoria, pre-ordenada al mejor rendimiento practico de la futura providencia principal.

Por lo que afianzando el criterio en que en la Doctrina Comparada, autores como Jose Chioyenda, al referirse a la Sentencia Mero-declarativa,

comprende, *latu sensu*, todos los casos en que la sentencia del juez no puede ir de ejecución forzosa, declaran la inexistencia del derecho a la modificación del estado jurídico actual, modificación que no se realiza por medio de la ejecución forzosa sino que se actúa *ope legis* como consecuencia de la declaración del Juez.

Y una vez analizada la doctrina antes transcritas, concluye, que la acción intentada de Inquisición de Paternidad, es una acción Mero-Declarativa, cuya ejecución se llevará a cabo, a través de la participación al Registro Civil del nuevo estado del actor, sin que ello involucre dentro del presente juicio lo relativo a aspectos sucesorios, de partición de bienes, o de acciones de nulidad de venta por disposición de los mismos, confirmando la sentencia de primera instancia, negando las medidas cautelares y declarando con lugar la apelación.

De la misma manera, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, en fecha 8 de junio de 2.006, en el expediente N° 055682, incoado por el demandante en contra de los herederos del presunto padre, que por motivo de la Acción de Inquisición de Paternidad, conoció por la apelación de la parte demandada, ejercida en contra de de la sentencia interlocutoria, específicamente de la que decide la oposición al decreto cautelar, decretado en primera instancia.

Es preciso indicar, que en este caso, contrario al anterior, el Juez de Primera Instancia si decretó las medidas cautelares dentro de un procedimiento de filiación. Por lo que la parte contra quien obró la medida, apeló, ante la superioridad, la sentencia que a su vez declaro sin lugar la oposición contra tal decreto cautelar; que fuera dictado por el Juzgado

Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda; pero por motivos de que conforme al cómputo practicado evidenció, que la parte demandada formuló oposición a la medida extemporáneamente ; por lo que mantiene la medida decretada de prohibición de enajenar y gravar.

Ahora bien, con relación a la oposición por la falta de cumplimiento de los requisitos legales y concurrentes contenidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, se pronuncia el sentenciador en caso a la medida de Prohibición de Enajenar y Gravar, decretada por el A quo, que en el caso de las medidas preventivas se puede decir con propiedad que existe una relación de sustitución de la medida con respecto a la pretensión del actor, expresando en sentencia que:

“...De esta manera, si la pretensión versa sobre sumas de dinero, evidentemente que las medidas preventivas deben dirigirse al aseguramiento del pago, a través de medidas que garanticen que, si el derecho existiera, pueda ser satisfecho (...) Una vez dicho lo anterior debe quien decide mencionar que de la revisión de las actas constitutivas de la incidencia, se desprende que el juicio que dio origen a la medida, concierne a una pretensión de INQUISICIÓN DE PATERNIDAD (sic) la cual versa sobre el estado de las personas. Este tipo de acciones son de interés para el Estado, por estar vinculadas al orden público y a las buenas costumbres...” (<http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/99-8-05-5682-.html>)

Para fundamentar su motivación en el hecho de que a pesar de lo anterior, las acciones de estado, no son susceptibles de valoración económica, y en virtud de ello, mal podría decretarse una medida aseguradora, revestida o íntimamente relacionada a resguardar desde el punto de vista monetario, los resultados de un juicio que no posee tal carácter.

Es decir, que considero quien decidid en el caso planteado, el poder cautelar del juez y el derecho del actor a obtener el decreto cautelar, están

limitados por la función cautelar, esto es, por la instrumentalidad, que por esencia del mismo concepto de cautela, deben tener respecto a las resultas del juicio; y que esta, la instrumentalidad, falta cuando la medida se ejecuta sobre bienes ajenos o cuando se pretende precaver un derecho del actor no postulado en su pretensión; en consecuencia alega que no existe relación directa con la pretensión ejercida y la medida que fuera decretada; y en base a lo antes expuesto declara con lugar la apelación formulada y revoca sentencia dictada por el A quo y consecuentemente, levanta la medida decretada .

B.- Criterio de los jueces de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, respecto a las Medidas Cautelares en el procedimiento de Inquisición de Paternidad

En esta especial materia en donde el sujeto activo es un niño, una niña o un adolescente, o que quien actúa lo hace en nombre y en representación de ellos; existen tribunales especializados en el área creados por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dotados como se ha visto de poderes y facultades especiales.

Siendo oportuno precisar, que en materia de infancia y adolescencia de conformidad con lo preceptuado en el artículo 175 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes los Tribunales en esta área se organizan en Circuitos Judiciales, estando constituidos a su vez, por Tribunales en una Primera Instancia conformada por Jueces y Juezas de Mediación, Sustanciación y por Jueces y Juezas de Juicio; y por una Segunda Instancia, constituida por Jueces y Juezas Superiores.

No obstante a ello, por razones quizás económicas, por carecer de recursos para la creación de las Cortes como tal, en algunos estados no existen Tribunales Superiores especializados y por esa razón se le ha atribuido a los Juzgados Superiores con competencia Civil; la competencia para conocer sobre derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por esta razón en el desarrollo de esta parte de la presente investigación, se hace referencia a sentencias y decisiones proferidas por Tribunales especializados de niños, niñas y adolescentes de Primera y Segunda Instancia; así como a Sentencias de Juzgados Superiores de múltiples competencias entre ellas las de infancia y adolescencia.

Para iniciar, se expondrá el criterio de los jueces de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en algunas sentencias interlocutorias de Medidas Preventivas en los procedimientos de Inquisición de Paternidad, de Primera Instancia, para luego proseguir con las de Segunda Instancia.

En este orden de ideas, encontramos que el 24 de Septiembre de 2010, el Tribunal Quinto de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, en el expediente signado con la nomenclatura OP02-V-2010-000296; dicta sentencia interlocutoria, sobre la Medida Preventiva solicitada por la parte actora, específicamente Medida de Embargo Preventivo sobre las veinte mil acciones, de las cuales es titular el demandado de autos, sobre una sociedad mercantil.

El juzgador para emitir su pronunciamiento pasa a formular algunas observaciones sobre el artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, norma que prevé las medidas preventivas que

pueden decretarse en este procedimiento y el procedimiento para tal fin, concluyendo del análisis que formula que, para solicitar una medida preventiva en los procesos referidos a instituciones familiares, es suficiente con que la parte que lo solicite señale el derecho reclamado y la legitimación que tiene para solicitarla, pero que, para los demás casos como precisamente el que conoce que es de estado y capacidad de las personas, deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Continuando la sentenciadora haciendo referencia a doctrina y jurisprudencia, y niega el Tribunal, en su sentencia la medida solicitada, señalando:

“...Al respecto debemos decir, que en el caso que nos ocupa la sentencia que se generará del presente juicio es de las denominadas según lo contempla el artículo 507 del Código Civil sentencias declarativas de estado”, las cuales son aquellas en las que no se ordena ningún cumplimiento frente a un obligado, sino que se reconoce una situación jurídica preexistente. Este tipo de sentencia no apareja actos de ejecución; por lo que mal pudiera considerarse que quedaría ilusoria la ejecución del fallo, que es uno de los requisitos exigidos por la norma en referencia, para dictar medidas preventivas...” (<http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2010/septiembre/2397-24-OP02-V-2010-000296-OP02-V-2010-000296.html>)

En sentido opuesto a lo anterior, la interlocutoria decretada por el Tribunal primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Trujillo, con ocasión del Expediente N° JMS1-1863-2011, en fecha 12 de mayo de 2011; dictó medida cautelar innominada.

En esa sentencia, la juzgadora, basándose en la solicitud formulada por la parte actora, en la prolongación de la Audiencia de Sustanciación, procedió en base a lo establecido en los artículos 585 y parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 8, 367 en su literal “c”, 369, 371, 465 y 466- B de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; a pronunciarse sobre Medida Preventiva Innominada de Obligación de Manutención solicitada, analizando en primer término los requisitos o presupuestos para decretar la medida solicitada señalando que:

“...En el presente caso la verosimilitud del derecho reclamado y la legitimación de la demandante de solicitar Ayuda en la manutención de la niña...al ciudadano... es probada con la existencia de un hijo en común entre la solicitante de la medida y el demandado de autos(...) De igual modo con el Informe del laboratorio Clínico Analítico Briceño C.A. referido a los resultados de la Prueba de Paternidad que se realizaron los ciudadanos y a la niña (...) que contiene los resultados de la Prueba de Paternidad , en la que se señala (...) El perfil de ADN se realizó en muestras colectadas de la madre, del supuesto padre y de la hija....resultado de ADN sugiere al supuesto padre, como padre biológico, con un porcentaje de índice de Paternidad de 99,999999982931100...Demostrada además la capacidad económica del demandado de autos...y dada las necesidades naturales de la niña...)

Motiva su decreto la Juzgadora, en las medidas cautelares innominadas que son las que no tienen por finalidad garantizar la ejecución misma de las sentencias, sino lograr anticipadamente la satisfacción de los derechos que podrán ser reconocidos en la sentencia; medidas que son discrecionales, en el sentido de que permite al juez elegir, en el caso de ser fundamentada, la que posea las características necesarias y acordes para asegurar la efectividad de la sentencia, señalando que:

“...Por lo que se puede afirmar que la finalidad de tales medidas es asegurar que cierto derecho, por ser hecho efectivo en el caso

de un litigio en el que se reconozca su existencia, se pueden adoptar aun cuando las mismas, como en el caso de la Inquisición de Paternidad no encuadren en las medidas típicas (embargo, prohibición de enajenar y gravar y el secuestro); por ser las que tienen aptitud para asegurar provisionalmente la efectividad de un derecho...”

Por lo que en la sentencia en referencia, la juez, pretendiendo asegurar y garantizar la calidad de vida, así como el sustento, vestido, alimentación, salud, entre otros derechos, de la niña cuyos derechos e intereses estaban involucrados en el procedimiento, decreto medida preventiva innominada de ayuda y colaboración en los gastos de sustento, vestido, alimentación, salud, entre otros derechos, de la niña al pretendido padre. Es decir, hace uso de la tutela cautelar, bajo la modalidad de innominada y, decreta dentro de un procedimiento de inquisición de paternidad, una obligación de manutención a favor de la niña en contra del pretendido padre.

Seguidamente, pasaremos a analizar las sentencias proferidas por los juzgados superiores, que son especializados en materia de infancia y adolescencia y de los que tienen competencia múltiple por cuanto no ha sido creado el Tribunal Superior en la circunscripción judicial respectiva.

Hecha la consideración anterior encontramos la sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, de fecha 12 de julio de 2005, en el expediente signado con el N° 34262, contentivo de Cuaderno de Medidas del juicio que por Inquisición de Paternidad.

Juicio que fue seguido por el demandante en contra de los herederos del pretendido padre y que fuere instaurado por ante el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la misma Circunscripción Judicial, Juez Unipersonal N° 3, sentencia dictada con motivo de la apelación interpuesta, contra el auto dictado en fecha 11 de mayo de 2005, que acordó oficiar al Director de Recursos Humanos de la Dirección de Seguridad y Orden Público (DIRSOP), para que suspendieran el pago de los beneficios laborales que pudieran corresponder al ciudadano Barón Torres Charles Yobanny, (fallecido), hasta tanto dictara sentencia en esa causa, como medida innominada dentro de la acción de filiación paterna extramatrimonial.

Manifestando el juzgador que las acciones de esta naturaleza persiguen la declaratoria por parte de un órgano de administración de justicia, de la existencia o inexistencia de un vínculo jurídico en virtud de la falta de reconocimiento o duda acerca de su existencia sin que se considere que la sentencia sea condenatoria en esencia, así lo indica la doctrina que al respecto se ha tratado.

Para dar continuación con su motivación y pronunciar su respectiva decisión, el juzgador, indica que en el caso bajo análisis, no queda duda que la demanda es de mera declaración; que el asunto apelado se circunscribe al hecho de que el Tribunal de Primera Instancia consideró procedente acordar una medida consistente en la suspensión del pago de los beneficios laborales que pudieran corresponder al fallecimiento del pretendido padre, pero la Superioridad, consideró en base a criterios doctrinales que la decisión que recaiga sobre lo principal del pleito, en estos casos de inquisición de paternidad, debe limitarse a la mera declaración de la relación material preexistente alegada por la parte accionante.

Por consiguiente, no cabe acordar medidas como la que se acordó en el auto recurrido puesto que la acción no es de carácter patrimonial; por lo que no debió acordarse la medida cautelar en comento, y por lo tanto es imperativo concluir que debe levantarse la misma.

En igual criterio, cabe referirse a, la sentencia proferida por el Juzgado Superior Civil, Mercantil, de Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, con la especificación de que el caso que seguidamente revisaremos obró el referido juzgado en sede constitucional de niños, niñas y adolescentes, el 1 de junio de 2010; por solicitud de Amparo Constitucional, ejercido la parte contra la que obro la medida cautelar decretada, de embargo preventiva sobre bienes muebles por la Sala de Juicio Nº 1 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, en fecha 11 de Febrero de 2010, con motivo del juicio que por inquisición de paternidad propusiera en su contra la progenitora y representante legal de una niña.

Al respecto la sala de Juicio Nº 1 del Tribunal especializado en materia de infancia y adolescencia de la Circunscripción Judicial del estado Trujillo, decreto en un procedimiento de Inquisición de Paternidad Medida de Embargo Preventivo sobre un bien inmueble.

El Tribunal Superior, con competencia en materia de niños, niñas y adolescentes en sus motivaciones para decidir la controversia planteada, parte del hecho de la naturaleza jurídica que tiene la acción y del decreto de medida preventiva de embargo sobre bienes muebles propiedad del demandado; afirma además, que es evidente que se está en presencia de una acción merodeclarativa, de carácter no patrimonial, no apreciable en

dinero toda vez que tiene por objeto obtener la declaración de la filiación entre el demandado y la niña hija de la demandante.

Respecto a la medida, considera también que la medida preventiva de embargo es una cautelar que persigue asegurar las resultas de un juicio y precaver que no se haga nugatoria la ejecución de una sentencia que verse sobre cantidad líquida de dinero, o que mande entregar alguna cosa mueble o inmueble, o se condene al cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, y que su procedencia en aquellos juicios que tienen un contenido eminentemente pecuniario o patrimonial, no siendo posible su decreto en procesos como en el planteado.

Argumentado a favor de sus dichos el juzgador el hecho que la disposición contenida en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual se consideran apreciables en dinero todas las demandas, salvo las que tienen por objeto el estado y capacidad de las personas.

Por todo lo antes esgrimido, el Superior Civil de la Circunscripción Judicial del estado Trujillo, en el caso bajo examen considera que vulnera el derecho al debido proceso del demandado, al decretarse una cautelar que, por su propia naturaleza, no puede ser dictada en un proceso originado por la deducción de una pretensión que no persigue la satisfacción de un derecho de carácter económico, sino la declaración de un derecho humano, no apreciable ni estimable en términos dinerarios ni pecuniarios.

Aprecia igualmente ese Tribunal Superior que en el ejercicio del poder cautelar por parte de los jueces, éstos deben ponderar y tomar en consideración las peculiaridades y circunstancias propias del caso en el cual deban actuar tales facultades, pues, el embargo como medida preventiva, a

tenor de lo dispuesto por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, la decretará el juez sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria, lo cual es un determinante para el decreto del embargo; supuesto o requisito legal, dentro de los cuales no encajan las sentencias que se profieran en juicios que tienen por objeto el estado capacidad de las personas.

Por lo que como consecuencia, la declaratoria del Juez Superior fue la de anular el decreto de embargo y levantar, tal medida decretada por el Tribunal especializado en niños, niñas y adolescentes en primera instancia.

Ahora bien, en sentido contrapuesto a lo afirmado hasta ahora, la Corte Superior Segunda del Circuito Judicial del Tribunal de Protección del Niño, Niña y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el Asunto Principal signado con la nomenclatura AP51-V-2006-019928 que por motivo de Medidas Cautelares en el procedimiento de Inquisición de Paternidad conoció dicha Corte.

En este expediente, se emitió sentencia de fecha 02 de Julio de 2008, con ponencia de la Dra. Tanya María Picón Guedez , caso del recurso de apelación ejercido contra la sentencia interlocutoria de fecha 16 de enero de 2008, dictada por el Juez Unipersonal IV del Circuito Judicial del Tribunal de Protección del Niño, Niña y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró improcedente el pedimento efectuado por la parte recurrente, relativo a la solicitud de medidas preventivas, sobre bienes que fueron propiedad del de cujus, presunto padre del niño cuyos intereses se encuentran involucrados en el presente procedimiento.

Arguyo en su defensa, la parte recurrente, que acudió por ante los órganos jurisdiccionales, a los fines de que se estableciera legalmente la filiación paterna del citado niño, y en ese mismo sentido, se aseguren los eventuales derechos del niño, sobre los bienes que conforman el acervo hereditario, mediante medidas preventivas, pues de, según ella: de nada valdría que se estableciera la relación paterno filial, si con posterioridad, no podrían hacerse valer de forma efectiva los derechos que de ésta derivan.

En virtud de los alegatos esgrimidos por la parte recurrente en el acto de formalización, así como también argumentos señalados en el escrito de formalización, la Corte Superior, realizó algunas observaciones, para pronunciarse en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de la decisión de inquisición de paternidad; y en segundo lugar, sobre la procedencia o no del decreto de medidas cautelares en el caso que le ocupaba.

Al analizar la naturaleza jurídica de las decisiones que son proferidas en los Procedimientos de Inquisición de Paternidad, la Corte aludida manifestó, incide en que la acción de Inquisición de paternidad, tiene por objeto lograr una decisión judicial en la que se establezca legalmente la filiación paterna entre el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio, y el hombre que pretende tener por padre cuando éste no lo ha reconocido, es decir, el establecimiento a través de una decisión judicial, de la filiación paterna ,mediante una sentencia de las denominadas declarativas; las cuales se refieren única y exclusivamente a la declaración de la existencia o no de un derecho o relación jurídica que se encuentra en un estado de incertidumbre para una persona

Y para examinar la procedencia o no del decreto de medidas cautelares en el caso planteado, el mismo órgano jurisdiccional hacen referencia a la

Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada en el expediente Nro. 96-742, de fecha 16 de julio de 1998 con ponencia del Magistrado Alirio Abreu Burelli, señaló:

“...la norma del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, no tiene carácter absoluto, y que el efecto de la condición instrumental de la medida preventiva, no restringe la procedencia de ésta en todos los casos en que la acción sea mero-declarativa, por que ello dependerá de la finalidad y efectos de la una y de la otra. No pocas veces la naturaleza de la acción declarativa ejercida, implicará necesariamente unos efectos posteriores que ameriten o justifiquen la tutela cautelar, siempre por supuesto que se encuentren llenos los extremos correspondientes, como sucede a juicio de la Sala, en casos como el que aquí se examina, (inquisición de paternidad) en el cual el actor pretende se declare su condición de hijo de una persona fallecida y, por tanto de heredero en la sucesión ya abierta de la misma, en la que los bienes que la integran, han pasado presumiblemente a la posición y posibilidad de disposición de herederos aparentes o incluso de terceros...aún tratándose de una acción mero-declarativa; admite la posibilidad de que sean dictadas medidas preventivas...”(<http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/2094-2-AP51-R-2008-001752-AZ522008000079.html>)

Concluyendo la Corte, en le presente caso que el criterio jurisprudencial anteriormente transcrito, consagra la posibilidad de que en casos específicos de filiación, aún cuando se trate de juicios cuya decisión sea una sentencia declarativa del derecho y de carácter extrapatrimonial, se puedan decretar medidas cautelares, previo el cumplimiento de los requisitos que establece la ley.

En ese mismo sentido y muy relacionado con el caso antes expuesto, pero proveniente de la Corte Superior Primera del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, el 18 de marzo de 2009, en el expediente signado con la

nomenclatura AP51-R-2007-005313, por motivo de incidencias de medidas cautelares en un procedimiento de Inquisición de Paternidad.

En este procedimiento, la parte demandada apelo de las Interlocutorias de fechas 18 de diciembre de 2006 y 19 de marzo de 2007, dictadas por la Jueza Unipersonal N° XIV del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en las cuales decretó una serie de medidas preventivas sobre los bienes que conforman la masa hereditaria del de cujus, a fin de garantizar eventuales derechos sucesorales del niño involucrado en el procedimiento; por la solicitud de la demandante sobre el hecho de que era indispensable que el órgano jurisdiccional tomara todas las providencias necesarias para que se aseguraran, según lo alegado, los eventuales derechos del niño sobre los bienes que conforman la masa hereditaria.

Siendo preciso señalar que las medidas decretadas y de las cuales apelaban los herederos del pretendido padre, consistían en Medida Preventiva de Prohibición de Enajenar y Gravar sobre varios inmuebles; Secuestro sobre una embarcación; Medida de embargo preventivo sobre acciones y medidas innominadas.

Siendo acordadas, todas las medidas solicitadas en dos interlocutorias, es decir, que la Jueza de Primera Instancia, decretó las medidas solicitadas por la parte actora, a excepción de la medida preventiva de secuestro sobre una embarcación.

Concluyendo la Corte en referencia, sobre la base de lo antes explanado, que a los fines de dilucidarla la procedencia o no del decreto de medidas cautelares sobre derechos y patrimonio de la parte demandada,

apelante y formalizante, nuestro ordenamiento jurídico interno no expresa taxativamente disposición alguna que establezca, restrinja o prohíba tal posibilidad.

Explicando además la Corte en los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, se evidencian algunos de los grandes cambios. El primero, el cambio de paradigma, todos los derechos y garantías para todos los niños, niñas y adolescentes. Frente a esta Doctrina de la Protección Integral de rango Constitucional, que:

“... no permite dictar medidas cautelares en los juicios mero-declarativos, al menos en el presente caso de establecimiento de la filiación de un niño, resulta en interpretación de quien aquí decide, vieja y anacrónica para comprender la nueva situación jurídica que se traduce en la Doctrina de la Protección Integral....Cabe señalar, la concatenación de lo aquí interpretado, con la doctrina del Dr. Rafael Ortiz-Ortiz, autor de la obra: “El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas”, en relación al Poder Genérico de Protección en materia de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual manifiesta lo siguiente: “Las Medidas que puede acordar el juez en materia de menores (sic), no pueden catalogarse propiamente como Medidas Cautelares en sentido procesal, pues las mismas no están dirigidas al cumplimiento de un fallo principal, sino que están ordenadas a un Interés Superior y de orden público, como es el de los menores (sic)”.
<http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2093-18-AP51-R-2007-005313-AZ512009000033.html>)

Decidiendo, unánimemente la Corte de Apelaciones, que si existe la posibilidad de que se puedan decretar medidas cautelares en materia de Inquisición de Paternidad, tratándose de una acción merodeclarativa de derecho y de carácter extrapatrimonial, siempre y cuando, previo análisis respectivo, se de cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil

Llega a ilustrar incluso con la decisión de su homóloga Corte Superior Segunda, bajo ponencia de la Dra. Tanya María Picón Guédez, en sentencia de fecha 02 de julio de 2008, anteriormente analizada, que decidió un caso análogo al presente, con la misma identidad de partes no así, en su totalidad, de objeto, dispone el criterio que esta Alzada también hace suyo, y que se establece al unísono en criterio pleno de la Corte Superior de este Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a los efectos de dilucidar el presente caso.

Declarando por todo lo expuesto, parcialmente con lugar el recurso, limitándose solo a modificar las medidas decretadas, haciéndolo con carácter provisional, con vigencia durante el curso del juicio, hasta que se decida en fondo el juicio de inquisición de paternidad.

C.- Criterio del Tribunal Supremo de Justicia, respecto a las Medidas Cautelares en el procedimiento de Inquisición de Paternidad

Para iniciar el desarrollo de este punto, consideramos pertinente hacer referencia a una Sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 16 de julio de 1998, con ponencia del magistrado Alirio Abreu Bureli, en el juicio de Carlos Julio Rojas contra Ana Teresa Gandica de Moreno y otras, en el expediente N° 96-742, sentencia signada con el N° 544, cuyo contenido señala Pierre (1998), en relación a las Medidas Preventivas en Acciones merodeclarativas, en la que la parte recurrente solicita la suspensión de medidas por cuanto alega que en las sentencias merodeclarativas dan lugar a sentencias de esta índole, y por lo tanto no conlleva a actos de ejecución.

Motiva su decisión, el ponente, haciendo referencia al hecho, que si bien efectivamente se trata de una decisión merodeclarativa, que lo atribuido por la recurrente es decir, el hecho de que en este tipo de sentencias no hay riesgo que quede ilusoria la ejecución del fallo, y por tal motivo nunca se da el requisito de procedencias de las medidas cautelares, no restringe, al criterio del ponente, la procedencia la condición de instrumentalizada de la medida. Y cita por ejemplo, que en los casos de divorcio existen medidas preventivas, porque se dirigen a garantizar la efectividad de sentencia que no hace que declarar la disolución de la unión conyugal; pero por implicar directamente consecuencias patrimoniales, por ende se dictan en tales procedimientos de divorcio; ratificando lo planteado, con el hecho de que no en todos los casos, la naturaleza de la acción declarativa ejercida implica necesariamente efectos posteriores que ameriten la tutela cautelar, previa la comprobación de los supuestos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento civil.

Finalizando Pierre (1998) :

“en el caso como el que aquí se examina, en el cual el actor pretende, se declare su condición de hijo de una persona fallecida y, por tanto, de heredero en la sucesión ya abierta de la misma, en la que los bienes que la integran, han pasado presumiblemente a la posesión y posibilidad de disposición de herederos aparentes o incluso de terceros...la recurrida...realiza una falsa aplicación de su dispositivo al supuesto de hecho del caso, por ser éste, como se indicó, uno de los que por sus especiales características y finalidad aún tratándose de una acción merodeclarativa, admite la posibilidad de que sean dictadas medidas preventivas; para lo cual como de ordinario, deben ponderarse los distintos elementos de derecho y de hecho que contemplan los artículos 585 y siguientes de ese mismo código...”(p.409)

En base a lo expuesto, se puede afirmar que, según la extinta Corte Suprema de Justicia es posible admitir el decreto de medidas preventivas, en los procedimientos de filiación, aún cuando su decisión sea una merodeclarativa, siempre y cuando con los hechos planteados se configuren los elementos y la normativa previstas en los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, y ya dentro de la nueva estructura del Poder Judicial y del sistema de Justicia, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consideramos tres sentencias emitidas sobre el tema de la investigación, por distintas Salas, particularmente dos por la Constitucional y una por la de Casación Social.

Es importante reseñar, en primer término la Sentencia de la Sala Constitucional Nro. 1443 del 14 de Agosto de 2008; en la que la Dra. Luisa Estela Morales como ponente, desarrolla el derecho a la identidad y las implicaciones que este genera para el Estado, en un Recurso de Interpretación de los artículos 56 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que expone:

“...En este sentido, este derecho -identidad- lleva aparejado el derecho al nombre el cual se encuentra configurado por dos elementos, el nombre de pila y el apellido de los padres, el primero es disponible por sus representantes, ya que son éstos los que establecen el nombre ante las autoridades civiles correspondientes...”

(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1443-140808-05-0062.htm>)

Inicia su motivación con el derecho a la identidad, para afianzar que de ahí se deriva precisamente la importancia del resguardo del derecho de identidad de los ciudadanos, así como la protección integral de la paternidad y maternidad. Afirma que el Código Civil consagra en su artículo 201, una

presunción iuris tantum, para que, en virtud, del reconocimiento de los hijos concebidos dentro del matrimonio, éstos sean considerados como hijos del cónyuge de la madre; agregando que

“... Dicha presunción tiene íncita una finalidad social de protección al hijo y de la institución familiar, ya que, ante la posible falta de parentesco paterno, por no ser su padre el cónyuge de la madre sino hijo de una pareja extramatrimonial y su falta de reconocimiento voluntario por parte del padre biológico, la legislación patria establece una protección al niño de gozar inmediatamente al momento de su nacimiento una identidad legal, plena y expedita...Sin embargo, ello no restringe el derecho del marido ni el derecho del padre biológico de intentar la acción de desconocimiento judicial o la acción de inquisición de paternidad, según sea el caso, ante los órganos jurisdiccionales competentes...”

(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1443-140808-05-0062.htm>)

Surgiendo una interrogante, para la magistrada ponente, al realizar la motivación de la sentencia, que consistió, en saber que sucede en aquellos casos en los que dos personas se atribuyan la identidad paterna respecto a otra, qué identidad deberá prevalecer si la biológica o la legal; llevándola a definir, en consecuencia qué es la identidad biológica y la legal, en los siguientes términos:

“...los progenitores biológicos, es decir, su genoma. El patrimonio genético heredado a través de los cromosomas, que son portadores de los miles de genes con que cuenta el ser humano, establece la identidad propia e irrepetible de la persona...”

Por otra parte, la identidad legal, es aquella establecida mediante presunciones legales en las leyes patrias, o la que reconoce ciertos efectos jurídicos al consentimiento expresado por los cónyuges sobre sus hijos, como ocurre en el caso de la adopción o el reconocimiento como suyo, por parte del marido, de un hijo de pareja extramatrimonial mediante el consentimiento tácito al no interponer el juicio de desconocimiento de paternidad. También debe incluirse dentro de dicha categoría a la filiación declarada por los órganos jurisdiccionales competentes...)

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1443-140808-05-0062.htm>

De allí que cuando, exista contradicción entre la identidad biológica y la legal y, sea posible el conocimiento cierto de la identidad biológica de los ascendientes, ésta debe prevalecer sobre la identidad legal.

Esta sentencia confirma la naturaleza jurídica de que los procedimientos de Inquisición de Paternidad, al estar protegida por los artículos 56 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la paternidad y la maternidad, por lo que, la identidad biológica prevalece sobre la identidad legal y lo jueces y los funcionarios administrativos, debe tener por norte de sus decisiones y de sus actos tal criterio dentro de cualquier proceso judicial y administrativo.

En segundo término, analizaremos la sentencia de La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en el Expediente N° 03-1756 de fecha 28/09/2004, profirió una de las pocas sentencias sobre el tema que nos ocupa la presente investigación, ha pronunciado nuestro máximo Tribunal.

La sentencia fue dictada, específicamente, en el amparo interpuesto contra la decisión dictada, el 11 de junio de 2003 por la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en la acción de amparo constitucional interpuesta por el ciudadano Paulino Montilla, contra el acto dictado el 21 de noviembre de 2002 por el Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio, Juez Unipersonal

No. 3. y el oficio N. 02-2.413 de igual fecha, donde ejecuta dicha decisión, el cual versaba sobre el embargo del 30% del sueldo que percibe el accionante como profesor, embargo decretado en una demanda por inquisición de paternidad incoado por la progenitora a favor de su hijo.

El amparo como se dijo anteriormente es ejercido contra la decisión de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia que declaró improcedente la acción de amparo constitucional, contra la medida de embargo de la Juez Unipersonal No. 3 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en fundamento del artículo 466 de la Ley Orgánica de Protección de Niños y Adolescentes (1998) vigente para la época.

El accionante del amparo constitucional por su parte alego que la paternidad que desconoce es la de un niño que no es su hijo y que en base, de una paternidad que no posee ni la ha establecido sentencia alguna, un Tribunal ordenó el embargo de su sueldo y otros conceptos sin fundamento.

Es oportuno indicar que esta decisión de la Sala Constitucional del máximo Tribunal, fue proferida dentro del marco normativo de la reformada Ley Orgánica de Protección de Niños y Adolescentes, y la decisión sobre la cual el accionante de amparo data de fecha 21 de noviembre de 2002, cuando el mencionado Juzgado decretó medida de embargo sobre bienes del demandado, basándose en el “artículo 521 ordinal ‘c’ en relación al artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, establecían respectivamente:

“Artículo 521.-Medidas que pueden ser ordenadas.

El Juez, para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, podrá tomar entre otras, las medidas siguientes...

...c) adoptar las medidas preventivas que juzgue convenientes, a su prudente arbitrio, sobre el patrimonio del obligado, por una suma equivalente a treinta y seis mensualidades adelantadas o más, a criterio del juez. También puede dictar las medidas ejecutivas aprobadas para garantizar el pago de las cantidades adeudadas para la fecha de la decisión”.

Artículo 466: Las Medidas Cautelares podrán decretarse a solicitud de parte y su plazo será establecido por el juzgador en la resolución que las decreta. La parte que solicite una medida cautelar debe señalar el derecho reclamado y la legitimación del sujeto que la solicita. En el juicio de la privación de patria potestad, si se presenta un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por el demandante, el juez decretará las medidas que considere necesarias para garantizar la protección y seguridad del niño o adolescente, mientras dure el juicio. En todo caso y siempre que se estime indispensable el juez puede ordenar, de manera previa, la prueba tendente a acreditar los presupuestos indicados.

La resolución que decreta o deniega una medida cautelar será apelable en un solo efecto...(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/2308-280904-03-1756%20.htm>)

Finalizando la Sala con sus motivos para decidir con lugar la acción de amparo y revocar la decisión sometida a consulta, es decir, sobre el decreto de medida de embargo que:

“...en los juicios de inquisición de paternidad tienen sentencias mero declarativas, las cuales obedecen a que la pretensión de dichas acciones siempre es el reconocimiento de la filiación con el hijo, por parte del padre demandado. Dichas acciones no tienen carácter patrimonial, como si lo tienen las relativas a la obligación alimentaria, y es por ello, que el procedimiento determinado por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en la sección segunda del capítulo 4 del título 4, no establece como medidas cautelares, el embargo de sueldos, salarios o pensiones del demandado, como si lo hace en el procedimiento especial de alimentos y guarda. Ello es lógico, ya que la obligación alimentaria la tiene el padre cuya paternidad no está en duda con respecto al hijo, pero no quien aún no ha sido removido como tal...”
(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/2308-280904-03-1756%20.htm>)

Incluso establece la sala que en la decisión sobre la cual se pronuncia, se dictaron cautelares que no están previstos en procesos específicos, y en consecuencia considera que se produjo una infracción legal que a su vez ocasionó una lesión al derecho al debido proceso del accionante.

Para concluir con esta parte del capítulo relacionado con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo de Justicia, se analizará la sentencia proferida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del 8 de Agosto de 2012, con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, expediente AA60-S-2009-000578 en el juicio que por inquisición de paternidad, incoó la madre de un niño contra los herederos, del presunto padre.

El recurso de Casación ejercido contra la decisión dictada por la Sala de la Corte Superior Primera del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, de fecha 18 de marzo de 2009, y que fue comentada en el punto desarrollado con anterioridad en el presente capítulo.

Concretamente, el recurso objeto de revisión, es una sentencia interlocutoria proferida con ocasión de las medidas preventivas solicitadas por la parte actora en el procedimiento de inquisición de paternidad. Decisión que declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y anuló las sentencias interlocutorias dictadas el 18 de diciembre de 2006 y el 19 de marzo de 2007 por la Juez Unipersonal XIV de la Sala de Juicio del referido Circuito Judicial, las cuales resolvieron sobre las

medidas cautelares solicitadas por la parte actora; en las que la mencionada Corte acordó algunas de las medidas solicitadas.

Para entrar a decidir la sala hace la salvedad, que a pesar que se trata de un fallo provenientes de los Tribunales Superiores de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en los que se decida una incidencia concerniente a medidas cautelares o provisionales, y que la misma sala ha establecido que desde el 11 de agosto de 2009, tales incidencias son recurribles por la vía del control de la legalidad, en el caso antes descrito, el medio recursivo fue anunciado el 20 de marzo de 2009, fecha en la que aún no había entrado en vigencia la reforma procesal de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, lo cual ocurrió el 5 de agosto de 2010.

Ahora bien, manifiesta el magistrado ponente que todas las delaciones que anteceden están dirigidas a impugnar la decisión recurrida en lo atinente a las medidas cautelares solicitadas y no decretadas por la alzada, al revocar la decisión proferida por el *a quo*, por lo que la Sala lo que hace es ratificar el criterio sostenido en el fallo N° 1.919, de fecha 16 de diciembre de 2009, proferido con ocasión de otra incidencia de medidas cautelares surgida en la misma causa principal de inquisición de paternidad, en la cual se señaló que:

“...los juicios de inquisición de paternidad tienen sentencias mero declarativas, las cuales obedecen a que la pretensión de dichas acciones siempre es el reconocimiento de la filiación con el hijo, por parte del padre demandado. Dichas acciones no tienen carácter patrimonial, como si lo tienen las relativas a la obligación alimentaria, y es por ello, que el procedimiento determinado por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en la sección segunda del capítulo 4 del título 4, no establece como medidas cautelares, el embargo de sueldos, salarios o pensiones del demandado, como si lo hace en el procedimiento especial de alimentos y guarda...”

(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/0895-8812-2012-09-578.html>)

A juicio la Sala, y ratificando el criterio anteriormente transcrito de la Sala Constitucional en Sentencia N° 2.308, emanada en fecha 28/09/2004, en caso de acción de amparo constitucional incoada por Paulino Montilla contra el auto dictado el 21 de noviembre de 2002, por el Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en el sentido de considerar que en la decisión accionada se dictaron medidas cautelares que no se encuentran establecidas para el proceso específico por la legislación especial, y de tal forma “se produjo una infracción legal que a su vez ocasionó una lesión al derecho al debido proceso del accionante”.

Todo lo antes transcrito, relativo al criterio establecido, conlleva a la sala a reiterarlo profundizando los argumentos que sustentan el criterio en referencia, alegando para ello que si bien es cierto el artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes otorga al juez de protección facultades que van más allá de la cautelar, ello no quiere decir que tal potestad se manifieste como ilimitada; es decir, de que a pesar de que el mencionado artículo prevé la posibilidad de dictar otro tipo de medidas, que aunque no están dirigidas al cumplimiento del fallo principal, buscan proteger otros derechos de la infancia que pudieran verse vulnerados, de allí que tengan ahora una denominación más ajustada al fuero proteccionista como lo es el de medidas preventivas.

A tales efectos, señala la sentencia analizada que de la redacción de la norma del artículo 466 de la ley en materia de infancia y adolescencia de nuestro ordenamiento jurídico, dos son los requisitos de procedencia de

estas medidas, según el caso del cual se trate. En tal sentido se desprende de la interpretación de la norma que para que sean dictadas estas medidas preventivas que no persiguen garantizar la ejecución del fallo, si no la protección de los derechos del niño y del adolescente, es necesario señalar, como lo señala el fallo:

“...1) el derecho que se reclama y 2) la legitimación que se tiene para solicitar la medida, es decir, se prescinde en estos casos de demostrar la presunción grave del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y del derecho que se reclama...En los casos de inquisición de paternidad el derecho que se reclama es el de conocer y establecer la filiación paterna, se trata de una acción de filiación de naturaleza merodeclarativa, es decir, se persigue se determine la existencia del vínculo paterno-filial, del cual derivan un conjunto de derechos, entre ellos el del hijo de participar en la herencia del padre. En consecuencia, mientras este vínculo no es declarado, no existe derecho alguno que pueda ser señalado, ni mucho menos legitimación para solicitar una medida en el patrimonio de terceras personas, pues si bien los principios del interés superior del niño y de prioridad absoluta deben prevalecer en la toma de decisiones de los asuntos que les atañen, éstos deben ser ponderados en equilibrio con los derechos de las demás personas...”
(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/0895-8812-2012-09-578.html>)

Finaliza su motivación para decidir, sin lugar el recurso ejercido que, el magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, que las medidas preventivas por regla general son de interpretación restringida, afianzado lo dicho, con lo señalado por el Doctrinario Henríquez (2000) de que son de interpretación restringida

De allí concluya la Sala en la presente sentencia, que si la intención del legislador hubiese sido incorporar la aplicación de medidas preventivas de carácter patrimonial sobre, bienes del presunto padre o de su sucesión en los juicios de inquisición de paternidad, para garantizar eventuales derechos

que pudieran derivarse de la declaración de filiación, debía haberlo previsto en forma expresa:

“... como bien lo hace al establecer el catálogo de medidas contenidas en el citado artículo; no puede entonces deducirlo el interprete, pues las medidas preventivas deben ser por regla general de interpretación restringida...”
(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/0895-8812-2012-09-578.html>)

Cabe agregar, que en oposición a lo votado por la mayoría de los magistrados de la Sala de Casación Civil en la sentencia, la Magistrada doctora Carmen Elvigia Porras de Roa manifiesta su discrepancia con la decisión, salvando su voto, manifestando que el mismo obedece, a:

“...en términos estrictamente formales, es cierto que las sentencias declarativas sólo reconocen una situación jurídica preexistente, y en consecuencia, no son necesarios actos ejecutivos para garantizar la tutela de los derechos del actor, y tampoco se requeriría de medidas cautelares que garanticen la ejecución del fallo definitivo. Sin embargo, en el caso de autos se pretende el establecimiento de la filiación del niño respecto del *de cuius*, cuya sucesión está abierta, por lo que la sentencia definitiva eventualmente determinaría la vocación hereditaria del demandante, y con ella, sus derechos sobre la masa patrimonial de la sucesión, por lo que, negar la posibilidad de preservar este patrimonio, haría que la tutela judicial solicitada quede sin ningún efecto práctico...”
(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/0895-8812-2012-09-578.html>)

A juicio de quien disiente, en materia de protección a la infancia y la adolescencia, el Juez puede acordar medidas que no pueden catalogarse como medidas cautelares en sentido procesal, pues las mismas no están dirigidas a garantizar el cumplimiento de un fallo, sino que están ordenadas a la tutela del Interés Superior del Niño, además arguye el principio establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de ahí que estos sujetos de derecho, los niños, niñas

y adolescentes requieren de una protección especializada; llegando incluso a afirmar, la magistrada en su voto salvado que, en la reforma procesal de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, las medidas pasaron de:

“...ser cautelares a medidas preventivas, porque se busca con ellas la protección anticipada de los derechos de los sujetos especiales de derecho, es decir, de los niños, niñas y adolescentes, con mayor flexibilidad y sin las limitaciones propias del derecho procesal civil..”
(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/0895-8812-2012-09-578.html>)

Argumenta a favor de su opinión que:

“...Los efectos derivados de la filiación contienen un conjunto de deberes y derechos que pueden ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial, y en casos en que se demande con miras a establecer la filiación para evidenciar la cualidad de heredero, estos derechos patrimoniales pueden verse menoscabados si no se emplean medidas asegurativas del patrimonio sucesoral, toda vez que mientras se debate la filiación, los bienes que le corresponderían al accionante pueden ser dilapidados o disminuidos mediante la enajenación, adjudicación, cesión, o traspaso....En conclusión, atendiendo a la naturaleza de los derechos que se derivan del establecimiento de la filiación de un niño, niña o adolescente respecto de una persona fallecida cuya sucesión ha quedado abierta, y considerando las amplias facultades del Juez para garantizar los derechos de estos sujetos especiales a través de medidas preventivas, bajo la orientación del Interés Superior del Niño, consideramos que aún en este proceso con efectos meramente declarativos, podría ser necesaria la tutela cautelar negada por el Juez Superior, y en consecuencia, debió la Sala examinar todas las denuncias para determinar si en efecto el juez actuó ajustado a derecho al no conceder tales medidas...”
(<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/0895-8812-2012-09-578.html>)

Se observa entonces, tras los criterios establecidos por el Tribunal supremo de justicia, que contrariamente a lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, se establece que en los casos de inquisición de paternidad el derecho que se reclama es el de conocer y establecer la filiación paterna, se trata de una acción de filiación de naturaleza merodeclarativa, es decir, se persigue se determine la existencia del vínculo paterno-filial, del cual derivan un conjunto de derechos, entre ellos el del hijo de participar en la herencia del padre; pero mientras este vínculo no es declarado, no existe derecho alguno que pueda ser señalado, ni mucho menos legitimación para solicitar una medida en el patrimonio de terceras personas, pues si bien los principios del interés superior del niño y de prioridad absoluta deben prevalecer en la toma de decisiones de los asuntos que les atañen, éstos deben ser ponderados en equilibrio con los derechos de las demás personas.

Además considera nuestro máximo Tribunal que las medidas preventivas por regla general son de interpretación restringida, su aplicación no puede alcanzar, por analogía, a caso alguno que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sancionan; por lo que si la intención del legislador hubiese sido incorporar la aplicación de medidas preventivas de carácter patrimonial sobre: los bienes del presunto padre o de su sucesión en los juicios de inquisición de paternidad, para garantizar eventuales derechos que pudieran derivarse de la declaración de filiación, debía haberlo previsto en forma expresa, en las leyes. Por lo que no se debe, a criterio del Tribunal supremo de Justicia, dictar medidas cautelares que no se encuentran establecidas para el proceso específico por la legislación especial, para no cometer infracción legal que a su vez pueda ocasionar lesiones al derecho al debido proceso.

CAPITULO IV

MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD, EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

A.- Medidas Cautelares que puede decretar el Juez conforme a la legislación Colombiana, en los procedimientos de Inquisición de Paternidad.

Para realizar el desarrollo de este punto de la investigación consideró la autora que debía partir desarrollando las medidas cautelares en la legislación extranjera, así como las acciones de estado, y en especial, de la inquisición de paternidad; para finalmente poder identificar, cuáles medidas cautelares son decretadas por el juez, en la legislación comparada. En este sentido, se revisará en primer término, la legislación colombiana, seguidamente la española finalizando con el ordenamiento jurídico de Argentina, que fueron en definitiva, los derechos seleccionados para identificar tales medidas.

En la mayoría de los países, el legislador ha previsto mecanismos para garantizar que las decisiones judiciales que en definitiva se adopten se hagan efectivas. Esos mecanismos no son otros que las medidas cautelares, como dispositivos establecidos con el objeto de prevenir esas afectaciones al bien o al derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana, es decir, con el objeto de que la parte vencedora en un litigio, no quede burlada en su derecho; de esta manera, la tutela cautelar constituye

una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceder a la justicia.

Así, en el campo procesal civil colombiano, las medidas cautelares constituyen una excepcional institución de garantía del cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte dentro de un proceso, sin distinguir su naturaleza, ya se trate de un declarativo, liquidatorio, ejecutivo, entre otros. Es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico del hermano país, las medidas cautelares, son las actuaciones que tienden a garantizar los resultados del proceso del cual son accesorias.

Ahora bien, las medidas cautelares en Colombia presentan como rasgos característicos al igual que en nuestro ordenamiento jurídico la jurisdiccionalidad, instrumentalidad o litispendencia, provisionalidad, urgencia, mutabilidad, preventividad y accesoriedad.

Pero además, presentan como notas características a diferencia de nuestro derecho, la sumariedad, y taxatividad, que a continuación se explicarán.

La sumariedad, esta relacionada con el hecho de que las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente, a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia, es imprescindible que las mismas se decreten y practiquen antes de que el titular de los derechos cautelados tenga conocimiento de ellas; para no hacerla inoperante dicha figura en cuanto le daría al demandado la oportunidad de eludirla, impidiéndole al juez cumplir eficazmente su objetivo de proteger el derecho amenazado o violado y así

esta previsto en el artículo artículo 327 del Código de Procedimiento Civil Colombiano (1970).

Por su parte, la taxatividad , esta referida a que la regla general en el derecho colombiano es que las medidas cautelares deben ser decretadas bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén, ya que ellas han de ser expresamente autorizadas por el legislador. Es decir, que no existen en el texto normativo colombiano las medidas innominadas, aunque la Corte Constitucional, como al respecto afirma Restrepo (2006, p. 75) mediante una sentencia flexibiliza un poco su posición, al considerar que, en tanto las circunstancias fácticas y jurídicas lo ameriten, y con estricto cumplimiento del debido proceso, el funcionario judicial puede expedir providencias con fundamento en otras normas del orden jurídico y dentro de él, nunca por fuera de las normas jurídicas preexistentes al momento de dictar el acto jurídico.

En lo que se refiere a los presupuestos Restrepo (2006, p.76) para la mayoría de la doctrina dichos presupuestos son la apariencia de buen derecho (*fumus bonis juris*) y el peligro de la demora (*periculum in mora*), a los cuales otros suman la urgencia, el interés público y la estructura procesal, además de otros presupuestos que por su naturaleza específica se aplican a un determinado tipo de procesos y a otros no, tales como la exigencia de una caución, fianza o contracautela y la proporcionalidad.

Con relación a la contracautela, el derecho colombiano, específicamente la Corte Constitucional como bien señala Restrepo (2006, p. 78) ha indicado, que el afectado con las acciones preventivas no se encuentra desamparado por el régimen jurídico, ya que éste, con el fin de garantizar el ejercicio moderado y racional de las cautelas, ha previsto como

condición para su solicitud prestar una caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución, con el fin de responder por los perjuicios que se deriven de su indebida ejecución.

Así, el ordenamiento legal le permite al juez, mediante la contracautela, limitar la práctica de las medidas a lo necesario, de manera que el valor de los bienes embargados y secuestrados no excedan del doble del crédito cobrado, sus intereses y las respectivas costas, dejando también a salvo aquellos bienes que por ley son inembargables y los considerados esenciales para la modesta subsistencia del ejecutado

En otro orden de ideas y en lo que atañe a la oportunidad para solicitar las medidas cautelares, en el Código de Procedimiento Civil de Colombia, se prevé que puede ser antes de la notificación del auto admisorio o notificación al demandado, lo cual implica que es dable hacerlo con la demanda o con posterioridad a su admisión. O bien dentro del proceso, que son las solicitadas con posterioridad a la vinculación del demandado, o sea, una vez se le ha notificado el auto admisorio de la demanda antes de que se dicte sentencia de segunda instancia.

Resulta oportuno indicar que, en cuanto a la competencia La competencia para decretar y conocer del procedimiento de las medidas cautelares, recae en el juez que conoce del proceso en primera instancia. Sin embargo, en el caso del secuestro de bienes inmuebles y el embargo y secuestro de muebles, como su procedencia está condicionada a la apelación o consulta de la sentencia favorable al demandante, es viable también solicitarlas ante el funcionario judicial que conoce de la segunda

instancia, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 690, numeral 5, del inciso. 2° y numeral 8, inciso. 3° del Código de Procedimiento Civil de ese país.

En el orden de la idea anterior, el legislador concede al juez competencia para esa específica actuación y remitiéndose en cuanto a la forma de proceder al Artículo 356 eiusdem, según el cual antes de enviarse el expediente al superior, la secretaría debe compulsar copias de la piezas que el juzgado determine, para lo cual el interesado tiene que suministrar la expensas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto y expedirse dentro de los cinco posteriores.

Para finalizar los aspectos consdierados sobre la competencia para decretar medidas cautelares, según la legislación procesal civil colombiana vigente, nada dice la disposición en relación con la actuación a seguir cuando tales medidas cautelares se piden durante la segunda instancia, lo cual significa que quien conoce de esta es el competente para pronunciarse sobre la solicitud formulada por la parte interesada y practicarla, si es el caso, en forma similar a como le corresponde proceder al de primera instancia.

En lo que se refiere a los tipos de medidas cautelares en el derecho procesal civil colombiano, contempla el embargo y secuestro el artículo 690 establece las medidas cautelares que puede decretar el juez, en procesos ordinarios en el auto de admisión de la demanda que verse sobre dominio u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, de hecho o de derecho; y siempre a petición del demandante, por lo que no podrá acordarla el juzgador de manera oficiosa, las siguientes medidas:

- a) La inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual antes de notificar al demandado el auto admisorio, libraré de oficio al registrador haciéndole saber quiénes son las partes en el proceso, el objeto de éste, el nombre, nomenclatura, situación de dichos bienes y el folio de matrícula o datos del registro si aquélla no existiere. Debiendo prestarse caución que garantice el pago de las costas y perjuicios que con ella lleguen a causarse.

- b) El secuestro de los bienes muebles, la designación de secuestre y el señalamiento de fecha y hora para la diligencia, que podrá practicarse antes de la notificación al demandado del auto admisorio si así lo pide el demandante, quien para obtener que se decrete la medida deberá prestar caución que garantice los perjuicios que con ella pueden causarse; pero también de acuerdo a la norma del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, podrá formularlas el demandante en cualquier estado del proceso, antes de que se dicte sentencia de segunda instancia.

- c) El embargo de los bienes señalados taxativamente en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido prevé la norma en referencia que se puede decretar el embargo de bienes sujetos a registro; de los derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupa un predio de propiedad de otra; el de bienes muebles no sujetos a registro; el de un crédito u otro derecho semejante; el del crédito de percepción sucesiva; el de derecho o créditos que la persona contra quien se decrete el embargo persiga o tenga en otro proceso; el de acciones en

sociedades anónimas o en comandita por acciones, bonos, certificados nominativos de depósito, unidades de fondos mutuos, títulos similares, efectos públicos nominativos y títulos valores a la orden; el de acciones, títulos y efectos públicos, títulos valores y efecto negociables, al portador, se perfeccionará con la entrega del respectivo título al secuestro; entre otros bienes señalados en la norma.

En atención a lo anterior toda la normativa que regula el embargo y secuestro como medida cautelar, esta contenida en los artículos que van del 681 al 692 del Código de Procedimiento Civil de Colombia.

Es importante señalar dentro del embargo que la norma del artículo 684 establece una lista de bienes inembargables, además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, así por ejemplo dispone que los bienes de uso público; las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios; los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas, por mencionar algunos.

Adicionalmente a las medidas antes señaladas del procedimiento civil ordinario colombiano, en los procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y liquidación de sociedades conyugales, se prevé, conforme a lo dispuesto en el artículo 691 de la norma adjetiva, que cualquiera de las partes podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieren en cabeza de la otra.

Cabe agregar que Congreso de Colombia aprobó el nuevo Código General del Proceso, que entrará a regir plenamente en enero del 2014,

publicado en la Gaceta del Congreso el Proyecto de Ley Número 196 de 2011, Cámara, por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, viene a actualizar el Código de Procedimiento Civil que se expidió en 1970, modificado parcialmente a través de los años.

La reforma o el nuevo Código fortalece las medidas cautelares objeto del presente estudio, tanto nominadas como innominadas, en procura de un mecanismo efectivo y anticipado de tutela de derechos. Se aumentan las medidas cautelares en los procesos de conocimiento. Se consagra además, la llamada medida cautelar innominada, no previstas en el texto normativo analizado. En definitiva, incorpora, el nuevo Código, las medidas cautelares, indispensables para que se garantice el cumplimiento de los fallos.

Una vez finalizado de manera general una revisión de las medidas cautelares en materia civil previstas en el texto procedimental civil, es conveniente iniciar lo relativo a la filiación, y en especial a los procedimientos de inquisición paterna en el derecho colombiano, tomando como referencia la normativa aplicable prevista en el Código Civil (1887) ; a la Ley 1060 (2006) por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad y a la Ley 75 (1968) por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En el derecho colombiano, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. De igual modo prevé el derecho de toda persona a acudir a los tribunales con el fin de establecer su filiación real basándose en la relación de ésta con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido la Ley 75 por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en su artículo sexto dispone:

“Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

1. En el caso de rapto o de violación(...)
2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.
4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.(...)
5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.
6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo”.

De la norma anteriormente transcrita se evidencia que no hace referencia explícita al significado entre la filiación extramatrimonial y matrimonial; y se desprenden los casos en que hay lugar a la declaración de la paternidad extramatrimonial. De allí que la prueba de la filiación matrimonial en Colombia este determinada por el reconocimiento de los padres y la sentencia en juicio de filiación, al igual que en Venezuela.

Ahora bien, respecto al reconocimiento las normas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 75 establece la regulación para el reconocimiento voluntario de filiación paterna en Colombia. El reconocimiento es una confesión, un acto declarativo y es irrevocable, como afirman Valencia y Ortiz (1995). Es irrevocable pero admite impugnación

De las normas del reconocimiento en Colombia, se diferencia a la de nuestra legislación el hecho que prevé que el mismo, puede hacerse por un medio de una manifestación espontánea y directa ante un juez, cosa que en ninguno de los otros cuatro países ha sido establecido de manera expresa, al señalar el numeral 4 del artículo 1 de la ley 75 .

En relación a las acciones de reclamación de estado, el artículo 406 del Código Civil establece que el hijo, el padre o la madre son las personas legitimadas para ejercer dicha acción, es decir que la legitimación activa en las acciones de reclamación de filiación paterna corresponde al hijo y a la madre del hijo sobre el pretendido padre.

De igual manera el artículo 12 de la Ley 45 (1936) plantea que el hijo por sí solo o representado es parte de los juicios de filiación. Asimismo, prevé la legislación colombiana que en casos de que el sedicente hijo muera legitima a personas pero no dispone nada acerca de las condiciones, como si lo hace nuestro Código Civil .

En lo referente a las pruebas para determinar la filiación paterna al igual que en Venezuela, Colombia en la Ley 721 (2001) , modifica el artículo séptimo de la Ley 75 (1968) previendo que en todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior a 99,9%.; utilizando para ello la técnica del ADN. Establece de igual forma, que solo si, es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios, para emitir el fallo correspondiente; se podría concluir en este aspecto que la prueba principal es el ADN y las otras son subsidiarias.

Por otra parte, se admite al posesión de estado de hijo, pero establece el un lapso de la misma, al señalar el artículo 398 del Código Civil colombiano que dicha posesión deberá haber durado cinco años continuos por lo menos.; se puede afirmar entonces, que en Colombia para que la posesión de estados es admitida como prueba de estado civil debe durar cinco años por lo menos y demostrable mediante testimonio fidedigno, tal y como lo e dispone el artículo 399 del Código Civil.

Especial mención merece que en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en el artículo 6º de la ley 75, en el numeral 4 se prevé que se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente, en el caso que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según las normas del Código Civil de ese país pudo tener lugar la concepción.

Para concluir con las acciones de reclamación de estado, en particular de la filiación paterna, en la legislación de Colombia, hay que hacer referencia a la Ley 1060 por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad. Dentro de este orden de ideas está la norma del artículo sexto que modifica a su vez el artículo 218 del Código Civil señalando que el juez competente que adelante el proceso de reclamación de la paternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre.

De la misma manera, pero con ocasión de la Ley 721 por medio de la cual se modifica la Ley 75, en el artículo 7 se cambia el contenido del artículo

11 respectivamente, expresando que en todos los juicios de filiación de paternidad que este involucrado la filiación paterna de un menor de edad, conocerá el juez competente del domicilio del menor, mediante un procedimiento especial preferente.

Por su parte el artículo 8 eiusdem, que modifica al artículo 14 de la Ley 75, prevé que presentada la demanda por la persona que tenga derecho a hacerlo se le notificará personalmente al demandado, quien dispondrá solo de ocho días hábiles para contestarla, debiendo establecerse como advertencia en la notificación sobre los efectos de la renuencia a comparecer a la práctica de esta prueba. Con el auto admisorio de la demanda el juez del conocimiento ordenará la práctica de la prueba y con el resultado en firme se procede a dictar sentencia.

Por lo que en Colombia, en caso de renuncia y de conformidad con lo estipulado en el Parágrafo 1° de la norma del artículo 8 de la Ley 721, opera la presunción de la filiación paterna, en el caso que el pretendido padre renuncie a la práctica de la prueba, dándole la facultad al juez, de usar todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

Para finalizar el análisis de las medidas cautelares en los procedimientos de inquisición de paternidad de Colombia, se pudo apreciar de la revisión de la normativa legal que rige la materia, que no hay norma expresa que prevea decreto de estas medidas, en estos procedimientos.

No obstante a lo anterior, en Colombia los demandantes con el fin de garantizar las resultas del juicio solicitan medidas preventivas, para evitar que las decisiones queden en abstracto y no se puedan concretar las decisiones tomadas por el juez respectivo. De allí que en los procesos declarativos también son requeridas medidas preventivas, de manera excepcional, pues en estos procesos declarativos pues los derechos no están determinados como derechos contenidos en obligaciones, claras y exigibles como si lo hay en los procesos de ejecución.

Al respecto López (citado Sanabria, 2007, pag 78) con relación a las medidas cautelares en los procedimientos de filiación paterna señala:

“...debería permitirse el embargo y secuestro en todos los procesos ordinarios, desde el momento de iniciación, exigiendo una adecuada caución para responder por los perjuicios que pudieren derivarse de la actuación temeraria del demandante...un régimen de medidas cautelares más amplios en los procesos declarativos en especial el ordinario, que permita el embargo y secuatro desde cuando inicia la actuación, constituiría eficaz medio contra los efectos perniciosos de la morosidad judicial...”

Así en los procesos de familia ordinarios, en Colombia, entre ellos los de acción de filiación de paternidad o maternidad del presunto hijo mayor de edad. Tales medidas según el Código de Procedimiento Civil, que son de carácter patrimonial, pueden ser la inscripción de la demanda y secuestro de bienes

B.- Medidas Cautelares que puede decretar el Juez conforme a la legislación Española, en los procedimientos de Inquisición de Paternidad.

Las formas de tutela provisional o las denominadas medidas cautelares están reguladas sistemática y unitariamente en España en materia civil, en los artículos 721 al 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000), que sustituye a la Ley de 1881, cuya vigencia data del año 2001.

Es considerado, en el derecho español, como en la mayoría de las legislaciones, que la medida cautelar es el remedio arbitrado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del juicio, en orden a su eficacia. Su mecanismo operativo es sencillo, el juicio eficaz es el que otorga una completa satisfacción jurídica a las partes y no se limita a la mera “declaración” del derecho, sino que se prolonga incluso en una eventual fase de ejecución para cumplir en todo su alcance el pronunciamiento jurisdiccional. Sólo cuando la sentencia ha sido cumplida por completo alcanza su plena eficacia. Como esta meta se vislumbra ciertamente lejana al inicio del juicio, la solución idónea estriba en anticiparla o al menos asegurarla de alguna manera. La medida cautelar anticipa provisionalmente la ejecución o asegura su éxito, desde el propio momento inicial del juicio.

Esta, novedosa ley para los españoles, por una parte, ha unificado el sistema de medidas cautelares, incluyendo tanto las que podían considerarse típicas, y las innominadas. Por otro lado, se establece también un procedimiento único, de carácter simplificado, sumario, que sirve de vehículo para cualquier petición de tutela provisional. Eso sí, esta petición está

concebida en función de un juicio sobre el fondo, que debe discurrir paralelamente o con posterioridad, con carácter necesario.

Cabe destacar que en la legislación española las medidas cautelares consideradas, en sentido estricto, responden a unas características generales, que la ley ha fijado, así el artículo 726 prevé:

“...1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:

1.^a Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2.^a No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte...”

Las medidas poseen entonces en ordenamiento jurídico español, en materia civil, las características, en primer término de Instrumentalidad, o lo que es lo mismo, que están en función de un juicio pendiente, al cual se subordina instrumentalmente, y así esta previsto en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español. Más aún, su verdadera razón de ser no estriba en la pendencia del juicio, sino en su dependencia del objeto litigioso que en él se ventila.

Luego, como segunda características de las medidas, se encuentra la Temporalidad, dado que no nacen, las medidas cautelares, con una

vocación de perpetuidad, sino con una duración limitada, es decir, que están pensadas y diseñadas para cubrir el lapso de tiempo que tarda el juicio en llegar a su fin. Llega incluso a establecer, la legislación extranjera en revisión, que la medida no dura más de lo que dura el juicio principal, como esta señalado en los artículos 744 y 745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta característica permite, asimismo, la modificación de la medida a lo largo del juicio por variación de sus presupuestos, tal y como lo indican las normas del artículo 736 y 743.

La Anticipación de la Ejecución, es el tercer rasgo característico de las medidas cautelares; rasgo que, define específicamente a las medidas cautelares en sentido estricto en la legislación en comento. Y difiere de nuestro derecho, por cuanto no esta previsto en nuestra legislación, el hecho de que la medida cautelar opera anticipando en alguna medida los efectos de lo que será la futura ejecución de la sentencia, llegando incluso a señalar que traslada al momento inicial del juicio los actos de ejecución propios de esta etapa del juicio. La medida cautelar, en realidad, no hace más que anticipar la ejecución in natura, adaptándose al tipo de condena futura. La anticipación de la ejecución in natura se asume en algunos casos, no sin recelos, porque es la única forma de tutelar determinado tipo de condenas o de prestaciones: el hacer, el no hacer, la exigencia de determinadas conductas, entre otros.

Finalmente en relación con las características de las medidas cautelares en el derecho civil extranjero en referencia, el hecho que las medidas cautelares anticipan en gran medida la ejecución, les es también aplicable el criterio de proporcionalidad que rige para ésta. Se adopta siempre la medida menos gravosa, si es que los objetivos de cautela lo consienten, y así esta estipulado en el artículo 726, 1, 2ª de la Ley de

Enjuiciamiento Civil . Ello justifica que, como regla general, se pueda ofrecer la sustitución de la medida por una caución, según lo prevé la norma del artículo 746 eiusdem.

Por otra parte, y en lo relacionado con los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares, al igual que lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, las leyes españolas prevén cuatro presupuestos.

Los dos primeros son los mismos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil venezolano, que son la apariencia de buen derecho, es decir que la medida debe ser concedida no porque el solicitante ostente un derecho indiscutido sobre el objeto del juicio, sino simplemente porque su petición aparece como tutelable con la medida cautelar. Normalmente el *fumus* debe resultar acreditado por un principio de prueba de carácter documental; pero la Ley Enjuiciamiento Civil permite ofrecerla por otros medios no solo la documental y así lo establece el artículo 728, 2

Respecto al segundo presupuesto, que es el peligro por la mora procesal, porque como se manifestó la medida trata de paliar los riesgos de la duración temporal del juicio, el artículo 728, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

El tercer requisito, que difiere de nuestra legislación es la caución, dado que la concesión de la medida cautelar supone desde luego una gran ventaja inicial para el favorecido por la medida. Nada menos que obtiene al

inicio del juicio un adelanto de la ejecución. Como contrapartida, a ello la persona gravada por la medida debe obtener asimismo una garantía que la ponga a salvo de posibles abusos y que le asegure a su vez la indemnización de daños y perjuicios en caso de que, a la postre, se revele injustificada la concesión de la medida. Por ello, el otorgamiento de una medida cautelar debe ir subordinado en la mayor parte de los casos a la prestación de una caución por parte del solicitante de la misma. Ha dejado la puerta abierta a que el tribunal pueda no exigirla, encomendándose a la valoración de las circunstancias del caso como fue previsto en el artículo 728, 3 de la ley a la que hacemos referencia

Finalmente, el cuarto elemento para la procedencia de las medidas cautelares en el derecho civil español, tiene que ver con la pendencia simultánea o posterior del juicio principal; ya se ha dicho que la medida cautelar no tiene una autonomía propia, sino que aparece subordinada instrumentalmente a un juicio. Por ello, toda verdadera medida cautelar está concebida en función de un juicio pendiente. En ocasiones, puede incluso solicitarse la cautela anticipadamente, pero siempre ha de seguir el juicio en un corto plazo de tiempo. También puede preordenarse la medida en función de un arbitraje. Ambas posibilidades están homologadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 722.

En lo atinente al procedimiento de las medidas cautelares, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, pretendió establecer un procedimiento, respecto a las medidas cautelares de tipo único, que se reduce a la organización de los criterios de solicitud y concesión de la medida. El procedimiento de las medidas puede iniciar a instancia de parte, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales, de conformidad con el artículo 721 de la ley española.

La competencia esta atribuida para el tribunal competente de conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal; o el Tribunal para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos.

También esta previsto la posibilidad de adoptar medidas cautelares a prevención. Y sí esta previsto en el artículo 725 de la legislación en referencia que la competencia, en estos casos de medidas cautelares que se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial.

En lo que atañe al momento de la solicitud de las medidas cautelares como se ha reseñado, puede ser antes de la demanda, con y después. Ahora bien, en cuanto a la solicitud en sí de la medida, esta debe ser razonada (justificar los presupuestos de las medidas), documentada (acreditarlos y pedir prueba), ofrecer caución (tipo y justificación del importe) y razonar si debe concederse sin audiencia previa del demandado. De igual modo, es preciso señalar en este aspecto, que la decisión de la medida, considera la Ley de Enjuiciamiento Civil española, debe ser sin audiencia previa del demandado por el factor sorpresa, que no permita al demandado organizar su insolvencia o la frustración de los objetivos del juicio. Sin dejar por supuesto de lado, la audiencia del demandado para respetar el derecho a la defensa y la oportunidad de contradicción por parte del demandado.

Respecto al procedimiento de las medidas Cautelares en el procedimiento español, Ortells (2000) afirma que no hay un único procedimiento para resolver sobre las diversas medidas cautelares previstas por el ordenamiento, sino que el régimen jurídico de cada medida comprende no sólo la configuración de los presupuestos y efectos de ésta, sino también la ordenación más o menos completa de la actividad procesal para resolver sobre la misma.

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé que existe al Regla General del Procedimiento Único para la petición de medidas cautelares y también para la oposición a las mismas y para su revisión. Esta norma general se establece por una doble vía.

En primer lugar, la remisión a regímenes especiales de la tutela cautelar que hace el art. 727.11.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está limitada a la configuración de las medidas, a la regulación de sus presupuestos y efectos o contenido, pero no se refiere a la actividad procesal para resolver sobre las mismas.

En segundo lugar, la Ley Enjuiciamiento Civil, ha derogado expresamente las normas procedimentales relativas a las medidas cautelares reguladas en leyes especiales, incluso cuando ha optado por mantener como es el caso de la materia de patentes y de propiedad intelectual, las normas configuradoras de las medidas

La regulación única del procedimiento tiene, sin embargo, como señala Ortells (2000) excepciones, en las que, con mayor o menor amplitud, la actividad procesal para resolver sobre la tutela cautelar está sometida a normas específicas, las cuales son las medidas cautelares especialidad y

sobre los problemas que se pueden plantear en cuanto al procedimiento en estos casos, tales como: Medidas cautelares de procesos sobre capacidad de las personas, sobre filiación, paternidad y maternidad; Medidas provisionales en procesos matrimoniales y Embargos preventivos y depósitos judiciales especiales.

Ahora bien hasta aquí hemos revisado las medidas cautelares en el procedimiento civil español, ahora corresponde analizar las medidas cautelares previstas en la legislación civil española.

La legislación procesal civil, básicamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil es la fuente primordial de medidas cautelares; pero existen medidas previstas en leyes sustantivas especiales.

La legislación española no efectúa una lista cerrada de las medidas cautelares que pueden adoptarse. Así la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que se puede solicitar del tribunal la adopción de medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dicte posteriormente.; Ello supone que aun cuando inicialmente se enumeren un serie de medidas concretas, en todo caso se remite a una indeterminación. Por ello aunque se unifique una regulación procesal para la adopción de todas ellas, el pronunciamiento de las medidas para proteger el derecho puede ser variado, con el único requisito de necesidad de su estimación, para obtener la tutela efectiva instada al tribunal.

Entre las medidas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, específicamente en el artículo 727, se enumeran las siguientes:

1. El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de las sentencias que condenen a la entrega d cantidades de dinero, o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de ciertos precios.
2. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.
3. El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.
4. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.
5. La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.
6. Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.
7. La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

8. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.
9. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.
10. La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

Junto a estas, el último apartado del artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite al Juez acordar otras medidas no comprendidas entre las anteriores, de modo que la lista no constituye las únicas, porque señala, la norma en mención:

“...11.^a Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio...”

Ahora bien, ya analizada a groso modo, las Medidas Cautelares en el derecho Civil español, corresponde hacer lo mismo en cuanto al

procedimiento de filiación paterna, y específicamente a la inquisición de Paternidad, materia objeto de la presente investigación.

En el Libro IV Título I, se estipula, lo relativo a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, así en el Capítulo I, se prevén las disposiciones generales aplicables a los procesos que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad, dentro de los que configuran los de filiación, paternidad y maternidad; entre otros. La intervención del Ministerio Público es fundamental y obligatoria en estos procesos, tal y como esta previsto en el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 751 establece la indisponibilidad del objeto del proceso, en estas materias previstas en el capítulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil en referencia, manifestando que en los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción; el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los casos de los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refieran a filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento.

La tramitación de estos procedimientos de filiación, serán sustanciados, por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente ley.

Por su parte el Capítulo III del mismo Título IV de la ley española, establece todo lo concerniente a los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.

En este orden de ideas desde el artículo 764 al 768, esta todo lo relacionado a este tipo de procesos en el derecho civil español, por lo que según tales disposiciones la determinación legal de la filiación por sentencia firme, podrá pedirse a los tribunales, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil.

Los sujetos activos de estas acciones son el hijo menor o incapacitado y sucesión procesal, tal y como lo señala el artículo 765; cuando se traten del hijo cuya filiación se pretende determinar es menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente. Esta previsto de igual forma el procedimiento de filiación paterna por parte de los herederos del actor.

Mientras que los sujetos pasivos de estas acciones, como lo indica la norma del artículo 766, son las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos.

Al igual que en nuestra legislación, la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Se admite el reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de

los que se infiera la filiación, de modo análogo. Y prevé además la presunción que opera ante la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad, lo que da lugar según la disposición contenida en el artículo 767 de la ley en referencia, al tribunal para declarar la filiación reclamada, siempre y cuando, existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

Sobre la base de las consideraciones anteriores y en el tema especial que nos ocupa, el artículo 768 de la tantas veces mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil español, dispone las Medidas Cautelares que se pueden decretar en los procesos sobre filiación.

En este sentido, establece que:

“...1. Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

2. Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.

No obstante, cuando concurren razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y el Secretario judicial mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el Tribunal lo que proceda por medio de auto.

Para la adopción de las medidas cautelares en estos procesos, podrá no exigirse caución a quien las solicite...”

Cabe destacar que el párrafo segundo, en los términos antes expuestos, del apartado 3 de artículo antes transcrito, fue reformado, por el artículo 342 de la Ley 13/2009 de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Como ya se ha aclarado, en lo que se relaciona al procedimiento en este tipo de medidas, la regulación única del procedimiento tiene excepciones, en las que, la actividad procesal está sometida a normas especiales. En principio y como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los arts. 734, 735 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, cuando concurren razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y se mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el Tribunal lo que proceda por medio de auto.

En este sentido, la norma expresa contraria a la regla general establecida en el artículo 728.3, párrafo primero Ley de Enjuiciamiento Civil, puede consistir tanto en la disposición de no ser exigible caución, en el sentido de que su exigencia, es discrecional para el juez, el régimen de las medidas cautelares en los procesos de paternidad y filiación. Según el artículo 768.3 párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la adopción de estas medidas podrá no exigirse caución a quien las solicite.

En conclusión de la revisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España se puede afirmar que según el ordenamiento jurídico de ese país, existen Medidas Cautelares, expresamente y específicas para procesos

sobre pretensiones merodeclarativas o constitutivas; que puede decretar el Juez, en este sentido en los procedimientos sobre la filiación paterna, y por ende en los de Inquisición de Paternidad se prevé la potestad de decretar medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor. De igual forma prevé la posibilidad de que reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección sobre personas y bienes de la persona sobre la que se requiere la paternidad; es decir, de naturaleza patrimonial, como por ejemplo el aseguramiento de su patrimonio mediante la constitución de garantías reales sobre los bienes del presunto progenitor.

C.- Medidas Cautelares que puede decretar el Juez conforme a la legislación Argentina, en los procedimientos de Inquisición de Paternidad.

En Argentina el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 17.454 (1967), se encuentran contenidas las disposiciones generales y todo lo relacionado con las medidas cautelares de Argentina. Siendo importante acotar que antes de la promulgación de este Código por la ley mencionada no existía en el orden nacional argentino norma alguna que autorizara la aplicación de medidas cautelares no previstas en la ley, no obstante eran decretadas por la jurisprudencia bajo la modalidad de atípicas con el fundamento de que era el juez con su poder de administrar justicia, y por ende de juzgar quien tenía que evitar la posibilidad de que los fallos judiciales fueren inoperantes.

En la jurisprudencia Argentina las medidas Cautelares, son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar o mantener situaciones de hecho, existentes al tiempo de aquella y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que, en definitiva, recaiga sobre el proceso, como al respecto afirma Martínez (1990).

En lo que se refiere a los requisitos de procedencia de las medidas, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como en la mayoría de los códigos provinciales de procedimientos en materia civil y comercial, se exige acreditar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, para admitir la procedencia de la medida de embargo preventivo y así esta previsto en el artículo 210, inciso 1º.

Es decir que como lo señala Arruiz (2011) en el proceso civil argentino, cumplidos estos requisitos, el juez debe decretar la medida cautelar sin necesidad de oír a la otra parte que será afectada por la medida. El motivo de esta inaudiencia o no notificación de la otra parte, es decir, contra quien obra la medida, obedece a que su conocimiento previo podría desvirtuar los efectos cautelares pretendidos.

Para ampliar lo relativo a los requisitos o presupuestos exigidos por la legislación procesal civil argentina, es preciso acotar, que como al respecto se refiere Liebman (1980), en ese país, el dictado de las medidas cautelares responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o que tendrían por efecto convertir el daño temido en efectivo.

De tal modo, se asevera que en Argentina, el peligro en la demora, o también llamado *periculum in mora*, se vincula con el daño, el cual deberá

invocarse y acreditarse en modo particularizado, aun cuando no sea necesaria una prueba precluyente al respecto.

Aun cuando existen algunas diferencias de criterios en torno a la prueba de los requisitos en Argentina, en general también se exige la presencia del *periculum in mora*. Así, el artículo 211 del Código Procesal vigente, el peligro en la demora, como requisito de la medida cautelar, no debe ser acreditado, pues conforme ha sostenido la cátedra, y es principio doctrinal y jurisprudencial aceptado, que dicho peligro va *ínsito* en la tramitación del proceso, por el tiempo que se demora en llegar a la sentencia.

En consecuencia, solo restaría dilucidar si el requisito de acreditar la verosimilitud del derecho se suma a la demostración de los presupuestos contemplados en la norma de rito.

Respecto al *fumus bonis iuris*, se evidencia en la legislación procesal civil argentina, la existencia de este requisito indispensable para decretar las medidas cautelares atípicas, llamado en este país verosimilitud del derecho.

En ese mismo sentido, de los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares en argentina, según se ha citado, la contracautela, es exigida, en el procedimiento argentino para poder decretar la medida precautoria, o lo que es lo mismo, quien solicita la medida deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y así lo indica el artículo 199 *eiusdem*; es decir, cuando el requirente haya abusado o se haya excedido en el derecho que la ley otorga para obtenerla, porque establece esta última

norma la responsabilidad siendo condenado, por tal situación, a pagar los daños y perjuicios si la otra parte la hubiere solicitado.

Para finalizar lo que guarda relación con la contracautela como requisito de procedibilidad de las medidas cautelares en Argentina, hay que hacer mención a los artículos 200 y 201 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que establecen el primero de ellos, los casos en que hay exención de dicha contracautela, casos en que quien requiere la medida es la nación o una provincia; o los casos en que el solicitante actúe con beneficio de litigar sin gastos, como por ejemplo los menores de edad. Y el segundo de los artículos mencionados prevé la posibilidad de mejorar la contra cautela en cualquier estado del proceso, siendo esta mejora a solicitud de la parte contra quien obra la medida.

Ahora bien, el momento en el que pueden ser solicitadas las medidas esta previsto en el artículo 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, estableciendo que pueden ser pedidas, antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente.

Los requisitos que debe contener el escrito en el que la parte solicita las medidas son expresamente:

- El derecho que se pretende asegurar.
- La medida cautelar que se solicita.
- La norma o artículo de la ley en que se fundamenta.
- Y los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida.

Con relación a lo anterior y como tramite previo prevé el artículo 197 del Código a que se hace referencia que, puede ofrecerse el escrito donde se solicita la medida cautelar, acompañado de si queremos denominar un justificativo de testigos, con la indicación al tribunal de testigos que se ofrecen para interrogarlos, en la respectiva audiencia, quedando la declaración de tales testigos a criterio del juez.

La legislación argentina prevé que las medidas son válidas aún no hayan sido dictadas por un juez competente, siempre y cuando las haya dispuesto siguiendo las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero deberá declinar su competencia, debiendo remitir las actuaciones al órgano jurisdiccional competente, tal y como esta establecido en la norma del artículo 196

En lo que se refiere al procedimiento a seguir para el decreto de medidas cautelares, luego de interponer o solicitar las mismas, debe ser con actuación reservadas hasta tanto se ejecuten las medidas; al igual que en la legislación venezolana, se tramitan las medidas por expediente separado, al cual se agregarán, en su caso, las copias de las pertinentes actuaciones del principal. Son dictadas, las medidas, antes de notificar, citar o como lo establece la legislación sin audiencia de la otra parte. Se prevé la responsabilidad de quien pide la medida en caso de que cause perjuicios. Son recurribles los decretos de medidas cautelares en el procedimiento civil argentino y así lo indica el artículo 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Las medidas cautelares conforme a la legislación procesal civil en Argentina tienen carácter, al igual que en la legislación venezolana, provisional, específicamente al artículo 202 , según el cual estas medidas

subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron, por lo que en cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.

Cabe agregar que en el ordenamiento jurídico del país en referencia existen normas, las contenidas en los artículos 205 y 206 que el juez pueda ordenar la venta, en la forma más conveniente, si hubiere peligro de pérdida o desvalorización de los bienes afectados o si su conservación fuere gravosa o difícil; claro está que este supuesto es a solicitud de parte no de oficio y previa notificación de la otra, todo ello en un lapso breve y abreviando los trámites y habilitando el tiempo necesario. Por su parte el artículo 206 establece que, si la medida pesa sobre bienes muebles, mercaderías o materias primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines, que los necesiten para su funcionamiento; el juez está facultado, en caso de requerirlo la situación de autorizar la realización de los actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización.

En el orden de las ideas anteriores corresponde ahora hacer mención a las medidas contempladas en este Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que son:

- Embargo preventivo, previsto desde el artículo 209 al 220, todo lo concerniente a su procedencia, situaciones derivadas del proceso; forma en que procede, los bienes inembargables ratificando que pueden ser levantadas de oficio y a todo tiempo.
- Secuestro, igualmente procede el secuestro de bienes muebles o semovientes objeto del juicio cuando se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar

- Intervención Judicial regulándose todo lo relacionado con los tipos de interventores; su procedimiento en las normas previstas del artículo 222 al 227.
- Inhibición general de bienes y anotación de Litis, contemplados en los artículos 228 y 229.
- Prohibición de innovar y de contratar, previstas en los artículos 230 y 231, respectivamente. En el ordenamiento establecido por el código en referencia, se establece que podrá decretarse la prohibición de innovar, siempre que el derecho fuere verosímil, existiere el “peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho la modificación pudiera influir en la sentencia, artículo 230, incisos 1º y 2º.
- Medidas cautelares genéricas y normas subsidiarias, están contenidas en el artículo 232, y son las medidas innominadas existentes en la legislación venezolana. Para decretar estas medidas genéricas, es necesario que quien las requiera tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, es decir, que lo que, importa según el artículo 232 que regula este tipo de medidas; es acreditar el peligro en la demora.
- La protección de personas, cuyas normas están establecidas desde el artículo 234 al artículo 237.

Sobre la base de lo expuesto en lo concerniente a las medidas cautelares previstas en la legislación Argentina, es pertinente indagar sobre

la filiación y los procesos de inquisición de paternidad en la misma legislación.

Así el artículo 240 del Código Civil de la Nación Argentina (1969), establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción y que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; surtiendo los mismos efectos, la filiación matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, conforme a las disposiciones de este código.

Es decir que como en la mayoría de las legislaciones modernas prevé el Código Civil que la filiación puede ser extramatrimonial, y que ésta, surte los mismos efectos que la matrimonial.

El artículo 247 del mismo código señala que la paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio que la declare tal. Lo que significa que existe reconocimiento voluntario y reconocimiento forzoso.

Al mismo tiempo prevé, el Código Civil de esa nación que la determinación de la paternidad extramatrimonial se hace mediante una acción de filiación, la cual, como dispone el artículo 251 no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.

Cabe agregar, que al igual que en la legislación venezolana, desde el punto de vista de las pruebas que pueden ser admitidas en este tipo de procedimientos, el artículo 253, hace referencia a que será toda clase de pruebas, incluyendo las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte. Cuando se dispone que se efectúe la prueba biológica

es indispensable la colaboración de ambas partes. La negativa del demandado acarrea consecuencias jurídicas, ante el indicio previsto por el artículo 4 de la Ley 23.511 (1987) que establece, el hecho conocido de la negativa a someterse a los exámenes genéticos, sumado a otros concordantes que autorizan al juez a efectuar un razonamiento, que llevará a la convicción de que el padre alegado es en verdad el progenitor del niño

Es importante señalar que la legislación civil argentina hace una clasificación si se quiere de las acciones de filiación y consagra las de reclamación de estado y de impugnación de estado. Dentro de las primeras se encuentran las objeto de estudio de la presente investigación.

En este sentido el artículo 254 del Código Civil Argentino establece la acción de inquisición de paternidad, en los mismos términos que el Código Civil venezolano, en el sentido de que prevé, la norma en referencia que, los hijos pueden reclamar su filiación extramatrimonial, contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales.

No obstante a ello a pesar de que la norma del artículo antes mencionado, señala que es imprescriptible, este tipo de acción y que si el pretendido hijo fallece, sus herederos podrán continuar la acción iniciada por él; a diferencia de la legislación venezolana, permite entablarla, es decir, iniciarla; aún, si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz, y señala que:

“...si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su

acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos...”

Con respecto a los legitimados activos de estas acciones dijimos que es el hijo o sus herederos contra el pretendido padre; recalcando que dichas acciones podrán ser intentadas por el hijo en todo tiempo y que incluso los herederos podrán iniciar la acción iniciada por él. Mientras que el legitimado pasivo o contra quien se va a dirigir la acción es contra el pretendido padre o sus herederos, como se hizo referencia anteriormente.

Así, de la misma manera, conforme a lo dispuesto en el artículo 255 del Código Civil de Argentina, el Registro Civil tiene el deber de comunicar al Ministerio Público, todos los casos en que un menor aparezca inscrito como hijo de padre desconocido; a los fines de que la representación fiscal procure la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre, de forma extrajudicial o administrativa. Y en caso de que no sea establecida la filiación paterna, siempre que medie autorización de la madre del menor de edad, podrá promover la acción judicial de reclamación de estado.

En lo tocante a la posesión de estado como medio probatorio de la filiación paterna extramatrimonial, prevé el artículo 256 del código civil analizado que, ésta, siempre que sea, debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico.

Finalmente, respecto a la acción de reclamación de estado y en particular de la reclamación de filiación paterna, la legislación de ese país, en el artículo 257, establece la presunción de que el concubinato de la madre

con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario; por lo que corresponde al pretendido padre, en caso de haber mantenido una unión concubinaría con la madre del sediciente hijo, desvirtuar tal presunción.

Por su parte y en lo atinente a las Acciones de impugnación de estado, su regulación esta contemplada de los artículos 258 al 263 del texto normativo mencionado anteriormente.

Cabe mencionar que la ley de Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes , Ley 26.061 (2005) de Argentina, no hace referencia a medidas cautelares algunas en procedimientos judiciales.

Finalmente para culminar el análisis de las medidas cautelares en los procedimientos de inquisición de paternidad de este país suramericano, cabe acotar que el ordenamiento argentino carece un artículo similar al 768 de la nueva ley de enjuiciamiento española, pero que Kemelmajer (s/f) refiere en cuanto a las tutelas urgentes o sentencias anticipatorias, de alimentos durante el juicio de reconocimiento de la filiación extramatrimonial, que para ella, configuran un caso típico de tutela urgente anticipatoria en argentina.

Bossert (2004) al respecto considera que desde tiempo atrás se admite que si bien el derecho a reclamar alimentos se apoya en el emplazamiento en el estado de hijo, el carácter impostergable de las necesidades que los alimentos atienden autoriza otorgarlos, con carácter provisional, si el vínculo de filiación invocado surge prueba considerada verosímil

Hechas las consideraciones anteriores es preciso mencionar el fallo al que como afirma Kemelmajer (s/f), tiene más de medio siglo, de la Corte Federal Argentina, con voto de Alfredo Orgaz, Boffi Boggero y Aristóbulo A. de Lamadrid, afirmó que la decisión que subordina resolver sobre los alimentos a la prueba producida en un juicio ordinario de filiación se aparta de lo dispuesto por el art. 375 del Código Civil de ese país, marcando como afirma la autora un hito jurisprudencial, dado que, la resolución que priva irremisiblemente de alimentos hasta tanto una nueva resolución sea dictada, se debe considerar, por sus efectos, como una sentencia definitiva y, en ese sentido, contra ella procede el recurso extraordinario; y que además en la Argentina, Cecilia Grosman fue pionera en propiciar la admisibilidad de los alimentos provisorios mientras tramita el juicio por filiación extramatrimonial; citando :

“...para ello un viejo voto en disidencia del Dr. Bazán, del 26/8/1884. Decía ese magistrado que “la obligación alimentaria no nace del reconocimiento sino de haber engendrado hijos. La solución, revolucionaria en su época, hoy es aceptada por un amplio espectro de la jurisprudencia. Es frecuente leer en los repertorios que resulta “procedente la fijación de alimentos provisionales en los juicios de reclamación de la filiación extramatrimonial si la probabilidad de paternidad del alimentante se encuentra prima facie acreditada mediante el estudio de ADN”; “el pedido de alimentos provisorios formulado por quien reclama el reconocimiento de su filiación se encuadra en la figura de la medida anticipatoria dentro de la categoría general de lo que la doctrina conoce como “procesos urgentes”, esto es, el adelantamiento provisorio del objeto perseguido en la demanda y cuya procedencia definitiva se juzgará al momento de dictarse la sentencia de mérito; más aún, se ha hecho lugar a lo pedido pues la verosimilitud del derecho invocado se encuentra acreditada no sólo por la testimonial aportada, sino también por la insistente negativa de aquél de acceder a la realización de pruebas biológicas a fin de establecer la identidad filiatoria”

De acuerdo con lo anterior, como se trata de criterios jurisprudenciales aplicados en ese país, deben ser ejercidas de modo no abusivo.

En definitiva en lo relacionado con las medidas cautelares que puede decretar el juez conforme a la legislación argentina en los procedimientos de inquisición de paternidad, cabe destacar que el tratamiento es similar al del ordenamiento jurídico venezolano, no existiendo norma expresa que faculte la posibilidad de hacerlo; ni medidas de tipo innominada so especiales para este tipo de procedimientos.

CAPITULO V

MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDE DECRETAR EL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO DE INQUISICIÓN DE PATERNIDAD.

A.- Medida de Embargo de Bienes Muebles en el procedimiento de Inquisición de Paternidad.

En el presente capítulo, luego de la revisión doctrinal y jurisprudencial sobre los temas de medidas cautelares, acciones de estado y filiación paterna en la legislación venezolana y en el derecho comparado con algunos países, se realizará, un análisis sobre la base de los planteamientos explanados, de las medidas cautelares que pueden decretar el juzgador en los procedimientos de inquisición de paternidad.

Se ha dicho hasta ahora que las medidas cautelares son instrumento accesorio de una acción principal, que permiten garantizar la seguridad jurídica; y que la clasificación mas importante distingue las nominadas de las innominadas. En este orden de ideas, el Embargo de Bienes Muebles, se encuentra dentro de las medidas nominadas en nuestra legislación, es preventivo, y tiene por finalidad la aprehensión bienes muebles propiedad de aquel contra quien se dicte la medida, hecha por la orden de un juzgador.

El embargo de naturaleza preventiva, indica Ortiz (1997, p.150) es:

“una medida preventiva de carácter cautelar que, a solicitud de parte y en curso de un proceso, puede decretar el juez previa la comprobación de los requisitos de Ley, sobre bienes muebles propiedad de aquel contra

quien se dirija, y los cuales quedaran afectos a responder del dispositivo sentencial de condena expresado en la definitiva”

Por su parte el procedimiento de inquisición de paternidad es una acción declarativa de reclamación de estado, que busca establecer o determinar la filiación paterna extramatrimonial, con la respectiva sentencia definitiva.

De igual modo, se ha sostenido hasta ahora que los requisitos para la procedencia del mismo son los previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, es decir, la presunción del buen derecho así como demostrar la existencia de un riesgo manifiesto que quede ilusorio el fallo o el peligro en el retardo.

Siendo importe, luego de la revisión jurisprudencial, mencionar que el Embargo de Bienes Inmuebles ha sido decretado en varios casos expuesto en el capítulo tercero de este trabajo de investigación, so pena de haber sido revocadas, por el superior o por una de las Salas del máximo Tribunal de la República. Sobre todo, pero no de manera exclusiva, en los casos en que el pretendido padre ha fallecido y la acción es dirigida contra los herederos por la petición de la parte actora, alegando el riesgo de que sea dilapidado el acervo hereditario.

La urgencia ha sido fundamentado, en estos embargos de bienes, decretados como medidas preventivas, en las acciones de inquisición de paternidad, consiste en un mero juicio de posibilidades sobre el derecho sustancial de que se pretende titular el sujeto peticionante, por ser hijo de quien pretende mediante la acción, ponderando el juez tal posibilidad o probabilidad, en su apreciación con lo alegado en autos.

Es decir, que a pesar de que las acciones de inquisición de paternidad, son acciones de estado, declarativas de filiación paterna del hijo ha sido decretado el embargo de bienes inmuebles alegando al decretarlas los juzgadores que existe la posibilidad de hacerlo, siempre que sean ponderados, los requisitos de procedencia.

No obstante, todas estas medidas de embargo de bienes inmuebles decretadas, cuando la parte contra quien obra ejerce sobre ellas un recurso o se opone a las mismas; han sido, en su mayoría, revocadas por la superioridad a las cuales son sometidas para su conocimiento, por prevalecer el hecho de que en las acciones declarativas de inquisición de paternidad, no queda ilosurio el fallo, por cuanto, no es ordenado con esta acción, ningún cumplimiento frente a un obligado. Y puesto que el embargo de bienes inmuebles tienen por finalidad salvaguardar bienes, que sean suficientes para la ejecución de la sentencia definitiva que habrá de dictarse en el proceso principal o lo que es lo mismo, preservar los bienes para garantizar la ejecución de la sentencia.

B.- Medida de Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles en el procedimiento de Inquisición de Paternidad.

En lo que se refiere a la medida de prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, la misma no afecta ni perturba de manera inmediata al afectado, constituye una limitación al derecho de propiedad, para no vender ni traspasar la propiedad de un bien litigioso; por lo tanto su interpretación debe ser siempre restrictiva.

Para su procedencia explica Ortiz (1997, p. 185), debe cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, estos son *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Recae este tipo de medidas solo sobre bienes inmuebles. No obstante a lo anterior, la misma legislación prevé la denominada contracautela, por lo que, podrá ser decretada, esta medida, aún cuando no se encuentren llenos los extremos legales, del artículo 585, si la parte que la solicitare, diere caución o constituyere garantía, de las señaladas en el artículo 590 de la norma adjetiva.

Ahora bien al igual que el embargo de bienes inmuebles como medida preventiva, la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles ha sido decretada, como se ha visto, por algunos tribunales con competencia en distintas materias en Venezuela; pero también, con mayoría de aplicación, en los casos, en los que el pretendido padre este fallecido.

Según se ha visto cuando es decretada esta prohibición sobre inmueble, obedece a que de los autos del expediente, se logran determinar la concurrencia de los requisitos para el decreto de esta medida y que son el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*. Alegando al decretarlas los respectivos juzgadores que existen otros elementos como la posesión de estado de hijo o pruebas testimoniales para el buen derecho que pretenden tener y que el peligro en la mora, radica en el hecho de que en la espera de la sentencia declarativa de la filiación paterna definitivamente firme; no solo los herederos, sino también el pretendido padre cuando ha sido declarado esta medida de prohibición, pueden en ese transcurso de tiempo enajenar y gravar los bienes sobre los cuales es decretada la misma.

Consistiendo el decreto de la medida de prohibición de enajenar y gravar en estos casos de en la conservación de los bienes suficientes, oficiando al registrador del lugar donde este situado el o los inmuebles objeto del decreto, para que ejecute la respectiva orden de prohibir enajenar o gravar dichos bienes, anotándolo en el libro respectivo para abstenerse, el registrador, a protocolizar cualquier documento que enajeno o grave el o los inmuebles.

Pero, al igual que en los casos en los que han sido decretados embargo de bienes inmuebles, estos decretos de prohibición de enajenar y gravar bienes, cuando la parte contra quien obra se ha opuesto o ha ejercido recurso en contra del decreto, ha manifestado la superioridad correspondiente que conoce de la oposición o del recurso que la acción de Inquisición de Paternidad es una acción declarativa y que su ejecución se limita a ordenar la inserción de tal estado en el Registro Civil, es decir, que lo que se discute dentro del litigio es un estado de capacidad, meramente declarativa y no para asegurar bienes materiales o patrimoniales.

C.- Secuestro de Bienes determinados en el procedimiento de Inquisición de Paternidad.

De igual manera el secuestro judicial de bienes determinados es una de las medidas nominadas previstas en la legislación venezolana, y no es otra cosa sino como afirma Jiménez (1999) “ la posesión y libre disposición de una o varias cosas muebles o inmuebles materia de litigio, para preservarlo, en manos de un tercero, en favor de quien resultare triunfador”.

En otras palabras es un depósito de la cosa litigiosa hasta que se decida de quien es.

El artículo 599 del Código de Procedimiento Civil, establece las causales que hacen procedente al secuestro, y que ya fueron indicadas en el capítulo segundo del presente trabajo. Para su decreto, es necesario que concurren la presunción grave del derecho que se reclama y el peligro en la mora.

En cuanto a los bienes secuestrables señala Ortiz (1997) que el secuestro no procede sino exclusivamente sobre bienes que sean objeto de litigio, sean expresamente determinados o al menos determinables por la autoridad judicial.

Ahora bien, en lo que se refiere al secuestro de bienes determinados en los procedimientos de inquisición de paternidad, desarrollado ya, en el capítulo cuarto de esta investigación; los tribunales de la República se han pronunciado sobre las mismas. De lo que se infiere que existe precedente de su declaratoria como de la negación del secuestro.

Sobre la declaratoria de improcedencia del secuestro como medida cautelar en las acciones filiativas paternas extramatrimoniales, se afirma que obedece, a que en un juicio de inquisición de paternidad lo que se discute dentro del litigio es un estado de capacidad, por lo que se considera meramente declarativas.

Después de las consideraciones anteriores, es preciso indicar que cuando el secuestro de bienes determinados es decretado en los procedimientos de inquisición de paternidad, éste consiste en la entrega de

los bienes secuestrables al depositario, que es un auxiliar de justicia que recibe por encargo del tribunal los bienes secuestrados, para su custodia, conservación; recibiendo los bienes por inventario, para su respectivo cuidado.

Cabe agregar en último lugar, con respecto al secuestro en las acciones filiativas paternas extramatrimoniales, que, en los casos en que ha sido decretado el mismo, en estos procedimientos ha sido cuando la persona, de la que se inquiriere la paternidad ha fallecido, tal y como se reviso en capítulos anteriores.

Pero, no obstante a su decreto, al igual que en las otras dos medidas cautelares nominadas previstas en el Código de Procedimiento Civil, cuando el propietario de los bienes sobre los cuales recayó el secuestro, o sus herederos, según el caso, ejerce la oposición o recurso en contra de dicho decreto, el tribunal superior que conoce, levanta la medida por el criterio sentado por la Sala de Casación Social y Constitucional que en su oportunidad fueron detalladas en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación, alegando que se trata de acciones declarativas de estado, en este caso de la filiación paterna, y por ende, no son de carácter patrimonial y aún el pretendido padre haya fallecido, no procede el decreto de medidas cautelares por cuanto no existe manera de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

D.- Medida Cautelares Innominadas en el procedimiento de Inquisición de Paternidad.

Nuestra legislación adjetiva en materia civil, a diferencia de otras como la colombiana, prevé la facultad o poder del juez para dictar otras medidas distintas a las típicas o nominadas, como se ha observado a lo largo de los planteamientos hechos, que son las llamadas medidas innominadas.

Son estas medidas innominadas, las medidas preventivas atípicas o providencias de urgencia, complementarias o conservativas, dependiendo como afirma Jiménez (1999) “de la capacidad productiva del juez, en particular, y de la experiencia forense”, claro está previo el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico vigente.

Según se ha visto, están consagradas en principio, en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil; en los artículos 243 y 196 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario; en el artículo 137 de la ley Orgánica Procesal del Trabajo y en los artículos 465 y 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Su objeto y procedimiento para ejecutar las medidas en referencia, varía de acuerdo al contenido de la misma, dado a que las mismas son inespecíficas para evitar el daño o peligro en la mora; de allí la importancia de que como afirma Ortiz (1997) que las partes al solicitarlas suplan el silencio de la ley en cuanto al contenido de la medida que solicitan, para que el juez evalúe la pertinencia de ellas. En consecuencia de lo anterior, el

poder cautelar innominado no es absoluto, para no abusar indiscriminadamente de ellas.

La discrecionalidad para dictar medidas innominadas nunca puede convertirse en arbitrariedad de donde se deriva que son procedentes cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación, de modo que al demostrar la existencia de los requisitos exigidos por la normativa legal vigente, el juez debe decretarlas.

Así, las medidas innominadas en los procedimientos de inquisición de paternidad han sido decretadas por jueces civiles, como por jueces especiales en materia de protección de niños, niñas y adolescentes; basándose en la normativa del Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, niñas y Adolescentes.

En este sentido, alegan para decretar las medidas innominadas dentro de la acción de filiación paterna extramatrimonial, en los casos en que el sediciente hijo es un niño, niña o adolescente; que las medidas que puede acordar el juez, no deben ser catalogadas como cautelares en sentido procesal, pues las mismas no están dirigidas al cumplimiento de un fallo principal, sino que están ordenadas a un Interés Superior, que es el del niño, la niña o la adolescente protegidos con la legislación especial de infancia y adolescencia.

Además, afianzan su fundamento los juzgadores cuando decretan medidas innominadas, en el hecho de que pueden ser decretadas siempre y cuando se de cumplimiento a los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil para la procedencia de las medidas cautelares en general. Y que, en especial, cuando la acción se dirija contra los herederos

del pretendido padre ya fallecido; justifican su decreto, por el hecho de que a través de él, garantizan eventuales derechos sucesorales que pudieren corresponderle de comprobarse la filiación existente con el de cujus.

Incluso llegan a indicar los jueces de protección de niños, niñas y adolescentes como se ha citado en el capítulo tercero de este trabajo, que al no existir norma expresa en la legislación especial de niños, niñas y adolescentes, que limite o prohíba el decreto de medidas cautelares en los juicios merodeclarativos de derecho, en general, las medidas de cualquier tipo, pueden ser decretadas.

Porque en los casos de establecimiento de la filiación del niño respecto a un pretendido padre fallecido, cuya sucesión está abierta, la sentencia definitiva eventualmente determinaría la vocación hereditaria del demandante, y con ella, sus derechos sobre la masa patrimonial de la sucesión, de allí que , los efectos derivados de la filiación contienen un conjunto de deberes y derechos que pueden ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial; por lo que, negar la posibilidad de preservar los derechos patrimoniales haría que la tutela judicial solicitada quede sin ningún efecto práctico, aunado al hecho que, como se ha visto, los niños, niñas y adolescentes requieren una protección especializada

En oposición a lo anterior, cuando la superioridad, niega o revoca el decreto de las medidas innominadas, arguye el mismo criterio sostenido en el caso de las medidas cautelares nominadas, es decir, que la finalidad del procedimiento de Inquisición de Paternidad, versa sobre el estado de la persona sin que tenga significación económica, en ese proceso, como tampoco puede buscarse a través de alguna cautelar la eficacia de su declaratoria.

E.- Finalidad del Decreto de Medidas Cautelares en el procedimiento de Inquisición de Paternidad.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, visto además el tratamiento que en las decisiones los distintos órganos jurisdiccionales, han dado para el decreto de las medidas cautelares, resulta oportuno distinguir entre la finalidad de las medidas cautelares, sean nominadas o innominadas, cuando el presunto padre de quien se inquiera la paternidad esta vivo o ya ha fallecido.

En este orden de ideas, si el pretendido padre está vivo, la tutela cautelar debe perseguir o tener por fin, asegurar anticipadamente alguna eficacia a la decisión de fondo, evitando la frustración del sedicente hijo, cuando esta es previsible. Por ejemplo cuando el demandado de autos durante el procedimiento ha dilapidado su patrimonio; o en el caso de medidas innominadas como el establecimiento de medidas innominadas de obligación de coadyuvar en la alimentación del presunto hijo, en caso de ser un niño, niña o adolescente, manteniendo en este último caso la esencia de los derechos protegidos y del interés superior de estos sujetos especiales de derecho.

De manera semejante, pero en los casos, que son decretadas las medidas cautelares, y, el demandado de autos en el procedimiento de inquisición de paternidad ha fallecido; es decir, que va dirigida la acción, contra los herederos del de cujus; las medidas tienen como propósito, evitar la burla del derecho de la parte vencedora; bien porque al fin del juicio haya de encontrarse con que no existan bienes sobre que hacer efectivo la sentencia de la cual tiene derecho por la vocación hereditaria producto de la

filiación que pueda resultar determinada, en la definitiva a favor de la parte actora.

Para concluir lo referido con la finalidad de las medidas cautelares en los casos de sentencias merodeclarativas de filiación paterna extramatrimonial, cuando implica efectos posteriores; justifican la tutela cautelar, por la necesidad de restablecer el orden jurídico con el menor daño en los bienes o las personas; convirtiéndose en verdaderos instrumentos de justicia para que los efectos de este tipo de sentencia no sea ilusoria. Y en los casos de las medidas cautelares innominadas en los procedimientos a los que se alude en el presente trabajo de investigación, es lograr anticipadamente la satisfacción de los derechos que podrán serles reconocidos en la providencia final al presunto hijo. Claro esta, manteniendo, en el caso en que el hijo que inquiera la paternidad es niño, niña o adolescente la tutela del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

CONCLUSIONES

La legislación venezolana, el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que el estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad, comprende el derecho que tiene todo niño de conocer a sus padres (madre y padre), a mantener relaciones personales que reafirmen los lazos y vínculos filiales que los unen, así como a disfrutar de todos los derechos que se puedan derivar de los mismos. No puede justificarse la negativa de los seres humanos de asumir sus responsabilidades y obligaciones a través del hecho de desconocer o querer desconocer a un hijo, el cual al momento de ser concebido debe presumirse fue consiente de las responsabilidades que la concepción amerita.

Es importante resaltar que en la presente investigación se determino la posibilidad cualitativa y cuantitativa de dictar medidas cautelares en los procesos de filiación, específicamente, inquisición de paternidad, en virtud que es sabido que el tema ha sido debatido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y mas aun en los foros y praxis judicial.

En el desarrollo del análisis y estudio del tema planteado, se llega a diversas terminaciones, en primer termino en lo referido a la naturaleza del procedimiento de inquisición de paternidad, se trata de una acción de estado, en la que la pretensión se materializa mediante la obtención de una sentencia de las denominadas merodeclarativas, que lo que establecen es la filiación paterna entre el actor y demandado y cuyo efecto o ejecución según

la doctrina imperante es la de estampar la respectiva nota marginal en la partida del sediciente hijo, señalando que no tienen efecto patrimonial.

No obstante a ello, considera la autora, que si bien en principio, estas acciones de filiación paterna extramatrimonial, carece de efecto patrimonial, la determinación de la filiación paterna produce como efecto, una serie de derechos y deberes entre el progenitor y el hijo e hija.

En segundo lugar, las medidas cautelares dentro de los ordenamientos jurídicos cumplen una función protectora de las partes para hacer realidad mediante la materialización de la tutela judicial efectiva; del estado de derecho para el fin de obtener una justicia verdadera y una real vigencia de derechos; que buscan asegurar, anticipadamente, la eficacia a la decisión de fondo, para que no quede burlado su frustración.

Para la protección cautelar por parte del estado deben los órganos jurisdiccionales, verificar el cumplimiento de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, entre otros especiales para medidas particulares. Existiendo medidas nominadas e innominadas en las normas procesales venezolana, atendiendo a si se encuentren o no, previstas en los textos normativos y reguladas por la ley; todo ello, dentro del poder cautelar del juez. Disponiendo la legislación venezolana, en distintas leyes adjetivas como laboral, de infancia y adolescencia y agraria, entre otras materias; de medidas nominadas e innominadas, para garantizar la tutela judicial efectiva.

En tercer lugar y producto del análisis de las medidas cautelares decretadas en el procedimiento de inquisición conforme a las decisiones de los tribunales de la República, se observó que son decretadas medidas cautelares nominadas e innominadas en los procedimientos de inquisición de paternidad, en las distintas instancias, sobre todo cuando el hijo o la hija reclamante, es un niño, niña o adolescente. Sin embargo, se pronuncian

también a su favor los jueces cuando se trata de que el actor sea mayor de edad, pero con la particularidad de que en esos casos, la acción va dirigida en contra de los herederos del pretendido progenitor, en busca de protección de derechos de carácter eminentemente patrimonial.

A pesar de ello, cada vez que es ejercido recurso en contra del decreto de las medidas cautelares en estos procedimientos, la superioridad, revoca o declara improcedente las apelaciones ejercidas cuando las medidas son negadas. Y ello, en base al criterio sostenido por la Sala Constitucional y recientemente por la de Casación Social del máximo tribunal de la República, por ser el criterio jurisprudencial el hecho que las acciones de estado su sentencia es merodeclarativa y no tiene efectos patrimoniales y que además no se dan los requisitos de procedibilidad de tales medidas.

En cuarto lugar al realizar la investigación del presente tema en el derecho comparado, específicamente en las legislaciones de Colombia, España y Argentina, se pudo apreciar que en Colombia y Argentina, la situación no es muy diferente a la legislación patria. Dado que no se establecen de manera taxativas medidas cautelares en estos procedimientos, y además la acción de filiación paterna es considerada una acción de estado, y por ende de orden público, cuyo fin es determinar la relación paterno filial entre un padre y un hijo o hija. En sentido opuesto a lo anterior, en el derecho español, si se contempla de manera expresa la posibilidad de que el juez dentro de los procedimientos de filiación, sin establecer diferencias, pueda decretar medidas cautelares, especialmente la provisión de alimentos durante el proceso, con derecho a repetir por parte del actor en caso de que la sentencia sea declarada sin lugar en la definitiva.

Por último, luego de la revisión de doctrina, jurisprudencia y derecho comparado sobre el tema de investigación al analizar las medidas cautelares que puede decretar el juez en los procedimientos de inquisición de paternidad; es criterio de la autora, que dado al ordenamiento jurídico

vigente y al criterio establecido por el tribunal supremo de Justicia, no puede el juez decretar una medida cautelar dentro de esta acción, por cuanto la misma es susceptible de ser revocada.

Pero, en contraste a ello es considerado que atendiendo a la situación específica planteada en el caso, como por ejemplo el hecho que el actor sea mayor de dieciocho años o se trate de un niño, niña o adolescente; o que la acción vaya dirigida en contra del pretendido padre o en contra de sus herederos; y partiendo además de que la filiación paterna, una vez establecida, produce como consecuencias, una serie de derechos y deberes a favor del actor, es pertinente que sea flexibilizado el criterio jurisprudencial, para incluso posteriores reformas o modificaciones de los textos normativos, particularmente en materia de niños, niñas y adolescentes, en donde los sujetos de derechos están amparados por principios como el del interés superior y la prioridad absoluta por amerita de una protección integral especial.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Aguilar, J. (2008). Derecho Civil. Personas (21^a. Ed.). Caracas: UCAB.
- Arruiz, S. (2011). **Medidas Cautelares Clásicas y su Incidencia en la Prevención de Daños**. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011: Derecho de daños: principios de prevención y precaución. Tucumán: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Tucumán. Comisión n° 3: Consultado el 10 de Septiembre de 2012 : <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C3/C3-014.pdf>
- Balzan, J. (1986). **Lecciones de Derecho Procesal Civil**. Caracas: Editorial Sulibro.
- Baumeister, A. (2002) **Anotaciones al Régimen de las Potestades Cautelares del Órgano Judicial en los Nuevos Procedimientos en materia de Niños y Adolescentes**. Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente. Obra conjunta. Compliador Cristóbal Cornéeles. Caracas: Editores Vadell Hermanos
- Bianco, (1997). **Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones** (XX. ed.). Caracas: Mobil-Libros.
- Borjas, A. (1979) **Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**. Caracas: Librería Piñango.
- Bossert, G. (2004) **Régimen jurídico de los alimentos**. Buenos Aires: ed. Astrea, n° 218.
- Brewer A. y Hernández V. (2011). **El contencioso administrativo y los Procesos Constitucionales**. Caracas: Editorial jurídica venezolana.
- Cantor, M. (2007). **Medidas Preventivas y el Poder Tutelar en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007)**.

- Código Civil de Colombia. **Gaceta del Congreso Senado y Cámara**, Nro. 153. (Cámara), agosto 15 de 1887
- Código Civil de Venezuela. (1982). **Gaceta oficial de la República de Venezuela**, 2.990 (Extraordinario), Julio 26 de 1982.
- Código General del Proceso de Colombia (2011) .**Gaceta del Congreso Senado y Cámara**, Nro. 196 (Cámara), Marzo 29 de 2011.
- Código de Procedimiento Civil de Colombia (1970). **Gaceta del Congreso Senado y Cámara**, Nros. 1400 Y 2019. Agosto 6 y Octubre 26 de 1.970
- Código de Procedimiento Civil de Venezuela. **Gaceta Oficial de Venezuela** N° 3.694 (Extraordinario), Enero 22 de 1986.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (1997). **Boletín Oficial**, Ley Nro. ° 17.454.
- Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Constitución Nacional de la República de Argentina (1853) con reforma de 1994. Consultado el 15 de Septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>
- Combellas, R.(2001) . **Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Caracas: Mc Graw Hill.
- Couture, E. (1976). **Vocabulario Jurídico**. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Chavero, R. (2001). **El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela**. Editorial Sherwood.
- Domínguez, M (2008). **Manual de Derecho de Familia**. Caracas: Colección Estudios Jurídicos.
- Duque, R. (1999). **Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario**. Tomo II. Colecciones Manuales de Derecho. Caracas: Ediciones Fundación Projusticia.

Henríquez La Roche, R. (1987) **Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil**. Maracaibo: Editorial Maracaibo

_____(1997). **Código de Procedimiento Civil**. Tomo IV. Maracaibo: Centro de Estudios jurídicos del Estado Zulia.

_____(2000). **Medidas Cautelares. Según el nuevo Código de Procedimiento Civil**. Caracas: Liber.

Hernández, S. et al. (2006). **Metodología de la investigación**. (4^{ta} ed.). México: McGraw-Hill.

Hernández, V. (2003). **El Amparo Constitucional desde la Perspectiva Cautelar. El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI**. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo I. Civitas. Madrid.

Huguet, E. et al. (1988). **Introducción a la investigación biológica de la paternidad**. Barcelona: Promociones y publicaciones universitarias.

Jimenez, S. (1999). **Medidas Cautelares**. Caracas: Kelran Editores.

Kemelmajer, A. (s/f) **Derecho Procesal de Familia**. Principios procesales. Informe de la parte especial. Consultada el 12 de Agosto de 2012. Disponible en:
http://www.aadproc.org.ar/pdfs/Ponencias/Procesal_de_Familia_Kemelmajer.

Labrador, A. (2004). **Medidas Cautelares**. (Tesis Especialista en Derecho Procesal Civil).

Ley 13/2009 (2009). Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial. **Boletín Oficial del Estado**, 266, Noviembre 4 de 2009.

Ley 45 (1936). Sobre Reformas Civiles (filiación natural). **Gaceta del Congreso de Colombia**. Marzo 5 de 1936.

Ley 75 (1968). Por la cual se dictan Normas sobre Filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. **Gaceta del Congreso**

Senado y Cámara de Colombia, Diciembre 30 de 1968.

Ley 721 (2001). Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968. **Diario Oficial de Colombia**, 44.661, Diciembre 29 de 2001.

Ley 1060 (2006), por la cual se modifican las Normas que Regulan la Impugnación de la Paternidad y la Maternidad. **Diario Oficial de Colombia**, 46.341, Julio 26 de 2006.

Ley de Banco Nacional de Datos Genéticos de Buenos Aires (1987). Nro. 23.511. **Boletín Oficial, Julio 10 de 1987**. Consultado en: <http://www.sagf.org.ar/sections.php?op=viewarticle&artid=9>

Ley de Enjuiciamiento Civil de España 1/2000. (2000). **Boletín Oficial del Estado**, 7. 1/2000, Enero 8 del 2000

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. (2010). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 5.991** (Extraordinario), Julio 29 de 2010.

Ley Orgánica de Registro Civil. (2009). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 39.264, Septiembre 15 de 2009.

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. (1998). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 34.541 (Extraordinario), Octubre 2 de 1998.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente. (2007). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 4.859 (Extraordinario), Diciembre 10 de 2007.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 37.504, Agosto 13 de 2002.

Ley para Protección de Familia, la Maternidad y la Paternidad. (2007). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 38.773, Septiembre 20 de 2007.

Liebman, E. (1980). **Manual de Derecho Procesal Civil** (Trad. Santis S.). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa- América. (Original en italiano, 1980)

- Martin, A. (2003). *Las Medidas Cautelares en la ley Orgánica Procesal del Trabajo*. En: **Derecho Procesal del Trabajo**. Barquisimeto: Pitágoras respuestas inteligentes.
- Martinez, R. (1996). **Medidas Cautelares**. Buenos Aires: Editorial Universitaria.
- Molina, E., y Viggiola, L. (1999). Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. **Memoria del Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el siglo XXI**. (pp. 1-2) Buenos Aires: Asociación de Abogados de Buenos Aires. [Revista en línea]. Consultado el 27 de Abril de 2010 en <http://www.aaba.org.ar/bi15701.htm>.
- Morales, E. (2008). **Las medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil Venezolana**. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nº 4, 503-525. Consultada en
- Ortells, M. (2000). **Las Medidas Cautelares**. Colección Ley de Enjuiciamiento Civil. *España*: Universitat de Valencia
- Ortiz, L. (1995). **Jurisprudencias de Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo 1980-1994**. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana.
- Ortiz, R. (1997). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas**. Caracas: Paredes Editores.
- _____ (1999). **Las Medidas Cautelares Innominadas**. Tomo I, Caracas: Paredes Editores.
- _____ (2002). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas(en el Ordenamiento Jurídico Venezolano)**. Caracas: Fronési.
- Perera, N. (1986). **Pruebas de Paternidad**. Caracas: Magon.
- Pierre, O. (1998). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. Tomo7. Julio, 1998. Caracas: Autor.
- Restrepo, M. (2006). **Balance de la Jurisprudencia Constitucional sobre la Tutela Cautelar Judicial**. Revista Vniversitas. Universidad delRosario.

(Colombia) N° 112: 63-90, julio-diciembre de 2006. Consultado en fecha 6 de julio de 2012, disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/Restrepo3correg.000.pdf.

Rondón, P. (2010). **La Motivación de la Tutela Cautelar**. Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela. Ediciones Homero, III.

Rodriguez, R. (2008). **Medidas Cautelares en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio del estatuto de la Función Pública**. (Tesis de Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Católica del Táchira).

Torres, A. (1990). Evolución y perspectiva del Derecho de Familia. **Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**, [Revista en línea], N° 78, 225-240. Consultada el 29 de Marzo de 2010 en: www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUC/78/rucv_1990_78_223220

Tribunal Supremo de Justicia (2012), [Consulta en línea]. Consultada el 10 de Julio de 2012 en: www.tsj.gov.ve

Varsi, E. (2001). El proceso de filiación extramatrimonial [Libro en línea]. Consultado el 10 de Abril de 2010 en: www.issuu.com/evarsi/docs/

Villarroel P. (1997). **Del Procedimiento Cautelar de Tercería y del Embargo Ejecutivo**. Caracas: Edic. Libra.

Yunis, E. **La prueba de ADN**. En: Familia, Tecnología y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Colombia: 2002 ISBN