



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO PROCESAL**

**LA TUTELA PREVENTIVA Y CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL
VENEZOLANO**

Trabajo Especial de Grado para optar
al título de Especialista en Derecho
Procesal

Autor: Frank Luis Mila Maldonado

Asesor: Rafael Ángel Villavicencio

Caracas, febrero de 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO PROCESAL

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano **Frank Luis Mila Maldonado**, titular de la Cédula de Identidad V- 17.424.181 para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **La Tutela Preventiva y Cautelar en el Proceso Penal Venezolano**; considero 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 Caracas, 07 de febrero de 2017

Rafael Ángel de la Trinidad Villavicencio Piña

C.I: 16.448.510

Caracas, 15 de marzo de 2018

Ciudadana
Anna María Guario
Directora del Programa de Derecho Procesal
Universidad Católica Andrés Bello
Su Despacho.-

ENTREGA DE TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

Yo, **Frank Mila**, titular de la cédula de identidad N° **17.424.181**, graduando de la Especialidad en Derecho Procesal dictada por la Universidad Católica Andrés Bello, mediante la presente me dirijo a usted con la finalidad de hacer entrega de un (01) ejemplar del Trabajo Especial de Grado titulado "**La Tutela Preventiva y Cautelar en el Proceso Penal Venezolano**", debidamente empastado, según las especificaciones realizadas en correo electrónico recibido en fecha 08 de marzo de 2018, con la finalidad de cerrar el proceso de evaluación.

Igualmente, anexo al presente, dos (02) copias en dispositivo electrónico (CD), debidamente identificadas.

Sin más a que hacer referencia, se suscribe

Atentamente,



Frank Mila
C.I. V-17.424.181.
Teléfono: 04242337476
Correo: Frankmila@gmail.com





UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO PROCESAL

LA TUTELA PREVENTIVA Y CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Autor: Frank Luis Mila Maldonado
Asesor: Rafael Ángel de la Trinidad Villavicencio Piña
Fecha: Febrero, 2017

RESUMEN

Esta investigación se realizó con la finalidad de analizar la tutela preventiva y cautelar en el proceso penal venezolano. En ese sentido, el referido análisis abordó en primer término las generalidades relativas a la tutela judicial efectiva y su relación con el proceso penal, estudiando principalmente la denominada tutela jurisdiccional diferenciada, lo cual comprende un examen general de los principios, fundamentos y naturaleza de las medidas según la procesalística moderna. Posteriormente, se realizó un estudio del sistema preventivo y cautelar en el proceso penal, cuya clasificación sistemática se fundamentó en la tutela jurisdiccional diferenciada. Igualmente, se analizaron los requisitos de procedibilidad de las medidas en el ámbito procesal penal. La metodología aplicada fue la de una investigación documental, analítica y descriptiva, a través de doctrina, jurisprudencia y análisis de otros textos legales. Este tema resulta de gran importancia, debido a la necesidad que existe en el proceso penal venezolano de sistematizar el estudio del sistema preventivo y cautelar, así como la clarificación terminológica de las diversas medidas que rigen en materia penal, en tal sentido, el resultado obtenido fue el de aclarar conceptos y definiciones derivados de la tutela jurisdiccional diferenciada y aplicarlos al proceso penal, logrando así, sistematizar el estudio de las medidas este ámbito.

Palabras claves: Tutela Judicial Efectiva; Tutela Jurisdiccional Diferenciada; Tutela Preventiva y Cautelar; Medidas de Protección y Aseguramiento; y Medidas Cautelares de Coerción Personal y Real.

ÍNDICE GENERAL

| | PP |
|--|------------|
| CARTA DE ACEPTACIÓN DEL ASESOR | ii |
| RESUMEN | iii |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA | 4 |
| a.- Tutela Judicial Efectiva | 5 |
| 1.- Definición | 5 |
| 2.- Sentido y alcance | 9 |
| b.- Tutela Jurisdiccional Diferenciada | 18 |
| 1.- Definición | 18 |
| 2.- Sentido y alcance | 21 |
| c.- El Proceso Penal | 26 |
| 1.- Definición | 26 |
| 2.- Marco normativo | 30 |
| d.- La tutela Cautelar como una manifestación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva | 35 |
| e.- La existencia de un sistema de tutela preventiva y cautelar en la justicia penal en Venezuela | 37 |
| CAPÍTULO II: EL SISTEMA DE TUTELA PREVENTIVA Y CAUTELAR APLICADO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO | 39 |
| a.- Constitución de 1999 | 39 |
| b.- Régimen Legal | 43 |
| 1.- Código Orgánico Procesal Penal | 43 |

| | |
|--|------------|
| 2.- Demás leyes | 52 |
| c.- Definiciones. Precisión terminológica | 53 |
| d.- Naturaleza jurídica | 56 |
| e.- Principios | 67 |
| f.- Características | 77 |
| g.- Clasificación | 79 |
| CAPÍTULO III: REQUISITOS Y CONDICIONES DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA CAUTELAR | 83 |
| a.- Periculum in Mora | 83 |
| 1.- Conceptualización | 83 |
| 2.- Características | 84 |
| 3.- Tratamiento Jurisprudencial en Venezuela | 86 |
| b.- Fumus Boni Iuris | 86 |
| 1.- Conceptualización | 86 |
| 2.- Características | 88 |
| 3.- Tratamiento Jurisprudencial en Venezuela | 89 |
| c.- Periculum in Dammi | 92 |
| 1.- Conceptualización | 92 |
| 2.- Características | 93 |
| 3.- Tratamiento Jurisprudencial en Venezuela | 94 |
| d.- Problemas de improcedencia, vicios y remedios | 94 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 96 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 100 |

INTRODUCCIÓN

La presente investigación consiste en un estudio de los fundamentos que definen el sentido, alcance y ámbito de aplicación de la tutela preventiva y cautelar en el proceso penal venezolano. En tal sentido, la investigación se centró en abordar las medidas específicas que hacen vida en el proceso penal, tanto de índole preventivo como cautelar, con la finalidad de sistematizar su estudio conforme a la procesalística moderna y delimitar sus fundamentos dogmáticos.

Ahora bien, la Tutela Judicial en general comprende o abarca el estudio de la denominada Tutela Judicial Diferenciada, que a su vez contempla la prevención en general de los derechos sustanciales (tutela preventiva) y, concretamente, la prevención de los fallos judiciales (tutela cautelar).

Así, según Ortiz-Ortiz (2015) ambas nociones conforman la llamada jurisdicción “preventiva” como una perspectiva de aplicación de la jurisdicción en el campo preventivo y sustentado sobre la idea de la tutela judicial efectiva. (p. 2).

Dicho lo anterior, se destaca que los Tribunales Constitucionales de toda Europa y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, han venido a coincidir, a juicio de García de Enterría (2004), en que:

“(...) no hay posibilidad de impartir a los ciudadanos una tutela judicial efectiva (el derecho cuya satisfacción consagran las Constituciones, los Tratados Internacionales y los Principios Generales del Derecho Comunitario) si, en ciertas circunstancias, por lo demás nada excepcionales, no se utilizasen resueltamente medidas cautelares antes o durante el proceso para asegurar que

la futura Sentencia de fondo no quede frustrada en sus efectos prácticos”. (p. 327).

Es por ello que la tutela judicial efectiva, incluidos sus contenidos de la tutela preventiva y cautelar, se erigen como los pilares básicos en la adaptación del derecho procesal a las nuevas realidades sociales y jurídicas, superando el pragmatismo clásico y rígido propio del derecho liberal, para concebirse como una configuración más elástica del proceso.

En ese orden de ideas, las medidas preventivas y cautelares actualmente son objeto de estudio de manera obligatoria, en todas las áreas del Derecho Procesal, ya que se trata de un fenómeno esencial para los procesos judiciales, siendo remedios derivados directamente de la tutela judicial, con lo cual se vislumbra un cambio en el paradigma procesal que da cabida a concebir a las medidas como un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional diferenciada “justicia preventiva y cautelar”.

Ahora bien, generalmente los estudios relativos a las medidas aplicadas al ámbito procesal penal, no abordan los verdaderos fundamentos ontológicos, gnoseológicos y fenomenológicos que permiten la comprensión integral de la tutela preventiva y cautelar en el ordenamiento procesal penal venezolano, ya que éstos, sean realizados en forma de trabajos de grado, o de textos de derecho procesal, se enfocan en analizar principalmente las denominadas medidas de coerción personal, sin realizar un análisis del sistema preventivo y cautelar en su conjunto, que permita tener una visión de la tutela judicial efectiva aplicada en el ámbito procesal penal.

En tal sentido, el presente trabajo se desarrolló como una investigación conformada por tres capítulos, en el cual se abordó en el Capítulo I, la tutela judicial efectiva y la tutela jurisdiccional diferenciada a la luz del derecho constitucional, tomando en cuenta las corrientes que

estudian el proceso, según el Estado de Derecho, en el cual la tutela judicial efectiva, puede llegar al estudio individual y pormenorizado de las instituciones preventivas y cautelares. Por tal razón, al establecerse generalidades de las referidas instituciones, se estudió el sistema procesal penal que rige en Venezuela, plasmando su definición, alcance, marco normativo, y principios del sistema acusatorio, para luego pasar a analizar el fundamento de la existencia de la tutela preventiva y cautelar en la justicia penal venezolana.

En relación al Capítulo II, se analizó el Sistema de Tutela Preventiva y Cautelar aplicado al Proceso Penal venezolano, sentando las bases que dan una visión del fenómeno, que distancian cualquier fundamento de aplicación de estas medidas en una potestad absoluta de los jueces penales, que no están sujetas a controles, sino por contrario, en el entendido que las medidas cautelares son instituciones concebidas actualmente como un deber-poder exclusivo de los órganos jurisdiccionales, a pesar que proceden a petición del Ministerio Público, así como en el caso de las medidas preventivas que pueden ser dictadas tanto por órganos jurisdiccionales como por entes del Poder Público, que de igual manera deben ceñirse al principio de legalidad procesal.

Posteriormente, una vez plasmados algunos esbozos del alcance de la tutela diferenciada, que permita manejar sus fundamentos dogmáticos, se plasmó una estructura general del sistema preventivo y cautelar que rige en materia procesal penal, con la finalidad de establecer una clasificación sistemática de las medidas.

En relación al Capítulo III, en el mismo se analizaron en detalle los requisitos de admisibilidad y procedencia de cada una de las aludidas medidas.

Finalmente, la metodología aplicada fue la de una investigación documental, analítica y descriptiva, a través del uso de la doctrina nacional e internacional, así como el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y el Tribunal Constitucional Español, al igual que los diversos instrumentos legales que rigen en materia de medidas.

CAPITULO I

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA

a.- Tutela Judicial Efectiva

1.- Definición

En todo Estado de Derecho, lo más importante es que los ciudadanos tengan derecho a que se les haga justicia, en el entendido que tal justicia sea “efectiva”, pues resultaría ilógico pensar que los ciudadanos tienen derecho a una justicia ineficaz, tal como aduce Ortíz Álvarez (1998) (p. 17).

En ese orden de ideas, en aras de salvaguardar el Estado de Derecho surge la denominada Tutela Judicial Efectiva, la cual, como apunta Picó i Junoy (1997):

“se genera el reconocimiento explícito del derecho a una tutela judicial efectiva tuvo lugar a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando ocurre en Europa el fenómeno de la “constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas” y dentro de éstos, “una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial”. (p. 17).

Por su parte, Escovar León (2001), al analizar la tutela judicial efectiva, expresa que:

El concepto es de raigambre española y se encuentra estrechamente vinculado con la indefensión involucrando a otros principios como son: a) el derecho de acceso a los tribunales; b) el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales, y c) el derecho al ejercicio del recurso previsto en la Ley. (p. 137)

Igualmente, sostiene Bello Tabares (2004), que su surgimiento:

“Es como consecuencia de los procesos Nazis ordenados por el Reich, que se caracterizaron por la vulneración e irrespeto de los derechos humanos, especialmente en las ordenes de muerte a los judíos sin un previo proceso debido y legal, donde se garantizaran

los derechos no solo humanos sino procesales, que nace en Europa el reconocimiento de éstos derechos y principios en los textos fundamentales de los ciudadanos –Constituciones- donde no solo se reconocen derechos fundamentales de los ciudadanos –derechos humanos- sino que dentro de éstos fue establecido y reconocido el derecho a la tutela judicial de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial o jurisdiccional” (p. 20).

En ese sentido, las vulneraciones e irrespetos a los principios y garantías constitucionales durante el régimen Nazi, tras la segunda guerra mundial, fue el elemento característico que originó la inclusión de los derechos fundamentales y procesales en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de fecha 23 de mayo de 1949.

En ese mismo orden de ideas, sostiene Rivera Morales (2002), que:

“La constitucionalización del derecho es el proceso de incorporación en la ley suprema o fundamental de normas de derecho que limitan el poder del Estado y que establecen parámetros superiores a las leyes, especialmente, a la ley procesal para que sea efectiva la realización de las libertades y la tutela de los derechos de las personas”. (p. 287).

Dicho lo anterior, se observa que ese fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales como derechos fundamentales de las personas denominado tutela judicial efectiva, ha sido un largo tránsito que se ha sido configurado gracias a diversas constituciones y leyes de países europeos que lo han consagrado posterior a la Segunda Guerra Mundial, al igual que en épocas más recientes en Latinoamérica (incluyendo a Venezuela), se ha plasmado esta institución como un derecho fundamental del Estado de Derecho.

Ahora bien, en el caso del Estado venezolano la tutela judicial efectiva está reconocida como un valor superior del establecido Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, tal como lo dispone el artículo 2 de la

Constitución de 1999, igualmente, el referido Derecho fue consagrado en el artículo 26 ejusdem, en el tenor literal siguiente:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”

Así las cosas, este derecho de todas las personas es concebido como una consecuencia del referido contenido constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y tal como indica González Pérez (2001), persigue una consecuencia principal que consiste en el levantamiento o remoción de los obstáculos que suponen una contravención al principio en análisis, cuya razón de ser es la justicia. (p. 40).

Como corolario, la tutela judicial efectiva es definida según dos corrientes, la primera entiende a la Tutela Judicial Efectiva como la suma de todos los derechos constitucionales procesales plasmados en el artículo 49 constitucional, es decir, un proceso con las garantías procesales constitucionales mínimas, no obstante, la segunda corriente entiende que la tutela judicial efectiva es algo diferente a la suma de los derechos y garantías procesales constitucionales, que comprende el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales; derecho a obtener una sentencia fundada o motivada, derecho a recurrir y a ejecutar la decisión.

En tal sentido, ubicamos diversas definiciones que se inclinan por la segunda corriente tal como la señalada por Escovar León (2001), quien comenta que:

“Es el mismo concepto aglutinador de los que se ha llamado el derecho constitucional procesal, que como principio constitucional alude a la suma de los derechos y garantías procesales consagrados en la Constitución, que le permiten al justiciable obtener una justicia pronta y efectiva, cuyo contenido no debe cerrarse sino que debe atender a un elenco de garantías procesales como son, la celeridad procesal, la motivación, la congruencia, la transparencia, el juez natural, el proceso sin formalismos inútiles, la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el principio de publicidad y otros similares” (Pp. 135 y 136).

Al respecto, aduce Bello Tabares (2004), que:

“Este criterio evidencia una clara distinción del derecho o garantía constitucional procesal del debido proceso, que es considerado por el autor como la suma de los derechos o garantías constitucionales procesales –derecho constitucional procesal- y el derecho o garantía a la tutela judicial efectiva, hasta el punto de considerar, que dentro del derecho al debido proceso, se encuentra el derecho o garantía a la tutela judicial efectiva, criterio éste que nos parece correcto, pues la tutela judicial efectiva es una garantía constitucional procesal que se suma al debido proceso, mas no al contrario, es decir, que la tutela judicial efectiva, no involucra debido proceso. (p. 26)

De igual manera, Rivera Morales (2002), sostiene que la tutela judicial efectiva:

“No solo supone el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que comporta también la obligación que tiene la administración de justicia, en respeto del derecho constitucional a la igualdad prevista en el artículo 21 de la Constitución 1999, decidir una controversia de una manera imparcial y equitativa”. (p. 27)

En el mismo orden de ideas se inclina Pico I Junoy (1997), quien aduce que la tutela judicial efectiva comprende, en palabras del Tribunal Constitucional español, el siguiente contenido: a) Derecho de acceso a los tribunales; Derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente;

c) Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y d) el derecho al recurso legalmente previsto. (p. 40).

Como corolario, Caroca Pérez (1998), arguye que la tutela judicial efectiva abarca o garantiza: a) La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, dando inicio a un proceso; b) la obtención de una sentencia motivada que declare el derecho a cada una de las partes; c) la posibilidad de las partes de poder interponer los recursos que la Ley provea; y d) La posibilidad de solicitar y obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia. (p. 125-133)

Visto lo anterior, en resumen, la tutela judicial efectiva está contenida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y no se concibe como la suma de los derechos o garantías constitucionales, es decir, no involucra el conjunto de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, según el contenido del artículo 49 de la Constitución, sino se resume en: a) Derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, b) Derecho a obtener una sentencia fundada, motivada y justa, c) Derecho a ejercer recursos previstos en la Ley contra decisiones desfavorables y el d) Derecho a ejecutar las decisiones judiciales.

2.- Sentido y alcance

El primer aspecto señalado en el sentido y alcance de la tutela judicial efectiva se precisa como el Derecho de acceso a los órganos de administración de justicia.

Tal como apunta Caroca Pérez (1998), en relación al Derecho de acceso a los órganos de administración de justicia:

El ordenamiento jurídico debe asegurar a todo sujeto que estime que un interés no le es reconocido o respetado, puede acudir a los órganos jurisdiccionales, disponiendo de los cauces procesales adecuados para ello, con la finalidad de perseguir a través de la acción jurídica un pronunciamiento jurisdiccional –favorable o desfavorable- que declare un derecho en el caso concreto, valga decir, pueda procurar obtener una tutela judicial efectiva. (p. 125).

Igualmente, el artículo 10 de la Declaración Universal, resume el alcance de este derecho, al indicar lo siguiente:

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en relación al referido derecho, lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)

En el mismo orden de ideas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estatuye lo siguiente:

Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)

Ahora bien, a pesar que las referidas disposiciones poseen un alcance distintivo, en esencia, se trata de un contenido indispensable del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que implica la posibilidad real de acceder, en condiciones de igualdad, a un órgano jurisdiccional dotado de independencia e imparcialidad y cuya competencia haya sido establecida con anterioridad por la ley, facultado para pronunciarse sobre la base del Derecho y cumpliendo un procedimiento que asegure las denominadas garantías procesales superiores (debido proceso, derecho a la defensa, derecho a prueba, entre otras).

Como corolario, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia 98/1992 de fecha 22 de junio, señaló:

La jurisdicción garantiza a las partes litigantes la obtención de una respuesta judicial motivada y razonable, de contenido sustantivo o material a las pretensiones que hayan sido ejercidas con cumplimiento de las condiciones y presupuestos procesales que, a tal efecto, establezcan las leyes y, por consiguiente son conforme a ese derecho fundamental las resoluciones que inadmiten los procesos y recursos, denegando su tramitación, o rechazando *ad limine* problemas litigiosos, siempre que vengan fundados en una causa legal aplicada de manera jurídicamente razonable razonada que no sea incompatible con el principio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho que garantiza el citado artículo 24.1 de la Constitución.

En ese orden de ideas, manifiesta Bello Tabares (2004), en relación al tema *in commento*, que:

El acceso a los órganos de la administración de justicia como manifestación de la tutela judicial efectiva, se materializa y ejerce a través del derecho autónomo y abstracto de la acción, a través de la cual, se pone en funcionamiento o se activa el aparato jurisdiccional, en busca de un pronunciamiento, sea este favorable o no al accionante, por lo que al ejercitarse la acción y obtenerse

un pronunciamiento jurisdiccional, el cual pudiera acoger o no la pretensión del accionante, el derecho o garantía constitucional de la acción queda satisfecho, pues ésta -repetimos- no mira al pronunciamiento favorable del sujeto que haya ejercido la acción. (p. 35).

Igualmente, la Tutela Judicial Efectiva contiene o abarca el Derecho a obtener una sentencia fundada, motivada, congruente y justa y en relación a ese punto, sostiene Bello Tabares (2004), lo siguiente:

El juzgador en la misma debe dar las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo, el cual como hemos venido señalando, es el producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión. La sentencia debe estar motivada y esta motivación se hace a través de las argumentaciones de hechos y de derecho que expliquen las razones que tuvo el jugador para acoger o no la pretensión, en otras palabras, el dispositivo del fallo debe ser el producto de una motivación donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de la consecuencia jurídica. (p. 51-52).

En el mismo orden de ideas, Escovar León (2001), explica que:

(...) una decisión cumple con el fundamental requisito de la motivación, cuando expresa sus razones a través de contenidos convincentes finamente explicados, lo que significa, que el juzgador la ha elaborado con objetividad y en condiciones de imparcialidad, es decir, que como razonada, la motivación permite conocer el criterio que ha asumido el juez antes de haber tomado la decisión, en este sentido, habrá motivación en la medida que sea posible conocer el criterio utilizado por el juzgador para abordar el fondo del asunto jurídico debatido. En síntesis, la motivación de la sentencia son las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo. (p. 79).

Así, en la STC 102/2014, de 23 de junio, FJ 3, se afirmó lo siguiente:

«Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril, y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación –por carencia total–, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que "la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio)".

Corresponde por tanto a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar desde el plano de la motivación los razonamientos en que se funda la decisión judicial; motivación que ha de ser suficiente –en el sentido de expresiva ad casum de la ratio decidendi– y ajustada a aquellos límites de su fundamentación en Derecho –esto es, no arbitrariedad–, manifiesta irrazonabilidad o error patente en la interpretación de la causa legal aplicada.»

Igualmente, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, mediante sentencia N° 72 de fecha 26 de enero de 2001, sostuvo que:

... en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable y a que, una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines que se verifique la efectividad de sus pronunciamientos.

En síntesis, la motivación de la sentencia es una manifestación de la tutela judicial efectiva, que garantiza el derecho a la defensa de las partes, ya que gracias a esta se permite controlar constitucional y legalmente el pronunciamiento, evitando así la arbitrariedad y extralimitaciones del juzgador, que debe limitarse a argumentar las razones del pronunciamiento, e igualmente sirve de mecanismo de persuasión de los ciudadanos al otorgar el conocimiento de los motivos que generaron la sentencia.

Ahora bien, con relación a la congruencia de la sentencia, apunta Álvarez y Sánchez (2013),

Con relación a la congruencia de la sentencia, éste es uno de los requisitos que debe cumplir la sentencia y que consiste en la identidad o correspondencia formal que debe existir entre la decisión y las contrarias pretensiones de las partes, por lo que cuando existe diferencia entre lo decidido y lo controvertido, se produce el vicio de incongruencia que vicia de nulidad del fallo. El juez debe resolver sólo lo pedido y todo lo pedido.

Es así como el operador de justicia debe enmarcar su decisión, sobre los hechos que han sido alegados en la demanda y contradichos en la contestación correspondiente, es decir, que debe pronunciarse, sólo sobre aquellos hechos que han sido debatidos o controvertidos por las partes en el proceso, y sobre los cuales ha recaído la actividad probatoria de éstos, pues si se pronuncia sobre algún hecho no expuesto por las partes en la fase alegatoria de proceso, se configura el vicio de incongruencia positiva; en tanto que si deja de pronunciarse sobre algún hecho controvertido en la litis, se produce el vicio de incongruencia negativa. (p. 268).

Bello Tabares (2004), sostiene que:

Es uno de los requisitos que debe cumplir la sentencia y que consiste en la identidad o correspondencia formal que debe existir entre la decisión y las contrarias pretensiones de las partes, por lo que cuando existe diferencia entre lo decidió y lo controvertido, se produce el vicio de incongruencia que decreta la nulidad del fallo. El juez debe resolver sólo lo pedido y todo lo pedido. (p. 100).

Por otra parte, la Tutela Judicial Efectiva abarca el Derecho a ejercer recursos previstos en la Ley contra decisiones desfavorables, e internacionalmente, diversos instrumentos propugnan este derecho a recurrir, destacándose que en materia penal, tal derecho es imperante, tal como se aprecia en primer lugar en el artículo 10 de la Declaración Universal, que resume el alcance de este derecho, en lo siguiente:

Artículo 8.

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en relación al referido derecho, indica lo siguiente:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estatuye lo siguiente:

Artículo 9

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

En tal sentido, siguiendo a Figueruelo Burrieza (1990), aduce que:

El acceso a los recursos forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, constituyendo una de sus vertientes, sin que se agote el contenido de ese derecho en el acceso al recurso, sino que comprende el derecho a obtener una resolución judicial fundada, la cual incluso puede limitarse a declarar inadmisibles los recursos en los casos que no se consiguen los requisitos establecidos en la ley. (p. 81-82)

Al respecto, Bello Tabares (2004), sostiene que:

Analizados los aspectos anteriores, consideramos que el doble grado de jurisdicción como manifestación de la garantía a la tutela judicial efectiva, en un régimen democrático y en un estado de derecho como suceden en el sistema venezolano, debe respetarse el derecho que tiene todo ciudadano de recurrir contra la decisión que le perjudique, para que la instancia siguiente pueda revisar la legalidad y constitucionalidad de la decisión proferida por la primera instancia, derecho éste que es inviolable en materia penal, salvo los casos de procesos punitivos contra altos funcionarios del Estado y salvo los procesos que son llevados en única instancia, donde no existe un doble grado de jurisdicción, lo que no constituye una lesión a la tutela judicial

efectiva, pues el legislador es libre en fijar, según el sistema legal y político, los procesos que gozan de la garantía del doble grado de jurisdicción. (p. 112).

El último de los elementos que constituyen la esencia de la garantía a la Tutela Judicial Efectiva, es el derecho a la efectividad de la decisión judicial, es decir, a ejecutar la orden judicial contenida en el fallo emitido, que en palabras de Caroca Pérez (1998).

(...) el operador de justicia que por omisión, pasividad o defecto de entendimiento, se aparta, sin causa justificada de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sean legalmente exigibles, desconoce la garantía a la Tutela Judicial Efectiva a través del régimen de ejecución y efectividad en el cumplimiento de la decisión judicial. (p. 1339).

Dicho lo anterior, es necesario apelar al concepto de cosa juzgada, el cual es definido por Couture (1997),

(...) la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla, definición esta de la cual se infiere, que la cosa juzgada primeramente es una autoridad, que consiste en la calidad, atributo propio del fallo que emana del órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido el carácter de definitiva; e igualmente es una medida de eficacia, que se traduce en inimpugnabilidad de la decisión judicial, la cual se produce cuando la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia -nom bis in idem- mediante la invocación de la propia cosa juzgada; en inmutabilidad o inmodificabilidad, conforme a la cual, en ningún caso, de oficio o a instancia de parte, otra autoridad puede alterar los términos de la sentencia pasada en autoridad en cosa juzgada; y coercibilidad, que permite la eventual ejecución forzada o forzosa de la sentencia. (p. 401-402).

Igualmente, la cosa juzgada para Henríquez La Roche (1995):

(...) es la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia por haber precluído, sea por consumación o falta de actividad oportuna, los recursos que contra ella concede la Ley, cuya eficacia se traduce en tres aspectos: inimpugnabilidad, conforme a la cual la sentencia no puede ser revisada por ningún otro juez, cuando se hayan agotado todos los recursos que da la Ley, inclusive el de invalidación -nom bis in idem-; inmutabilidad, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible un nuevo proceso sobre el mismo tema; y coercibilidad; que consiste en la eventualidad ejecución forzada en los casos de sentencia de condena. (p. 360-361).

b.- Tutela Jurisdiccional Diferenciada

1.- Definición

Ahora bien, dentro del estudio de la tutela judicial efectiva surge el estudio de la denominada tutela jurisdiccional diferenciada. La cual, en palabras de Ortíz-Ortíz (2015), está íntimamente relacionada con la tutela judicial efectiva:

“la materia cautelar no es más que un capítulo, especial ciertamente, de una temática mayor: la necesidad de tutela diferenciada en los procedimientos judiciales. Concebida, en tiempos más recientes, ya no como una “herramienta del Estado” para garantizar su voluntad expresada en una sentencia, sino como un “instrumento” al servicio de los particulares como derivación directa e inmediata del “derecho fundamental a la efectiva tutela judicial”. (p. 5).

Igualmente, el referido autor la define al siguiente tenor:

“Estamos en presencia de tutela diferenciada cuando se invoca la tutela jurisdiccional frente a situaciones apremiantes, de urgencia y celeridad, con vista a particulares circunstancias de prueba del derecho material invocado, y que pueden manifestarse a través de procedimientos sumarios, autosatisfactivo o preventivos, con fase de cognición concentrada, en procura de una tutela inmediata y efectiva” (p. 47).

En el mismo orden de ideas, Hurtado Reyes (2005), concluye en su tesis doctoral para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencia Política, presentada en la Universidad de San Marcos, Lima-Perú, en la necesidad de contar con una tutela diferenciada, al aducir que:

La tutela jurisdiccional tendrá el carácter de efectiva si el juez cuenta con la posibilidad de otorgar tutelas diferenciadas, así tendremos a un juez absolutamente activo y con posibilidades por ejemplo de dictar tutela preventiva no para reparar un perjuicio sino para evitarlo, prevenirlo o evitar su continuidad, a su vez contaremos con un juez capaz de anticipar lo que va a decidir en una sentencia con autoridad de cosa juzgada, también con la posibilidad de dictar medidas urgentes satisfactivas sin mayor trámite y solucionando problemas que no tenga una discusión adicional en el ámbito judicial, etc., en suma un juez con estas herramientas hará que su actividad (servicio de justicia) sea satisfactoria y efectiva para los ciudadanos que recurren al Sistema de Justicia, en otras palabras tutela jurisdiccional realmente efectiva. (p. 461).

Por su parte, Pellegrini Grinover (2005), considera que todos aquellos procedimientos sumarios, entre ellos los monitorios, deben considerarse como modos de anticipación de la tutela, y en consecuencia modos de tutela diferenciada. (p. 37).

Igualmente, Peyrano (cit. Ortíz-Ortíz 2015), hace énfasis en que habrá tutela diferenciada cuando:

“-excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama – se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que

ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas”. (p. 49).

Según Ortiz-Ortiz (2015), la tutela diferenciada se sustenta en:

i) la aparición de nuevos derechos y situaciones no previstas en relación con la tutela ordinaria; ii) la amplia legitimación que requiere un trato preferencial o “bonificado” para sus titulares; iii) el establecimiento de un montaje procesal autónomo; iv) sobre la base de razones de urgencia apremiantes para el destinatario del servicio judicial. (p. 46-47).

Así tenemos que los Tribunales Constitucionales de toda Europa y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, han venido a coincidir, a juicio de García de Enterría (2004), en que:

“no hay posibilidad de impartir a los ciudadanos una tutela judicial efectiva (el derecho cuya satisfacción consagran las Constituciones, los Tratados Internacionales y los Principios Generales del Derecho Comunitario) si, en ciertas circunstancias, por los demás nada excepcionales, no se utilizasen resueltamente medidas cautelares antes o durante el proceso para asegurar que la futura Sentencia de fondo no quede frustrada en sus efectos prácticos”. (p. 327).

Sostenidas las anteriores consideraciones, se observa que la tutela judicial efectiva comprende un derivado que abarca la tutela preventiva y cautelar, incluidos en la denominada “Tutela jurisdiccional diferenciada”, aspecto de diferenciación que actualmente se erige como un pilar básica en la adaptación del derecho procesal a las nuevas realidades sociales y jurídicas, superando el pragmatismo clásico y rígido propia del derecho liberal, para concebirse como una configuración más elástica del proceso.

Por ello, arguyó Pellegrini (cit. Ortiz-Ortiz 2015), en el Congreso Mundial de Derecho Procesal llevado a cabo en México, que:

“el procedimiento ordinario de conocimiento no puede ser considerado más una técnica universal de solución de controversias, siendo sustituirlo, en la medida de lo posible y observados determinados presupuestos, por otras estructuras procedimentales, más adecuadas a la especie de derecho material a ser tutelada y capaces de hacer frente a situaciones de urgencia” (p. 50)

En ese orden de ideas, las medidas preventivas y cautelares actualmente son objeto de estudio de manera obligatoria, en todas las áreas del Derecho Procesal, tal como apunta Ortíz-Ortíz (2015) quien aduce que:

“En verdad las medidas cautelares constituyen un fenómeno no esencial a los procesos judiciales. Si los trámites se desarrollaran con rapidez y sencillez, y las partes cumplieran de buena fe sus respectivas cargas y obligaciones, con seguridad, las cautelas serían irrelevantes. Sin embargo, la vida no es así; las medidas cautelares se convierten en la medicina necesaria para las patologías procesales” (p. 4).

Dicho lo anterior, debe destacarse que actualmente la ciencia procesal está constituida por la denominada trilogía básica, “Jurisdicción”, “Acción y “Proceso”, en la cual las medidas preventivas y cautelares se erigen como un instituciones de obligatorio estudio, tal como se apuntó ut supra, en virtud que son un derivado directo de la tutela judicial, con lo cual se vislumbra un cambio en el paradigma procesal que da cabida a concebir a las medidas como un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional diferenciada “justicia preventiva y cautelar”, que propugna la obtención de satisfacción jurídica.

2.- Sentido y alcance

El principal contenido de la Tutela Jurisdiccional Diferenciada es la Tutela preventiva y cautelar (a pesar que se incluyen otras formas de tutela tales como las sumarias, urgentes y anticipadas), en la cual se incluye el estudio de las medidas como sistema. Así, los ciudadanos que se someten a

un proceso penal, bien sea en calidad de víctima o imputados, pretenden que se les tutelen efectivamente sus derechos, para lo cual inevitablemente se debe hacer uso de medidas.

Así tenemos que la Tutela Preventiva, concebida como el Poder de prevención, según Ortiz-Ortiz (2015):

Desde el punto de vista jurisdiccional, el sistema preventivo se manifiesta como un poder de tutela; en efecto, la noción de prevención que es la acción de prevenir, esto es “preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin”, y en su tercera declinación es “prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio. (p. 79).

El poder de prevención es el conjunto de instituciones, reglas y principios que corresponde a los órganos del Poder Público, sistemáticamente diseñados, dirigidos a prever con anticipación, la ocurrencia de un daño o perjuicio y disponer lo necesario para evitarlo, en procura de salvaguardar los derechos e intereses de los ciudadanos o del propio Estado. (p. 80).

En tal sentido, a resumidas cuentas, de los conceptos plasmados anteriormente, se deduce lo siguiente:

- i. El poder de prevención debe ser considerado como un “sistema”, esto es, como un conjunto de elementos, reglas o principios, que debidamente ordenados están dispuestos a un fin específico.
- ii. La idea inserta en este sistema es “prever con anticipación”, la ocurrencia de un daño o perjuicio
- iii. La prevención supone que se tomen las “medidas” adecuadas y necesarias, para evitar ese daño o perjuicio que se anticipa.

- iv. El titular del poder de prevención se corresponde con cada órgano o ente del Poder Público, y se tutelan derechos e intereses ciudadanos o los intereses generales de la sociedad.

La función preventiva opera en dos sentidos claramente diferenciados:

- i) como una obligación de todos los órganos que integran el Poder Público; y también ii) como salvaguarda del Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Al respecto, sostiene Ortíz-Ortíz (2015), que:

(...) la labor preventiva compete a todas las funciones esenciales del Estado (Administración, Legislación y Jurisdicción), y que, en el marco de la función jurisdiccional, la función preventiva tiene diversas maneras de manifestarse y, una de ellas, es el “poder cautelar”, es decir, la tutela cautelar y la tutela anticipada son formas diferenciadas de la función preventiva de los órganos jurisdiccionales. ... todas las medidas cautelares son medidas preventivas aun cuando no todas las medidas preventivas son medidas cautelares. (p. 79).

De igual manera, la prevención se puede manifestar como “procedimientos preventivos” (siendo procedimientos autónomos de tutela definitiva) y como “medidas preventivas adoptadas en el trascurso de un procedimiento judicial” (siendo provisionales, instrumentales y funcionales).

En todo caso, el Poder genérico de prevención deriva del propio estatuto objetivo, destinado a que todas las Ramas del Poder Público pueden “prevenir” o “evitar” que se cometan daños a los ciudadanos y al Estado mismo.

Siguiendo el orden de ideas, el citado autor ha estructurado la siguiente clasificación de las medidas preventivas:

- 1.- Medidas preventivas sobre pruebas
- 2.- Medidas preventivas de protección a derechos o garantías constitucionales.

- 3.- Medidas de tutela anticipada por mandato de la propia constitución.
- 4.- Medidas preventivas de tutela de derechos.
- 5.- Medidas preventivas que procuran la efectividad y eficacia de un proceso judicial. (Medidas cautelares) (.P.87).

Así se observa que las medidas cautelares se encuentran insertas en el estudio de la tutela preventiva, no obstante, no todas las medidas preventivas son cautelares, por tal razón se realiza la división. En resumen, la función preventiva, es la posibilidad legal de todos los órganos del Poder Público de evitar la ocurrencia de eventos lesivos al ordenamiento jurídico, y en consecuencia los derechos subjetivos de los administrados, a diferencia de las medidas cautelares propiamente dichas, que son concebidas el conjunto de medidas preventivas cuya finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso y mediatamente, la futura ejecución y efectividad de un fallo a dictarse en un proceso.

Dicho lo anterior, el autor in commento, define el poder cautelar del juez como:

(...) aquella potestad jurisdiccional derivada del mandato de la efectiva tutela judicial en el marco de la jurisdicción preventiva, por medio de la cual se reconoce el derecho de los justiciables a obtener las medidas de prevención necesarias, para garantizar la eficacia de la futura ejecución de una sentencia, y la efectividad del proceso, todo lo cual redunda en la legitimidad y majestad de la Administración de justicia y el Estado de Derecho. (p. 164).

En tal sentido, la Tutela Cautelar potestad exclusiva del orden jurisdiccional. Igualmente, se asume que todos los órganos del Poder Público pueden dictar medidas preventivas, y que dentro de ellos, hay algunas medidas de prevención que tienen un fin determinado, específico y exclusivo, cuál es la garantía de la eficacia de una sentencia y la efectividad de un

proceso judicial, entonces resulta absolutamente claro que las medidas cautelares sólo pueden ser dictadas por los órganos jurisdiccionales. Al respecto, aduce Ortiz-Ortiz (2015) que:

De hecho, la gran mayoría de los autores especifican como una de las características más importantes de la tutela cautelar, la “jurisdiccionalidad”, e incluso el maestro RICARDO HENRÍQUEZ plantea la “judicialidad”, un poco para evidenciar que, si el fin inmediato es la salvaguarda de los derechos de los justiciables debatidos en un juicio, y mediatamente, la salvaguarda de la Administración de justicia, entonces la “potestad cautelar” es una emanación de la “potestad jurisdiccional”. Esta es la razón por la cual no puede explicarse, ni admitirse, que exista un “poder cautelar” en cabeza de las Administraciones públicas, así como también es incoherente que el Parlamento o nuestra Asamblea Nacional sea titular de una “potestad cautelar”. (p. 90).

Igualmente, en lo que respecta a la diferencia entre la tutela preventiva y la tutela cautelar, el citado autor afirma que:

Una nota diferenciadora de ambas situaciones se encuentra en que la “tutela preventiva” tiene como finalidad la salvaguarda de situaciones concretas que interesan al Estado de Derecho, y que puede ser adoptada por todos los órganos del Poder Público, mientras que la tutela cautelar está en función asegurativa de los efectos del proceso, es decir, son instrumentales de los procesos judiciales y, en consecuencia solo pueden ser dictadas por órganos de la función jurisdiccional. La diferencia se centra en la “causa”, en uno, prevención directa de derechos subjetivos, en las cautelares, la eficacia (ejecución) y efectividad de un fallo. (p. 88).

En el mismo sentido Rocco (cit. p. Ortiz-Ortiz (2015):

“Y ante todo, se impone una observación, a saber, que la confusión general de conceptos, la escasa elaboración doctrinal, la inadecuada reglamentación legislativa, han extraviado la mayor parte de los cultivadores del derecho procesal, que han aunado en un concepto único las providencias cautelares emitidas en vía de acción y las medidas cautelares en el campo del derecho sustancial, público o privado, se encaminan a prevenir o reprimir la

violación de los intereses tutelados por el Derecho. En efecto, se ha querido construir un concepto general de todas las varias manifestaciones de poderes o potestades que se dirijan a eliminar los peligros que pueden atentar contra los intereses tutelados por el derecho, previniendo o reprimiendo su violación.” (p. 88).

c.- El Proceso Penal

1.- Definición

La estructura clásica de todo proceso la conforman la jurisdicción, la acción y proceso, conceptos que son comunes a todas las disciplinas procesales.

En tal sentido, la acción en términos generales se concibe según Ortíz-Ortíz (2016) como:

“La posibilidad jurídico-constitucional que tiene toda persona, natural o jurídica, pública o privada, de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, mediante los procedimientos establecidos en la ley, pueda obtener tutela de un determinado interés jurídico individual, grupal, colectivo, difuso y excepcionalmente derechos o intereses ajenos, o para lograr los efectos que la Ley deduce de ciertas situaciones jurídicas. (p. 66).

A su vez, la jurisdicción la define el referido autor como:

“La jurisdicción es una función-potestad reservada por el Estado (elemento constitucional), en uso de su soberanía (elemento político) para ejercerla en forma de servicio público (elemento administrativo) por los órganos predeterminados e independientes, para la realización concreta de los intereses peticionados de los ciudadanos con carácter de definitivo y con posibilidad de coacción en un proceso judicial (elemento procesal)” (p. 18).

Por último, el proceso desde la óptica penal, es concebido, según Barreto Ardila (1997), como:

Constituye una serie encadenada de actos dirigidos hacia una finalidad, que se concretan en la reconstrucción metodológica de un suceso, lo cual supone un orden lógico de aprehensión valorativa desde la posibilidad, pasando por la probabilidad, para finalmente arribar a la certeza sobre su comisión, su carácter delictivo, la imputación y responsabilidad que pueda predicarse, así como los efectos civiles derivados del hecho, o en caso contrario, establecer la inocencia del sindicado aún en términos de posibilidad en aplicación del principio *in dubio pro reo*. (p. 65).

Así las cosas, tenemos que la ciencia procesal está estructurada por los referidos conceptos básicos, acción, jurisdicción y proceso, los cuales no pueden existir sin el otro, tal aspecto es lo que se denomina trilogía estructural del proceso, endilgada al autor Podetti (1944), quien opinó lo siguiente:

Considerados estos tres aspectos bajo el genético-histórico, tal vez haya aparecido primero la acción, en su ejercicio material, luego el proceso y por último la jurisdicción, como formación del Estado, coadyuvando primero con el titular de la acción y luego en forma excluyente. Pero bajo un aspecto lógico-doctrinario, lo primero es la jurisdicción (órgano-función), luego la acción (nexo entre el órgano y los sujetos del proceso) y, por último, el proceso mismo, que hace posible y se desenvuelve gracias a la conjunción armónica de jurisdicción y acción. (p. 116)

En tal sentido, es indudable que actualmente los referidos tres aspectos son concurrentes e indispensables para el estudio de la ciencia procesal, línea en la cual se inscribe el derecho procesal penal.

Ahora bien, según Rivera Morales (2012), el proceso penal constituye el sistema utilizado para realizar el *ius puniendi*, y puede ser definido al siguiente tenor:

El fin esencial del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. El fin general mediato del proceso penal es la defensa social; el fin general inmediato consiste en la aplicación de la ley penal en el caso concreto. De

manera que la finalidad del derecho procesal penal es comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, siempre que la acción penal no haya prescrito, así como esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado (p. 68)

Igualmente, Pérez Sarmiento (2014), define el proceso penal en un sentido jurídico como:

Es el conjunto de actos sucesivos y ordenados, regulados por el derecho, que deben realizar los particulares y el Estado para la investigación y esclarecimiento de los hechos punibles y para la determinación de la responsabilidad de las personas involucradas en aquellos, y que si bien implica el uso de medios coercitivos por parte del Estado, también debe comportar el respeto a los derechos fundamentales de la persona y la garantía del derecho a la defensa. (p. 32)

Observamos en las anteriores definiciones que ambas se perfilan en conceptualizar que el proceso se erige como una serie de actos preordinados por el derecho, en el cual intervienen las partes procesales, con la finalidad de esclarecer la comisión de hechos punibles y determinar la responsabilidad penal de las personas involucradas, empleando medios coercitivos, de ser necesario, sin que ello implique la violación de derechos fundamentales, incluidos el debido proceso y el derecho a la defensa.

Para Vásquez González (2009), el derecho procesal penal tiene una doble función: formal y material:

La función material posibilita la realización del derecho penal material, pues constituye el mecanismo para hacer efectiva la consecuencia jurídica prevista en la norma penal; incluso, conforme a las previsiones del Código adjetivo venezolano, podría afirmarse que también permite la concreción del Derecho Civil, pues a tenor de lo dispuesto en los artículos 23 y 118 del COPP, uno de los objetivos del proceso penal es la reparación del daño causado a la víctima del delito; también tiene como función la protección personal no sólo de la colectividad que siempre resulta afectada por la comisión de un hecho punible, sino para el propio

imputado, pues el proceso constituye un límite para el Estado en el ejercicio de su función punitiva; como consecuencia de lo anterior el Derecho Procesal penal propicia la recomposición de la paz y la seguridad jurídica. Desde el punto de vista formal, el Derecho Procesal penal dispone el modo, tiempo y forma de realización de los actos procesales, sus consecuencias jurídicas, la competencia de los órganos estatales y facultades de los particulares. (p. 18).

Para Gimeno Sendra (2004), en la sociedad contemporánea el proceso penal asume diversas funciones:

Ya no solo aquella sostenida por las tesis monistas que reducían la actuación del *ius puniendi* del Estado. En el Estado social democrático constitucional se han agregado otras funciones, entre otras: protección al derecho a la libertad, protección de la víctima, re-inserción social del imputado, limitación a los poderes de castigo del Estado. (p. 45).

Igualmente, para Rivera Morales (2014), la principal función del proceso penal es la prohibición de auto-tutela, ya que el proceso debe activarse una vez comprobado la presunta comisión de un hecho punible, a través de los órganos competentes y bajo las garantías establecidas en la Constitución y demás leyes. (p. 69).

Entre sus características se ubican:

a.- Público: En virtud que pertenece al ámbito del derecho público, y la persecución penal corresponde a órganos oficiales.

b.- Instrumental: No se trata de un derecho finalista en sí mismo, sino que es un instrumento del Estado para aplicar el Derecho Penal, con lo cual la imposición de una pena es únicamente a través de la sucesión de actos del proceso.

c.- Autónomo: A pesar que se entiende que el derecho es en sí uno solo, está constituido por partes, las cuales son las ramas del derecho, que facilitan el estudio y comprensión del derecho, en tal sentido, se trata de una rama autónoma del derecho.

d.- Interno: Las normas procesales rigen para la aplicación del derecho a nivel nacional, que es el espacio sobre el cual se tiene jurisdicción.

e.- Unidad: Aplica para todas las personas intervinientes en el proceso.

f.- Formal o adjetivo: En virtud que regula el trámite ante la presunta comisión de hechos punibles.

2.- Marco normativo

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) asume en el proceso penal venezolano el sistema acusatorio y público, en virtud que en este sistema el Ministerio Público es el encargado de investigar y acusar con exclusividad, y otro órgano decide.

Según Angulo Ariza (1971) La característica fundamental del sistema procesal penal acusatorio consiste en que las funciones de acusar, defender y decidir corresponden, cada una, a tres actores u órganos distintos. En otras palabras, hay diferenciación de órganos y funciones. (p. 22-23).

La adopción del sistema acusatorio penal por parte de la Constitución de la República implica, como sostiene Binder (1999), que el Estado se desdobra en dos funciones: la función de “requirente”, ejercida por un funcionario del Estado que es el Ministerio Público, y la función jurisdiccional, porque el juez es, también, un funcionario del Estado. (p. 323)

Estas dos funciones están claramente delimitadas en la Constitución de la República. Por un lado, el primer apartado del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé lo siguiente:

Artículo 253. “... Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes...”.

Por otro lado, el artículo 285 numeral 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

Artículo 285. Son atribuciones del Ministerio Público:
4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley”.

De esta manera, las funciones de acusar y decidir las causas penales corresponden a diferentes organismos públicos, a saber, al Ministerio Público y a los órganos del Poder Judicial, respectivamente. Como quiera que la Constitución de la República otorgó a diferentes órganos las funciones de acusar y decidir, se entiende que hay un reconocimiento constitucional del sistema procesal penal acusatorio en nuestro país, y que el órgano estatal competente para la formulación de la acusación es el Ministerio Público.

Asimismo, este reconocimiento constitucional también implica que el constituyente tomó postura en el debate sobre qué clase de sistema acusatorio debía regir en nuestro país. En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se inclinó por un sistema procesal penal acusatorio regido por un procedimiento oficial, en el que la persecución penal queda en manos del Estado, y dominado por la idea de un acusador público o estatal, representado por el Ministerio Público, que asume, frente a los jueces, el papel formal de actor penal.

Según Binder (2003), este procedimiento oficial se contrapone al proceso rechazado por el constituyente, es decir, el acusatorio privado -o proceso penal de partes-, dominado por la actividad de los particulares: el ofendido (acusación privada) o los ciudadanos en general (acusación pública). (p. 317).

En este sentido, la Sala Constitucional ha sostenido, en sentencia N.º 3167, de 9 de diciembre de 2002, que:

“En el procedimiento de corte acusatorio se encomienda la investigación –que no es una función jurisdiccional propiamente tal, sino una especie de fase preparatoria para ella– al Ministerio Público, un órgano técnico profesional especializado; y el juzgamiento a un tribunal” (cursivas en el original).

(...)

En la medida en que la sociedad se fue organizando jurídicamente de un modo más estable y, sobre todo, en la medida en que el Estado adquirió prevalencia en el plan político-institucional, la venganza personal o la acusación privada fueron cediendo terreno. De acuerdo con ello, la figura del fiscal en el ejercicio de la acción penal y su vinculación con el sistema acusatorio, corresponde a un estadio de mayor evolución de la sociedad y de mayor centralización del poder.

La víctima, por su parte, fue cediendo terreno por el hecho de que su potencial venganza podía generar nuevos conflictos con la consecuente espiral de violencia. En la medida en que el Estado comienza a asumir, como una de sus tareas primordiales, el mantenimiento del orden y de la seguridad pública, intenta aplacar los conflictos. Por ello y visto que el conflicto inicial –el delito- no pudo ser evitado, procura impedir la venganza de la víctima, a través de la acción de una institución que se apropia en cierto modo de los derechos de ésta a vengarse o a pedir reparación y los ejerce en nombre del Estado.

La figura del fiscal, tal como se advirtió poco antes, está vinculada desde su nacimiento al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación. Antiguamente, en el sistema llamado “acusatorio puro” no podía haber juicio sin la acusación del agraviado o víctima. En la medida en que el sistema ingresa en un contexto de mayor estabilidad, el fiscal va a ocupar el lugar de la víctima; lo hace, claro está, con características muy

particulares, esto es, como funcionario del Estado (cf. Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires-Argentina, Ad-Hoc S.R.L., 1999, págs. 322 a la 327).

De allí que el Ministerio Público sea una magistratura especializada en fortalecer la tutela judicial efectiva de las víctimas, bajo diversas formas y variantes. Lo hace desde su posición estatal pero siempre al servicio del interés concreto de víctimas con intereses determinados o indeterminados (difusos) individuales o colectivos, según sus condiciones de debilidad, al objeto de velar por los derechos constitucionales y por la incolumidad de la constitucionalidad y de la legalidad estatal. El fiscal es en definitiva un guardián o velador de la Constitución y de las leyes. En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica del Ministerio Público y el Código Orgánico Procesal Penal le asignan funciones esenciales en la custodia y salvaguarda de los preceptos fundamentales.

Toca al Fiscal General de la República y a los fiscales que integran el Ministerio Público, llevar a cabo la tarea de recopilar toda la información relativa a los hechos, pruebas y elementos de orden fáctico para sustentar la acusación. Pero, tal compilación, que se da en el marco de una investigación policial dirigida funcionalmente por el Ministerio Público, no tendría sentido si no existiese una calificación jurídica, calificación que va a efectuar el fiscal al formular un determinado señalamiento respecto de la responsabilidad del ciudadano sujeto a la investigación”.

Como corolario, es importante destacar la ley marco que desarrolla el contenido constitucional referido al proceso penal venezolano, es el Código Orgánico Procesal Penal, el cual, fue promulgado por primera vez en 1998, el cual marcó un cambio significativo en el sistema penal, en virtud que materializó un tránsito definitivo de un sistema inquisitivo a un modelo predominantemente acusatorio, no obstante, a la fecha, han sido 7 las versiones del Código Orgánico Procesal Penal (1998, 2000, 2001, 2006, 2008, 2009 y 2012).

Apunta Magaly Vásquez (2016) que:

Si bien las sucesivas reformas que el COPP ha experimentado han modificado sustancialmente su concepción inicial, la decisión de sustituir el sistema penal inquisitivo que desarrollaba el Código de Enjuiciamiento Criminal y adoptar un sistema de corte acusatorio formal, tal como aconteció con la sanción del COPP, impactó sustancialmente el sistema de justicia penal obligando a una adecuación de los diversos operadores fundamentalmente en orden a la aplicación del procedimiento común u ordinario. (p. 17)

Así las cosas, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) se erige como el instrumento principal que regula el proceso penal sobre la base de un sistema acusatorio, informado por los principios de oralidad (artículo 14), publicidad (artículo 15), intermediación (artículo 16), concentración (artículo 17) y contradicción, principios propios del sistema acusatorio y diferenciables del sistema inquisitivo. En adición a los principios mencionados, el Código Orgánico Procesal Penal propugna otros principios fundamentales para el proceso que son de obligatorio cumplimiento como lo son: el juicio previo y el debido proceso, el ejercicio de la jurisdicción, la participación ciudadana, la autonomía e independiencia de los jueces, la presunción de inocencia, la afirmación de libertad, la defensa e igualdad de las partes, entre otros.

Igualmente, el Código Orgánico Procesal Penal está estructurado, además de sus aspectos generales referidos al ejercicio de la acción penal, las partes y sujetos procesales, actos procesales, presupuestos procesales, régimen probatorio, medidas de coerción personal, establece un procedimiento ordinario, dividido en fases (preparatoria, intermedia, juicio y ejecución), así como procedimientos especiales, siendo el instrumento por excelencia que regula el proceso penal, siendo después de la Constitución, el marco normativo del referido proceso.

d.- La Tutela Preventiva y Cautelar como una manifestación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

Al analizar lo atinente a la tutela judicial efectiva, se indicó que en su sentido y alcance la misma está contenida por, 1.- Derecho de acceso a los órganos de administración de justicia; 2.- Derecho a obtener una sentencia fundada, motivada, congruente y justa; 3.- Derecho a ejercer recursos previstos en la Ley contra decisiones judiciales y 4.- Derecho a ejecutar las decisiones judiciales.

Al respecto, notamos que la tutela jurisdiccional diferenciada está inmersa principalmente en todos los aspectos contenidos en la tutela judicial efectiva, con la principal característica que obedece a una denominada tutela anticipada, concebida como una forma diferenciada de la tradicional tutela judicial.

Así las cosas, sostiene Ortiz-Ortiz (2015) que: “En el marco de nuevas posibilidades o alternativas, que se inserta la “tutela diferenciada” en cuyo propósito y filosofía emerge y sobresale la “tutela anticipada” como una forma diferenciada de las tradicionales formas de declaración, cognición y condena”. (p. 34)

Siguiendo el orden de ideas, Giuseppe Tarzia (1993), afirma que la proliferación de las tutelas especiales, cualesquiera fueren sus circunstanciales justificaciones, constituye un factor concurrente de crisis de los valores sujetos a la tutela común ordinaria, como protección debida a todos los ciudadanos. (p.32).

En tal sentido, motivado a diversas razones, mundialmente se viene proliferando la presencia de la denominada tutela diferenciada, manifestada

bajo diversas modalidades, entre las cuales se destacan las medidas preventivas y las medidas cautelares.

En el mismo orden de ideas, Monroy Gálvez y Monroy Palacios (2000), aducen que:

Precisamente, una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de la tutela ordinaria así como sus manifestaciones clásicas.

Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso para hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la llamada tutela jurisdiccional diferenciada (p. 177).

La tutela diferenciada contemporánea ha puesto en evidencia tal exigencia social, en tanto reúne un conjunto de instrumentos idóneos para que concretando los principios de eficacia e instrumentalidad del proceso- los derechos materiales se plasmen en el ámbito de la realidad. (p. 208).

En síntesis, apunta el autor Peyrano (2010), lo siguiente:

El derecho, de rango constitucional, a una tutela judicial efectiva legitima la aparición y consolidación de tutelas diferenciadas, cuya mayor jerarquía no debe confundirse con la que cabe reconocer a las simples tutelas especiales generadas en función de otras motivaciones (v.gr favorecer a ciertos sectores de la economía) de menor trascendencia. (p. 27).

e.- La existencia de un sistema de Tutela Preventiva y Cautelar en la justicia penal en Venezuela.

Las medidas preventivas y cautelares constituyen un fenómeno esencial en los procesos judiciales, ya que éstas se erigen como mecanismos necesarios e indispensables para lograr la prevención en general de los

derechos sustanciales (tutela preventiva) y, concretamente, la prevención de los fallos judiciales (tutela cautelar).

Así las cosas, este poder de prevención se encuentra inserta en la esencia misma de la potestad jurisdiccional, pues el artículo 253 dispone que: “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”, con lo cual se deduce que es absolutamente necesario que para “hacer ejecutar lo juzgado” debe disponerse de los “medios” para lograr ese cometido. Tales “medios” o “instrumentos” son, precisamente, las medidas preventivas y cautelares que permitirán la protección general de derechos sustanciales y a que se logre la “ejecución” a cabalidad.

De tal manera, manera que la tutela preventiva y cautelar se erige como una realidad consustancial con la potestad que tienen los jueces de conocer los asuntos de la competencia jurisdiccional, y además de la necesidad de garantizar derechos y ejecución de sus sentencias, lo cual debe combinarse con el deber que tienen los jueces de otorgar a los justiciables una efectiva tutela judicial, dentro de lo cual está el conocimiento, decisión, ejecución, y la prevención para que los justiciables encuentren una respuesta justa, adecuada y efectiva.

Dicho lo anterior, la tutela preventiva y cautelar tiene pleno sentido en el proceso penal, ya que este no es ajeno a la aplicación de las medidas, por contrario, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal (1998), se generaron importantes cambios que de igual manera repercutieron en el sistema preventivo y cautelar, aspectos que abarca nuevos retos por el cambio profundo del tránsito de un sistema inquisitivo a uno primordialmente acusatorio.

Por tal razón, el proceso penal comprende un amplio catálogo de medidas preventivas (entre las cuales se incluyen medidas de protección, de aseguramiento probatorio, entre otras) y medidas cautelares de coerción (entre las cuales se visualizan medidas personales y reales), las cuales requieren un estudio sistemático conforme a la dogmática manejada por la procesalística moderna.

CAPÍTULO II

EL SISTEMA DE TUTELA PREVENTIVA Y CAUTELAR APLICADO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

a.- Constitución de 1999

Sostiene el profesor García de Enterría (1981), que: "... la consolidación de nuestro estado constitucional depende, en no pequeña medida, del desarrollo de la [cultura jurídica] a partir del dato primario de que la Constitución es Derecho; la [constitucionalización de nuestro Derecho significa una verdadera revolución cultural...". (p.16)

Igualmente, aduce el mencionado profesor, que, "Esta opinión nos lleva a partir de la premisa de que la "constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior"" (p.42)

En el mismo orden de ideas, Ortíz-Álvarez (1999), que en "...en términos del constitucionalismo americano, que todo el ordenamiento jurídico ha de interpretarse in harmony with the Constitution, esto es, en armonía con la Constitución". (p. 35).

En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, es considerada, según Gibbs (2009): "el paso más importante en materia de tutela cautelar, ya que se reconoce y consagra expresamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 26), lo cual determina –sin lugar a dudas- la presencia de un verdadero derecho a la tutela cautelar" (p. 86).

Aspecto al cual adicionamos la tutela preventiva, ya que igualmente es un derivado abarcado o comprendido en el estudio de la tutela judicial efectiva. Así las cosas, el contenido del referido artículo 26 es el siguiente:

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

Vale indicar que tal artículo, transcrito anteriormente, se encontraba consagrado en la Constitución de 1961 en otros términos, sin embargo, es a partir de la Constitución de 1999 que se reconoce expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Igualmente, la Constitución de 1999, consagró en relación al proceso, que el mismo se erige como un instrumento fundamental para la realización de la justicia y propugna que el mismo sea efectivo y breve, tal como se observa en su artículo 257, a continuación:

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

Tales artículos fundamentan la adopción de un sistema de medidas, que permite materializar la tutela judicial efectiva, ya que estas tienen injerencia en todos los aspectos que abarcan el contenido de la tutela judicial efectiva, tal como aduce García Enterría (1999): “[Se]... ha incluido así en el Derecho a una tutela cautelar inmediata entre los contenidos inesquivables de una tutela judicial efectiva” (p. 47).

En ese mismo orden de ideas, Ortíz-Álvarez (1999), afirma que:

“La existencia de un verdadero derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, indiscutible derecho inherente a todo estado de derecho –y que, en todo caso, suele encontrar consagración expresa en la mayoría de los textos fundamentales- ciertamente supone (...) (...)la existencia de un derecho –del mismo rango constitucional- a la protección cautelar efectiva” (p. 36).

Ahora bien, además de las disposiciones transcritas ut supra se ubican los siguientes artículos de la norma analizada, que igualmente hacen referencia al sistema de medidas:

a) Con relación a las medidas preventivas, se ubica el siguiente artículo:

Artículo 285. Son atribuciones del Ministerio Público:

1. **Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales**, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

2. **Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia**, el juicio previo y el debido proceso.

3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, **así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración**. (Resaltado nuestro) (...)

b) Con respecto a las medidas cautelares, se precisan las siguientes disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal que regulan las referidas instituciones:

b.1) Medidas cautelares de coerción personal

Artículo 44. **La libertad personal es inviolable**; en consecuencia:

1. **Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial**, a menos que sea sorprendida in

fraganti. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. **Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.**

2. **La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno.**

3. **Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada, o persona de su confianza; y éstos o éstas, a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas sobre el lugar donde se encuentra la persona detenida; a ser notificados o notificadas inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o por sí mismas, o con el auxilio de especialistas.** La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios o funcionarias que la practicaron.

4. **Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará, además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia.**

5. **La pena no puede trascender de la persona condenada.** No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años.

6. **Toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad estará obligada a identificarse.** (Resaltado nuestro)

Artículo 43. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. **El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma.** (Resaltado nuestro)

b.2) Medidas cautelares de coerción real

Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada

internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, **estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas**, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil.

b.- Régimen Legal de las medidas preventivas y cautelares en proceso penal

1.- Código Orgánico Procesal Penal

El Código Orgánico Procesal Penal (2012) consagra la regulación de las medidas de forma esparcida, sin que se cuente con un capítulo único que agrupe el sistema de medidas de forma sistemática, sin embargo, se plasma a continuación la regulación de las medidas en el referido instrumento normativo:

a) Medidas Preventivas

Atribuciones del Ministerio Público

Artículo 111. Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:

12. Ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados directamente con la perpetración del delito.

De la Investigación de Oficio

Investigación del Ministerio Público

Artículo 265. El Ministerio Público, cuando de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública, dispondrá que se practiquen las diligencias

tendientes a investigar y hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores o autoras y demás partícipes, y **el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.** (Resaltado nuestro)

Investigación de la Policía

Artículo 266. Si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes.

Las diligencias necesarias y urgentes estarán dirigidas a identificar y ubicar a los autores o autoras y demás partícipes del hecho punible, y **al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.** (Resaltado nuestro)

Devolución de Objetos

Artículo 293. El Ministerio Público devolverá lo antes posible los **objetos recogidos o que se incautaron** y que no son imprescindibles para la investigación. No obstante, en caso de retraso injustificado del Ministerio Público, las partes o los terceros interesados podrán acudir ante el Juez o Jueza de Control solicitando su devolución, sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria en que pueda incurrir el o la Fiscal si la demora le es imputable.

El Juez o Jueza y el Ministerio Público entregarán los objetos directamente o en depósito con la expresa obligación de presentarlos cada vez que sean requeridos. Las autoridades competentes deberán darle cumplimiento inmediato a la orden que en este sentido impartan el Juez o Jueza o el o la Fiscal, so pena de ser enjuiciados o enjuiciadas por desobediencia a la autoridad, conforme a lo dispuesto en el Código Penal.

Cuestiones Incidentales

Artículo 294. Las reclamaciones o tercerías que las partes o terceros entablen durante el proceso con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o que se incautaron se tramitarán ante el Juez o Jueza de Control, conforme a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil para las incidencias.

El tribunal devolverá los objetos, salvo que estime indispensable su conservación.

Lo anterior no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al propietario en cualquier estado del proceso, una vez comprobada su condición por cualquier medio y previo avalúo.

Derechos de la Víctima

Artículo 122. Quien de acuerdo con las disposiciones de este Código sea considerado víctima, aunque no se haya constituido como querellante, podrá ejercer en el proceso penal los siguientes derechos:

4. Solicitar medidas de protección frente a probables atentados en contra suya o de su familia.

b) Medidas Cautelares

b.1) Medidas Cautelares de Coerción Personal

b. 1.1) Principios

Presunción de Inocencia

Artículo 8°. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.

Afirmación de la Libertad

Artículo 9°. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o imputada, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Estado de Libertad

Artículo 229. Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas en este Código.

La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.

Proporcionalidad

Artículo 230. No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Excepcionalmente y cuando existan causas graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal, que se encuentren próximas a su vencimiento, el Ministerio Público o el o la querellante podrán solicitar prórroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado, y cuando fueren varios los delitos imputados, se tomará en cuenta la pena mínima prevista para el delito más grave.

Igual prórroga se podrá solicitar cuando dicho vencimiento se deba a dilaciones indebidas atribuibles al imputado o imputada, acusado o acusada, o sus defensores o defensoras.

Estas circunstancias deberán ser motivadas por el o la Fiscal o el o la querellante.

Si el caso se encuentra en la Corte de Apelaciones, se recibirá la solicitud y se remitirá de inmediato con los recaudos necesarios al Juzgado de Primera Instancia que conoce o conoció de la causa, quien decidirá sobre dicha solicitud.

Limitaciones

Artículo 231. No se podrá decretar la privación judicial preventiva de libertad de las personas mayores de setenta años, de las mujeres en los tres últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o hijas hasta los seis meses posteriores al nacimiento, o de las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal, debidamente comprobada.

En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará la detención domiciliaria o la reclusión en un centro especializado.

Motivación

Artículo 232. Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada. Ésta se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a los afectados o afectadas.

El Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos y ciudadanas a quienes les hayan sido impuestas medidas de coerción personal.

Interpretación Restrictiva

Artículo 233. Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.

b. 1.2) Competencia del Ministerio Público en materia cautelar

Atribuciones del Ministerio Público

Artículo 111. Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:

11. Requerir del tribunal competente las medidas cautelares y de coerción personal que resulten pertinentes.

18. Solicitar al tribunal competente declare la ausencia del evadido o prófugo sobre el que recaiga orden de aprehensión y que proceda a dictar medidas definitivas de disposición sobre los bienes relacionados con el hecho punible, propiedad del mismo o de sus interpuestas personas.

b.1.3. Competencia de los órganos Jurisdiccionales

Competencias Comunes.

Artículo 67. Son competencias comunes a los Tribunales de Primera Instancia Municipal en funciones de control y de los Tribunales de Primera Instancia Estatal en funciones de control; velar por el cumplimiento de las garantías procesales, **decretar las medidas de coerción que fueren pertinentes**, realizar la audiencia preliminar, la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, y de las medidas alternativas a la prosecución del proceso, así como cualquier otra establecida en este Código o en el ordenamiento jurídico. También serán competentes para conocer la acción de amparo a la libertad y seguridad personal, salvo cuando el presunto agravante sea un tribunal de la misma instancia, caso en el cual el tribunal competente será el superior jerárquico.

b.2.- De las Medidas Cautelares de Coerción Personal

b.2.1.- De la Aprehensión por Flagrancia

Definición

Artículo 234. Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que el o ella es el autor o autora.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso o sospechosa, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo o entregándola a la autoridad más cercana, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República en relación con la inmunidad de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional y a los consejos legislativos de los estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado o imputada.

Procedimiento Especial

Artículo 235. En los casos de flagrancia se aplicará el procedimiento especial previsto en el Título II del Libro Tercero.

b.2.2.- De la Privación Judicial Preventiva de Libertad

Procedencia

Artículo 236. El Juez o Jueza de Control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado o imputada siempre que se acredite la existencia de:

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita.
2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora, o partícipe en la comisión de un hecho punible.
3. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de

obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación.

Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud fiscal, el Juez o Jueza de Control resolverá respecto al pedimento realizado. En caso de estimar que concurren los requisitos previstos en este artículo para la procedencia de la privación judicial preventiva de libertad, deberá expedir una orden de aprehensión del imputado o imputada contra quien se solicitó la medida.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su aprehensión, el imputado o imputada será conducido ante el Juez o Jueza, para la audiencia de presentación, con la presencia de las partes, y de la víctima si estuviere presente y resolverá sobre mantener la medida impuesta, o sustituirla por otra menos gravosa.

Si el Juez o Jueza acuerda mantener la medida de privación judicial preventiva de libertad durante la fase preparatoria, el o la Fiscal deberá presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la decisión judicial.

Vencido este lapso sin que el o la Fiscal haya presentado la acusación, el detenido o detenida quedará en libertad, mediante decisión del Juez o Jueza de Control, quien podrá imponerle una medida cautelar sustitutiva.

En todo caso, el Juez o Jueza de Juicio a solicitud del Ministerio Público decretará la privación judicial preventiva de la libertad del acusado o acusada cuando se presuma fundadamente que éste o ésta no dará cumplimiento a los actos del proceso, conforme al procedimiento establecido en este artículo.

En casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, y siempre que concurren los supuestos previstos en este artículo, el Juez o Jueza de Control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado o investigada. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión, y en los demás se seguirá el procedimiento previsto en este artículo.

Por otra parte, es importante destacar que se estatuyen diversos artículos referidos a aspectos procedimentales de las medidas cautelares, los cuales serán desarrollados en su oportunidad, no obstante, se citan los siguientes:

Artículo 237 (Peligro de Fuga); Artículo 238 (Peligro de Obstaculización); Artículo 239 (Improcedencia); Artículo 240 (Auto de privación judicial preventiva de libertad); Artículo 241. Información.

b.2.3.- De las Medidas Cautelares Sustitutivas

Modalidades

Artículo 242. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:

1. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene.
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal.
3. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que aquel designe.
4. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
7. El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres, niños o niñas, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado o imputada.
8. La prestación de una caución económica adecuada, de posible cumplimiento por el propio imputado o imputada o por otra persona, atendiendo al principio de proporcionalidad, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas, o garantías reales.
9. Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria.

En caso de que el imputado o imputada se encuentre sujeto a una medida cautelar sustitutiva previa, el tribunal deberá evaluar la entidad del nuevo delito cometido, la conducta predelictual del imputado o imputada y la magnitud del daño, a los efectos de otorgar o no una nueva medida cautelar sustitutiva.

En ningún caso podrán concederse al imputado o imputada, de manera simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas.

Igualmente, se consagran diversos artículos referidos a aspectos procedimentales de las medidas cautelares sustitutivas, que serán desarrollados en el capítulo correspondiente, sin embargo, se citan los siguientes:

Artículo 243. Caución Económica; Artículo 244. Caución Personal; Artículo 245. Caución Juratoria; Artículo 246. Obligaciones del Imputado o Imputada; Artículo 247. Acta; Artículo 248. Revocatoria por Incumplimiento; Artículo 249. Imposición de las Medidas; Artículo 250. Examen y Revisión; Artículo 296. Vencimiento; Artículo 301. Efectos y Artículo 385. Medidas Precautelativas en el Extranjero

b.2.4.- Coerción Personal sobre la víctima o terceros

-Mandato de Conducción Artículo 292.

-Comparecencia Coactiva de Testigos o Expertos. Artículo 340.

b.2.5.- Diligencias de investigación que requieren orden judicial por incidir en Derechos Fundamentales

-De la Ocupación e Interceptación de Correspondencia y Comunicaciones Artículos 204 a 207.

-Allanamiento. Artículo 196.

b.3.- Medidas Cautelares de Coerción Real

Remisión

Artículo 518. Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas a la aplicación de las medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, serán aplicables en materia procesal penal.

Las decisiones que se dicten con ocasión de las medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles

e inmuebles, serán impugnables únicamente por los medios y en los casos expresamente establecidos en este Código.

Vistos los artículos anteriores, se aprecia la regulación que opera en materia de medidas en el proceso penal, el cual comprende diversas medidas tanto de naturaleza preventiva como cautelar.

2.- Demás leyes

Además del Código Orgánico Procesal Penal, existen otras normas relacionadas con el campo penal, que incluyen un régimen especial de medidas, tales como las siguientes:

-Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014); -Ley Orgánica de Drogas (2010);

-Ley Contra la Corrupción (2014);

-Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012);

-Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015);

-Ley contra el Secuestro y la Extorsión (2009);

-Ley de Aeronáutica Civil (2009);

-Ley Orgánica de Precios Justos (2015);

-Ley Orgánica de Protección de Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Procesales (2006);

-Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones (2013);

-Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (2015)

-Ley de Instituciones del Sector Bancario (2014), entre otras, las cuales contemplan aspectos que inciden en el ámbito de las medidas y el Código de Procedimiento Civil (1986).

c.- Definiciones. Precisión terminológica.

Se hace necesario realizar algunas precisiones terminológicas relacionadas con las medidas, en principio, destinadas a demarcar la definición de las medidas preventivas y las medidas cautelares.

En primer término, es oportuno indicar que las medidas cautelares se encuentran insertas en el estudio de la tutela preventiva, no obstante, no todas las medidas preventivas son cautelares, por tal razón se realiza la división.

En tal sentido, la función preventiva (medidas preventivas) es la posibilidad legal de todos los órganos del Poder Público de evitar la ocurrencia de eventos lesivos al ordenamiento jurídico, y en consecuencia los derechos subjetivos de los administrados, a diferencia del poder cautelar (medidas cautelares propiamente dichas), está concebido como el conjunto de medidas preventivas cuya finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso y mediatamente, la futura ejecución y efectividad de un fallo a dictarse en un proceso.

Igualmente, se destaca que los órganos jurisdiccionales pueden dictar medidas preventivas en los diversos procesos que conozcan.

Como corolario, en lo que respecta a la diferencia entre la tutela preventiva y la tutela cautelar, Ortíz-Ortíz (2015), afirma que:

Una nota diferenciadora de ambas situaciones se encuentra en que la “tutela preventiva” tiene como finalidad la salvaguarda de situaciones concretas que interesan al Estado de Derecho, y que puede ser adoptada por todos los órganos del Poder Público, mientras que la tutela cautelar está en función asegurativa de los efectos del proceso, es decir, son instrumentales de los proceso judiciales y, en consecuencia solo pueden ser dictadas por órganos de la función jurisdiccional. La diferencia se centra en la “causa”, en uno, prevención directa de derechos subjetivos, en las cautelares, la eficacia (ejecución) y efectividad de un fallo. (p. 88).

Ahora bien, por otra parte, es importante destacar lo relativo a la exclusividad de los órganos jurisdiccionales de tutela cautelar, en tal sentido, dicha tutela es una potestad exclusiva del orden jurisdiccional. Igualmente, se asume que todos los órganos del Poder Público pueden dictar medidas preventivas, y que dentro de ellos, hay algunas medidas de prevención que tienen un fin determinado, específico y exclusivo, cuál es la garantía de la eficacia de una sentencia y la efectividad de un proceso judicial, entonces resulta absolutamente claro que las medidas cautelares sólo pueden ser dictadas por los órganos jurisdiccionales. Al respecto, aduce Ortíz-Ortíz (2015) que:

De hecho, la gran mayoría de los autores especifican como una de las características más importantes de la tutela cautelar, la “jurisdiccionalidad”, e incluso el maestro RICARDO HENRÍQUEZ plantea la “judicialidad”, un poco para evidenciar que, si el fin inmediato es la salvaguarda de los derechos de los justiciables debatidos en un juicio, y mediatamente, la salvaguarda de la Administración de justicia, entonces la “potestad cautelar” es una emanación de la “potestad jurisdiccional”. Esta es la razón por la cual no puede explicarse, ni admitirse, que exista un “poder cautelar” en cabeza de las Administraciones públicas, así como también es incoherente que el Parlamento o nuestra Asamblea Nacional sea titular de una “potestad cautelar”. (p. 90).

En tal sentido, es oportuno realizar tal precisión, en virtud que distintos autores yerran al indicar que el Ministerio Público posee poder cautelar, tal como se aprecia en los siguientes extractos:

Rionero y Bustillos (2004), aducen que:

Advertimos nuevamente, el propósito loable de la presente investigación: examinar el Poder Cautelar asequible en la cabeza de los representantes del Ministerio Público, aclarando la extensión y límites que definen dicha facultad. Para ello, sirva un primer apartado, una referencia genérica sobre la potestad cautelar en el proceso penal venezolano. (p. 254)

Por su parte, Tamayo (2011) apunta que:

(...) que han sido víctimas de odiosos abusos por la confusión que provoca la anotada falta de regulación, sino también a los jueces y fiscales del Ministerio Público a la hora de decidir acerca del tipo y clase de medidas de aseguramiento cautelar (...) (p. 9).

Ante tal escenario, es importante citar lo señalado por Rocco (cit. p. por Ortiz-Ortíz 2015):

“Y ante todo, se impone una observación, a saber, que la confusión general de conceptos, la escasa elaboración doctrinal, la inadecuada reglamentación legislativa, han extraviado la mayor parte de los cultivadores del derecho procesal, que han aunado en un concepto único las providencias cautelares emitidas en vía de acción y las medidas cautelares en el campo del derecho sustancial, público o privado, se encaminan a prevenir o reprimir la violación de los intereses tutelados por el Derecho. En efecto, se ha querido construir un concepto general de todas las varias manifestaciones de poderes o potestades que se dirijan a eliminar los peligros que pueden atentar contra los intereses tutelados por el derecho, previniendo o reprimiendo su violación.” (p. 88).

Igualmente, Bello Castillo (2004), ha enfatizado esta confusión de conceptos jurídicos, indicando que se mezclan funciones jurisdiccionales con administrativas, sin tomar en cuenta la naturaleza jurídica del instituto que se

hace valer y las consecuencias jurídicas que tan indebida utilización conlleva a la Ciencia del Derecho. (p. 111)

d.- Naturaleza o categorización jurídica

La naturaleza jurídica de las medidas preventivas en general obedece a la idea misma del Estado de Derecho, en el sentido que el fin último del mismo es la tutela de los derechos de los ciudadanos, en tal sentido, la necesidad de prevención surge en virtud que en ocasiones la presencia del Estado en la referida tutela se presenta de forma tardía, por lo cual es menester la intervención anticipada, para evitar un daño o perjuicio.

Por ello, apunta Bello Castillo (2004), que:

El Estado de Derecho existe y se mantiene en la medida que se garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que éstos constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual, el Estado Liberal de Derecho, o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad como parte del componente social y colectivo de la vida humana, el Estado social de Derecho.

El modelo constitucional de sociedad se determina a través de las normas que reconocen la existencia de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y el sistema económico que lo rige. (p. 5)

Siguiendo el orden de ideas, apunta Bacigalupo (1999), que:

La idea de Estado social y democrático de derecho no depende de que la Constitución haga una declaración expresa en su favor; constituye la base sobre la que se asienta la mayor parte de los órdenes jurídicos europeos u americanos. (p. 26). Sin embargo, nuestro más alto grado del orden jurídico consagra expresamente que el Estado venezolano se constituye en un

Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, tal como se plasma a continuación:

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

Artículo 3. **El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona** y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines. (Resaltado nuestro)

Vistos los artículos anteriormente transcritos, se evidencia que nuestro Estado de Derecho obliga al Derecho Procesal Penal (como parte integrante del ordenamiento jurídico), a ajustarse o consonarse con el modelo de Estado social de Derecho, así como aferrarse a los valores y principios que este propugna. Por tal razón, la cuestión referida a la imbricación que existe entre el Estado de Derecho y el Derecho penal, es tan sustancial, que incluso es el fundamento que justifica y contiene el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Ahora bien, se advierte que no es suficiente con el manejo de un articulado que regule lo atinente a las medidas, sino es necesario manejar la Teoría General del Proceso, en aras de manejar fundamentos dogmáticos sólidos para manejarnos con un sistema de tutela preventiva y cautelar, respetuoso de los Derechos Humanos y que ofrezca seguridad jurídica, para

ello, se deben tener presente los Principios y valores que caracterizan al Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Siguiendo el orden de ideas, apunta Muñoz Conde (2007), que:

Se entiende que en la actualidad el referido modelo de Estado de Derecho, proviene del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos, Tratados Internacionales, como la Declaración de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (artículo 23, caso venezolano), que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio. (p. 68)

En ese sentido, queda claro que los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es, por lo tanto, un problema constitucional, así como un problema jurídico-penal. En ambos casos forma parte del objeto de la ciencia del derecho y más concretamente, de la ciencia del Derecho Procesal Penal.

Entonces, entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, implica la necesidad de conferir a la pena la función preventiva que no puede basarse en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, el quebrantamiento del orden jurídico-penal.

Ahora bien, para que el Estado social no degenera en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos.

En el mismo tenor, es oportuno citar lo señalado por Santiago Mir Puig (1994):

En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le

atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal....Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores” (p. 44-65).

En el mismo contexto, sostiene Roxin (1997) que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. (p.137). Lo que significa que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino también debe imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’, esto se logra atendiendo en primer término, a las bases que constituyen la idea del Estado de Derecho, así como a principios constitucionales, y procesales.

Así las cosas, el Derecho Procesal Penal venezolano procuró ajustarse a la idea de la nueva concepción del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, al incluir en nuestra legislación, un Código Procesal ajustado a lo que se concibe como un “sistema predominantemente acusatorio”, desplazando el superado “sistema inquisitivo”, el cual se caracteriza por ser violatorio de los Derechos Humanos. Sin embargo, la regulación de los aspectos referidos a la tutela preventiva y cautelar no están desarrollados de manera exhaustiva, siendo necesario acudir a distintas normas dispersas en un gran número de leyes colaterales, lo cual denota

una falta sistematización, lo que se puede traducir en distorsiones de las referidas instituciones.

Ahora bien, las medidas preventivas además de la idea del Estado de Derecho, se inscriben en la línea de los Derechos Fundamentales, teniendo presente que la Tutela Judicial Efectiva es considerada precisamente como un Derecho Fundamental, por ello, sostiene Bello Castillo (2004), que:

La garantía de cumplimiento de los derechos fundamentales corresponde al Estado, quien determina las bases normativas de ellos, y la Constitución va a ser el marco regulador de todo este sistema jurídico político del Estado de Derecho. Los derechos fundamentales son una creación técnico-jurídica que opera como garantías formales del funcionamiento del sistema político del Estado de Derecho. (p. 7).

En el mismo sentido, Ortiz-Ortiz (2001)

- a) Los derechos fundamentales constituyen el reconocimiento de un “sistema de valores” explícita e implícitamente reconocido por el Constituyente, este es, articulación de los valores del pueblo, y abarcan y exceden la noción de “derechos individuales” pues dentro de esta noción bien cabe entender también los derechos colectivos, sociales, económicos e incluso, los llamados derecho de la tercera generación;
- b) Los derechos fundamentales constituyen fuente de tutela privilegiada por parte de todas las ramas del Poder Publico, pues –como antes se dijo- su “legitimidad” depende en la medida que tales derechos sean desarrollados, protegidos y tutelados; la verdadera tutela judicial efectiva se logra cuando la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se realiza a través de un procedimiento con celeridad, gratuidad, sencillo en sus formas y -como anota Fix Zamudio- con un sistema flexible de medidas cautelares.
- c) La tutela de los derechos fundamentales requiere de la existencia, en la legislación ordinaria, de un amplio marco de posibilidades jurisdiccionales, es decir, de un sistema, lo más amplio posible de “garantías constitucionales” entendiendo por tales el conjunto de remedios procesales que tutelan y aseguran la

vigencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico. (p. 80).

Vistos los extractos anteriores, se evidencia la importancia de la eficacia del Estado de Derecho en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales. No obstante, tal tutela del Estado está sometida a la legalidad, ante lo cual debe ceñirse a lo señalado en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra la supremacía constitucional, así como el artículo 37 ejusdem, que consagra el sometimiento de los Órganos del Poder Público a la Constitución y las leyes –principio de legalidad-.

Igualmente, es preciso citar el contenido del artículo 51 de la Constitución que consagra el derecho de petición (elevar pretensiones):

Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

Esta norma es diáfana en el sentido que todos los ciudadanos tienen el derecho de acudir a los órganos del Estado para hacer sus solicitudes y obtener oportuna respuesta; así mismo, el Estado tiene el deber de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 ejusdem. Escenario ante el cual se cumple la efectiva y oportuna respuesta al contar con una serie de mecanismos especiales destinados a la tutela preventiva constitucional (amparo, habeas data), como legales (medidas preventivas y cautelares).

Al respecto, adiciona Bello Castillo (2014), que:

A pesar de que, el órgano -por excelencia- llamado a salvaguardar el Estado de Derecho –y por consiguiente la legitimidad del Estado mismo- es el poder judicial o jurisdiccional, y que realiza a través del proceso, el cual es el mecanismo para hacer efectiva tanto la justicia formal como la justicia material de los justiciables; y que esa efectividad se logra a través de mecanismos preventivos entre ellos: las medidas cautelares, las cuales materializan los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y el debido proceso entre otros, ello no significa la exclusividad de este Poder Público para realizar los Principios del Estado de Derecho, así como la protección de los derechos ciudadanos en general, por lo que el órgano legislativo y el ejecutivo están llamados también a cumplir parte de esas actividades de tutela preventiva.

Se entiende entonces que, la misión de salvaguarda de la legitimidad del Estado la tienen todos los órganos del Poder Público, y que a su vez, les corresponde prevenir cualquier amenaza de violación a ese Estado de Derecho. Pero, una cosa es la función preventiva de los órganos del Poder Público y otra, la jurisdicción preventiva, dentro de la cual se encuentra la institución de las medidas cautelares.

En el marco del sistema venezolano de la protección cautelar existen aspectos relevantes, la diferenciación entre las medidas preventivas (tutela preventiva) que, como facultad tiene cada uno de los órganos del poder público, y las medidas cautelares que corresponden al órgano jurisdiccional exclusivamente, aspectos sobre los cuales, a pesar de que ha escrito suficiente literatura jurídica, se mantienen en muchos ámbitos la denominación de medidas cautelares a todo tipo de medida preventiva, no sólo del órgano jurisdiccional, sino de la Administración Pública, y que se evidencia en la redacción de las más recientes leyes Administrativas promulgadas. (p. 14).

Dicho lo anterior, al quedar claro que el fundamento de las medidas preventivas surge en la esencia misma del Estado de Derecho, así como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no obstante, se debe advertir que al ser variadas las medidas preventivas en virtud de su clasificación -a pesar que todas tienen en común el aspecto “preventivo” ya

que procuran evitar una lesión o daño, o cualquier situación de peligro-, ya que cada una obedece a un fin y objeto distinto.

En tal sentido, siguiendo al profesor Ortíz-Ortíz (2015), el aspecto preventivo, abarca dos ámbitos, a saber:

Desde el punto de vista “sistemático”, la función preventiva opera en dos sentidos claramente diferenciados: (i) como una obligación de todos los órganos que integran el Poder Público; y también (ii) como salvaguarda del Estado de Derecho y los derechos fundamentales. (p. 83).

Así mismo, cuando los órganos jurisdiccionales ejercen la función preventiva las mismas pueden ser distintas en su naturaleza específica por cuanto su objeto se diversifica el tratamiento científico que se le da a esta función. Bello Castillo (2014) (p. 73).

Así las cosas, la tutela preventiva tiene como finalidad la salvaguarda de situaciones determinadas o concretas que interesan al Estado de Derecho, existiendo la posibilidad que pueda ser adoptada por cualquiera de los órganos que integran al poder público, sin embargo, cada una de las medidas obedece a una naturaleza distinta.

Ahora bien, en lo que respecta a las medidas cautelares, la naturaleza jurídica ha sido más discutida, surgiendo diversas posturas que otorgan un tratamiento distinto, considerándolas: i) acción procesal; ii) proceso; iii) providencias; iv) institución preventiva; y, v) institución procesal autónoma e instrumental, lo cual requiere un breve resumen de cada una de las posturas así como la determinación del criterio dominante en la actualidad.

i) Acción procesal:

Esta categorización se atribuye como máximo exponente a Chiovenda (1925), Ortíz-Ortíz (2015), en referencia a tal planteamiento, ha sostenido lo siguiente:

La cautela se convierte en una acción dirigida a obtener una providencia jurisdiccional, por ello se sostiene que es pura acción distinta del derecho garantizado y fundamenta en que existe –en el caso de la materia cautelar- un derecho actual, aún cuando todavía no se sabe con certeza la existencia del derecho debatido en el fondo. (p. 243)

Es importante destacar que esta posición ha recibido duras críticas, tanto por Carnelutti (1942), quien sostiene que la acción cautelar se contrapone a la acción definitiva, lo mismo que el proceso cautelar al proceso definitivo (p. 126). Por su parte, Quintero (1974), advierte que:

Chiovenda hace notar que toda clasificación de la acción como poder jurídico condicionante de la actuación de la ley a través del órgano jurisdiccional, debe estar fundada en la naturaleza diversa de la resolución a que se dirige; y que a la vez, parte dentro de su exposición de una definición de la acción aseguradora, correspondida por los pronunciamientos que realiza una tutela de conservación, se refiere -indistintamente- a las medidas provisionales, de cautela, o de conservación. (p. 32)

Igualmente, se observan otras críticas como la de Couture (1981), quien aduce que una clasificación de esa naturaleza corresponde a un criterio didáctico, en virtud que el concepto de acción procesal es único, abstracto e indivisible. (p. 180)

Finalmente, surgen diversas críticas de otros autores, no obstante, tal como apunta Ortíz-Ortíz (2015), tal discusión de si se considera una acción, se encuentra superada, ya que la acción es de carácter universal, abstracta, independiente y completamente desligado al derecho material o sustancial discutido en el proceso, es decir, se concibe como una unidad, bajo una óptica integral, como un poder y no como varios poderes. (p. 247.)

ii) Proceso: Carnelutti

Esta categorización se debe principalmente a Carnelutti (1959), quien sostiene la tesis de la cautela como proceso. Sostiene Jiménez Salas (1999) que el maestro Carnelutti, indica que son un proceso, por no afectar lo principal del pleito y por tener un trámite autónomo que corre paralelo al proceso principal (p. 14); no obstante, este criterio es criticado porque considera que todo acto procesal tiene una secuencia, trámite y lapsos, sin que por ello cada acto procesal sea un proceso, sino eslabones del procedimiento que son parte de la unidad mayor denominada proceso, por ello no es proceso la incidencia de cuestiones previas, ni la etapa probatorio, y por tanto, tampoco es proceso, la temática cautelar.

A esta idea de concebir las cautelas como un proceso se suman algunos autores como Morales Molina, Víctor Fairen Guillen, y Prieto Castro, Palacio, entre otros, para este último, prefiere acoger la denominación de proceso cautelar, con algunas diferencias con respecto del procedimiento ordinario. Finalmente, Ortiz-Ortiz (2015) se suma a la crítica de Jiménez, en referencia a que se está confundiendo las nociones de proceso y procedimiento; mientras el proceso puede visualizarse como un todo, el procedimiento son trámites necesarios; la existencia de ellos no autoriza a catalogarlo como un proceso especial y distinto del único proceso. (p. 260)

iii) Providencias:

Esta categorización se debe a Calamandrei (1964), quien las definió como un tipo de providencia, siendo la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a evitar el daño que pudiese derivar del retardo de la misma, en virtud que tienden a conservar o modificar un estado de hecho existente, por ello la división entre conservativas y modificativas.

Esa categoría ha encontrado cobijo en legislaciones extranjeras, tales como el Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, que contiene un libro titulado “alternativas comunes a todos los procesos”, encabezados por las “Providencias Cautelares”; el Código de Procedimiento Civil del Estado de Morelos (México), consagra en su Libro tercero “Las Providencias Cautelares”, e incluso en Venezuela, los parágrafos del artículo 588 emplea el término providencias.

Ubicamos que Ortíz (2015), plantea que:

La crítica referida a que se está respondiendo es a una clasificación de sentencias, y ello no puede servir para determinar la esencia de las medidas cautelares, ya que se trata únicamente el efecto de la sentencia, pero en modo alguno puede cualificar determinadamente la naturaleza de la sentencia misma, y menos de la institución cautelar. (p. 262-263).

iv) Institución preventiva, autónoma e instrumental

Este concepto ha tomado fuerza en los últimos tiempos, ya que como se ha plasmado a lo largo del presente trabajo, ha surgido una denominada jurisdicción preventiva, que abarca lo cautelar, ya que responden al mismo fin ideológico, lo que se asoma a la idea de una justicia preventiva y cautelar.

Ahora bien, apunta Ortíz-Ortíz (2015), lo siguiente:

A nuestra manera de ver, se trata de una institución (para referirnos a aquellos entes cuya inexistencia sería echada de menos, y su existencia comporta un bien digno de proteger), de carácter procesal (porque está diseñada y dispuesta por y para el proceso, como una modalidad de tutela preventiva o diferenciada de la tutela ordinaria), y además goza de dos notas cualificantes: es instrumental, su absoluta independencia ontológica y la fijación de propios trámites procedimentales; desde luego que la categoría jurídica de las medidas cautelares será la de institución procesal autónoma e instrumental. (p. 270).

e.- Principios que rigen en materia de tutela preventiva y cautelar

El sistema de medidas, al igual que la mayoría de las instituciones de derecho procesal, está regido por una serie de principios, que a juicio de Canova (1998), (p. 256), son los siguientes:

i) Excepcionalidad: Tal principio encuentra cabida en lo señalado en los artículos 9 y 229 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que disponen expresamente lo siguiente:

Afirmación de la Libertad

Artículo 9°. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente **la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o imputada, o su ejercicio, tienen carácter excepcional**, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Resaltado nuestro)

Estado de Libertad

Artículo 229. Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas en este Código.

La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.

Se aprecia expresamente que tanto las medidas cautelares de coerción personal como las demás medidas que incidan en los derechos del imputado, tienen carácter excepcional, lo que significa que son medidas que no necesariamente deben adoptarse en el proceso penal, sino eventualmente cuando sean necesarias.

ii) Restrictiva: Igualmente, en lo referido al carácter restrictivo de la interpretación del sistema de medidas, los artículos 9 y 233 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), contemplan lo relativo a este principio.

Afirmación de la Libertad

Artículo 9°. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o imputada, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, **sólo podrán ser interpretadas restrictivamente**, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Resaltado nuestro)

Interpretación Restrictiva

Artículo 233. **Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.** (Resaltado nuestro)

Se entiende que la interpretación debe ser restrictiva, lo que significa en limitarnos a lo expresado en la ley, sin pretender otorgar una interpretación más allá de lo expresamente consagrado en la misma. Es importante destacar que este es el método empleado por el Derecho Penal, para interpretar sus normas, bien sea para aplicar tipos penales, y también, en el presente caso en lo que respecta a las medidas.

Se hace la salvedad, que con respecto al criterio denominado *odiosa restringenda, favorabilia sunt ampliada*, la interpretación restrictiva sólo puede ser entendida en términos de prohibir ampliar el margen de aplicación de una ley penal, es decir, que pune en mayor medida o que es menos benigna para el imputado, no obstante, podemos interpretar extensivamente cuando la interpretación favorece al imputado, lo que significa que puede ser extensiva en virtud del *in dubio pro reo*.

El *in dubio pro reo* es considerado por algunos autores como un criterio de interpretación, y para otros como principio. No obstante tal señalamiento, lo que sí es entendido de forma unánime es que el mismo está referido a la interpretación y a la aplicación retroactiva de la norma en la medida que es más favorable.

Finalmente, apunta Gibbs (2009), que: es que han sido éstas interpretadas de manera restrictiva, quedando limitada su operatividad, para garantizar la eficacia de un específico tipo de pretensión y su adopción sólo procede luego del cumplimiento estricto de cada requisito legal. (p. 127).

iii) Expresas

Este principio se inscribe en el principio de legalidad formal (procesal), que propugna que los actos procesales deben adecuarse o subsumirse a las formas preestablecidas en la ley. Al respecto, los artículos 9 y 232 disponen expresamente lo siguiente.

Afirmación de la Libertad

Artículo 9°. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o imputada, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Resaltado nuestro)

Motivación

Artículo 232. Las medidas de coerción personal **sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código,** (...)(Resaltado nuestro)

Al respecto, apunta Borrego (2002), que la legalidad procesal está íntimamente relacionada con el debido proceso y el derecho a la defensa, tal como describe a continuación:

El debido proceso nace y encuentra su mejor ambiente en el principio de legalidad procesal *nulla poena sine iudicio*, es decir, tiene que ver con la legalidad de las formas, de aquellas que se declaren esenciales para que exista un verdadero, auténtico y eficaz contradictorio y que a la persona condenada se le haya brindado la oportunidad de ejercer apropiadamente la defensa. (p. 332)

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión N^o 583, de fecha 30 de marzo de 2007, expresamente indicó en relación al principio de legalidad, lo siguiente:

Ahora bien, con relación específicamente al principio de legalidad procesal en el ámbito del debido proceso, puede sostenerse que aun cuando no es tarea sencilla exponer el contenido preciso de esta última institución, en virtud de la cantidad de derechos y garantías que acoge en su interior, sin embargo, tradicionalmente la idea del debido proceso se vincula al aforismo latino *nulla poena sine iudicio legale*, el cual expresa la dimensión procesal del principio de legalidad, es decir, la noción de sujeción del Estado y la sociedad a la Ley y, por ende, el obligatorio acatamiento por todos de las normas preexistentes, y de un juicio legal para poder determinar la comisión de un hecho punible y la responsabilidad penal de una persona.

iv) Proceden demuestren circunstancias extraordinarias

Motivación

Artículo 232. Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, **mediante resolución judicial fundada**. Ésta se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a los afectados o afectadas.

El Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos y ciudadanas a quienes les hayan sido impuestas medidas de coerción personal. (Resaltado nuestro)

Auto de privación judicial preventiva de libertad

Artículo 240. La privación judicial preventiva de libertad sólo podrá decretarse por decisión debidamente fundada que deberá contener:

v) Deben ser proporcionales

La proporcionalidad encuentra cobijo expreso en los artículo 230 y 249 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que disponen lo siguiente:

Proporcionalidad

Artículo 230. No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Excepcionalmente y cuando existan causas graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal, que se encuentren próximas a su vencimiento, el Ministerio Público o el o la querellante podrán solicitar prórroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado, y cuando fueren varios los delitos imputados, se tomará en cuenta la pena mínima prevista para el delito más grave.

Igual prórroga se podrá solicitar cuando dicho vencimiento se deba a dilaciones indebidas atribuibles al imputado o imputada, acusado o acusada, o sus defensores o defensoras.

Estas circunstancias deberán ser motivadas por el o la Fiscal o el o la querellante.

Si el caso se encuentra en la Corte de Apelaciones, se recibirá la solicitud y se remitirá de inmediato con los recaudos necesarios al Juzgado de Primera Instancia que conoce o conoció de la causa, quien decidirá sobre dicha solicitud.

Imposición de las Medidas

Artículo 249. El tribunal ordenará lo necesario para garantizar el cumplimiento de las medidas a que se refiere el artículo 242 de este Código. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad, o se impondrán otras cuyo

cumplimiento sea imposible. En especial, se evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado o imputada impidan la prestación.

Lógicamente, existe esta limitación a la libertad individual, así como la disponibilidad de bienes, u otras medidas de diversa índole, las cuales deben estar adecuadas a la proporcionalidad que abarca un límite racional y de necesidad, en aras de evitar que se conviertan en penas anticipadas y contraríen los postulados de la presunción de inocencia.

vi) No deben acarrear un pronunciamiento sobre el fondo, ni anticipar los efectos del fallo

El artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), dispone lo siguiente:

Proporcionalidad

Artículo 230. No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave. (...)

El artículo transcrito es claro en el sentido que la medida de coerción personal no podrá comportar una pena en sí misma, es decir, no sobrepasar la misma. Este aspecto es atinente a la instrumentalidad, como característica de las medidas.

vii) No deben afectar el interés general

El artículo 232 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), consagra que:

Motivación

Artículo 232. Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada. **Ésta se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a los afectados o afectadas.**

El Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos y ciudadanas a quienes les hayan sido impuestas medidas de coerción personal. (Resaltado nuestro)

Esto significa que debe ser lo menos o lesiva para el interés privado. Apunta Tamayo (2011), que: Las satisfacción del interés general ha de ser alcanzado en este caso por una medida igualmente eficaz en comparación con otra, pero que lesione con menor intensidad los intereses privados. Luego, la medida cautelar, resultando menos gravosa, debe ser asumida por el sujeto pasivo de la misma. (p. 37).

viii) Solicitud Expresa de las partes (Ministerio Público)

Existen diversas normas del Código Orgánico Procesal Penal que contemplan expresamente que las medidas cautelares proceden a solicitud del Ministerio Público, como director de la investigación penal y ente cualificado para ejercer la pretensión punitiva en nombre del Estado.

Este aspecto es propio de los sistemas acusatorios, en los cuales corresponde al Ministerio Público erigirse como el titular de la aludida pretensión punitiva y todo lo que comprende dicho ejercicio, el cual abarca

ser partícipe en la materialización de las medidas, particularmente solicitando al órgano jurisdiccional que sean acordadas las mismas.

Entre las diversas normas se ubican los siguientes extractos de las mismas:

De la Privación Judicial Preventiva de Libertad

Procedencia

Artículo 236. El Juez o Jueza de Control, **a solicitud del Ministerio Público**, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado o imputada siempre que se acredite la existencia de:

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita.
2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora, o partícipe en la comisión de un hecho punible.
3. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación.

Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud fiscal, el Juez o Jueza de Control resolverá respecto al pedimento realizado. En caso de estimar que concurren los requisitos previstos en este artículo para la procedencia de la privación judicial preventiva de libertad, deberá expedir una orden de aprehensión del imputado o imputada contra quien se solicitó la medida.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su aprehensión, el imputado o imputada será conducido ante el Juez o Jueza, para la audiencia de presentación, con la presencia de las partes, y de la víctima si estuviere presente y resolverá sobre mantener la medida impuesta, o sustituirla por otra menos gravosa.

Si el Juez o Jueza acuerda mantener la medida de privación judicial preventiva de libertad durante la fase preparatoria, el o la Fiscal deberá presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la decisión judicial.

Vencido este lapso sin que el o la Fiscal haya presentado la acusación, el detenido o detenida quedará en libertad, mediante

decisión del Juez o Jueza de Control, quien podrá imponerle una medida cautelar sustitutiva.

En todo caso, el Juez o Jueza de Juicio a solicitud del Ministerio Público decretará la privación judicial preventiva de la libertad del acusado o acusada cuando se presuma fundadamente que éste o ésta no dará cumplimiento a los actos del proceso, conforme al procedimiento establecido en este artículo.

En casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, y siempre que concurren los supuestos previstos en este artículo, el Juez o Jueza de Control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado o investigada. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión, y en los demás se seguirá el procedimiento previsto en este artículo.

Peligro de Fuga

Artículo 237. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La pena que podría llegarse a imponer en el caso.
3. La magnitud del daño causado.
4. El comportamiento del imputado o imputada durante el proceso, o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.
5. La conducta predelictual del imputado o imputada.

Parágrafo Primero: Se presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años.

En este supuesto, el o la **Fiscal del Ministerio Público, y siempre que concurren las circunstancias del artículo 236 de este Código, deberá solicitar la Medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad**. A todo evento, el Juez o Jueza podrá, de acuerdo a las circunstancias, que deberá explicar razonadamente, rechazar la petición fiscal e imponer al imputado o imputada una medida cautelar sustitutiva. La decisión que se dicte podrá ser apelada por el o la Fiscal o la víctima, se haya o no querrellado, dentro de los cinco días siguientes a su publicación.

Parágrafo Segundo: La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado o imputada constituirán presunción de fuga, y motivarán la revocatoria, de oficio a petición de parte, de la medida cautelar sustitutiva que hubiere sido dictada al imputado o imputada.

De las Medidas Cautelares Sustitutivas

Modalidades

Artículo 242. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, **de oficio o a solicitud del Ministerio Público** o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:

Revocatoria por Incumplimiento

Artículo 248. La medida cautelar acordada al imputado o imputada será revocada por el Juez o Jueza de Control, **de oficio o previa solicitud del Ministerio Público**, o de la víctima que se haya constituido en querellante, en los siguientes casos:

1. Cuando el imputado o imputada apareciere fuera del lugar donde debe permanecer.
2. Cuando no comparezca injustificadamente ante la autoridad judicial o del Ministerio Público que lo cite.
3. Cuando incumpla, sin motivo justificado, una cualquiera de las presentaciones a que está obligado.

Parágrafo Primero: Cuando se determine que al imputado o imputada, al tiempo de serle concedida una medida cautelar sustitutiva, le hubiese sido acordada otra con anterioridad, el Juez o Jueza apreciará las circunstancias del caso y decidirá al respecto.

Parágrafo Segundo: La revocatoria de la medida cautelar sustitutiva, cuando el imputado o imputada no pueda ser aprehendido o aprehendida, dará lugar a la ejecución de la caución que se hubiere constituido.

Remisión

Artículo 518. Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas a la aplicación de las medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, serán aplicables en materia procesal penal.

Las decisiones que se dicten con ocasión de las medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, serán impugnables únicamente por los medios y en los casos expresamente establecidos en este Código. (Resaltado nuestro)

ix) Respeto a la Dignidad humana en su ejecución

Este es un principio que debe estar presente a lo largo de todo el proceso penal, no obstante, en lo que respecta a la aplicación de las medidas, el respeto a la dignidad humana juega un papel determinante.

Al respecto, apunta Febres Siso (2000), sostiene que:

La ejecución de toda medida de coerción personal por parte de la policía debe ser lo menos gravosa posible, respetando la dignidad e integridad de la persona humana; sin exposiciones no autorizadas que puedan afectar el honor del imputado; sin uso de la fuerza ni de armas, a menos que sea estrictamente necesario, guardando la debida racionalidad; informando al detenido de sus derechos y haciendo todo lo necesario para comunicar a sus parientes u otras personas relacionadas con él lo concerniente al sitio de reclusión. (p. 137)

f.- Características de las medidas cautelares

Sostiene Febres Siso (2000), los siguientes caracteres de las medidas cautelares en el proceso penal:

- 1.- Son coercitivas
- 2.- Son precautorias
- 3.- Son provisionales
- 4.- No emanan necesariamente de órganos jurisdiccionales
- 5.- Están sujetas rigurosamente al control jurisdiccional, sin perjuicio de la existencia de mecanismos paralelos de control, no judiciales
- 6.- Pueden recaer sobre personas y cosas, así como requerir la intervención de terceros ajenos al proceso

7.- Suponen la existencia o el inicio de un proceso. Excepcionalmente se admiten sin que tenga lugar el inicio de un proceso o la existencia de un proceso.

8.- Las normas que las autorizan son de interpretación restrictiva, por afectar derechos subjetivos fundamentales, tutelados por la Constitución y las leyes. No admiten fórmulas mixtas, a menos que la ley las contemple expresamente (Arts. 254, 265 y 266 C.O.P.P.).

9.- No pueden comportar la anticipación de la pena. Excepcionalmente, en casos de delitos contra la propiedad, se admite a favor del propietario una restitución anticipada de las cosas hurtadas, robadas o estafadas (Art. 320 C.O.P.P.).

10.- Deben guardar proporcionalidad y adecuación con la naturaleza del hecho investigado y la(s) pena (s) eventualmente aplicable (s) a los responsables (Art. 253 C.O.P.P.).

11.- La medida de coerción personal de privación judicial de la libertad no debe sobrepasar en tiempo la pena mínima establecida para el delito, ni exceder, bajo ninguna circunstancia, el plazo de dos (2) años. (Art. 253 C.O.P.P.).

12.- La ejecución de toda medida de coerción personal por parte de la policía debe ser lo menos gravosa posible, respetando la dignidad e integridad de la persona humana,; sin exposiciones no autorizadas que puedan afectar el honor del imputado; sin uso de la fuerza ni de armas, a menos que sea estrictamente necesario, guardando la debida racionalidad; informando al detenido de sus derechos y haciendo todo lo necesario para comunicar a sus parientes u otras personas relacionadas con él lo concerniente al sitio de reclusión (Arts. 44 C.R.B.V. y 114 del C.O.P.P.). (p. 136-137).

Para Tamayo (2011), las características más relevantes de las medidas de coerción o cautelares son: i) instrumentalidad, ii) urgencia, iii) proporcionalidad, iv) variabilidad y v) jurisdiccionalidad. (p. 33)

Por último, Ortíz-Ortíz (2015), establece como características de las medidas Cautelares, las siguientes: i) Jurisdiccionalidad, ii) Autonomía e Independencia, iii) Homogeneidad pero no identidad con el Derecho sustantivo, iv) Instrumentalidad, 5) Se dictan en cualquier estado y grado de la causa, 6) Provisionalidad y Urgencia y 7) Dispositividad y flexibilidad.

g.- Clasificación

En relación a la clasificación de las medidas, en la presente investigación la hemos estructurado en tres grandes bloques, el primero, referido exclusivamente a las medidas preventivas, las cuales debemos advertir que en principio no son dictadas por el órgano jurisdiccional, sino por el Ministerio Público u otro órgano que intervenga en la investigación penal cuando así lo disponga alguna norma.

Ahora bien, las aludidas medidas preventivas, de manera general, son clasificadas al siguiente tenor:

- 1.- Medidas preventivas sobre pruebas: Destinadas a evitar la desaparición de elementos de convicción o fuentes de prueba, con la finalidad de evitar su desaparición y que puedan ser empleadas en el proceso.
- 2.- Medidas preventivas de protección a derechos o garantías constitucionales: La finalidad de estas medidas es evitar que se produzca un daño en los derechos constitucionales de los justiciables. Siendo el ejemplo clásico el amparo frente a amenaza de lesión, en este caso su función no es restablecedora sino preventiva.
- 3.- Medidas de tutela anticipada por mandato de la propia constitución: Tienden a evitar que ocurra una lesión dañosa o lesiva de derechos constitucionales en el proceso, cuya causa se encuentra en la necesidad de restablecer preventivamente, la situación jurídica lesionada, o la situación que más se asemeje a ella.
- 4.- Medidas preventivas de tutela de derechos: Se persigue que se eviten situaciones lesivas a derechos e interés de una de las partes en un proceso o de un tercero, en el cual, sin importar la futura ejecución del fallo, lo más importante es resguardar los derechos de los interesados. Colocando como ejemplo las medidas preventivas establecidas en el artículo 191 del Código Civil venezolano.

5.- Medidas preventivas que procuran la efectividad y eficacia de un proceso judicial. (Medidas cautelares) (Ortíz-Ortíz 2015, .P.87).

Así las cosas, en la referida clasificación, observamos que en el campo penal operan diversas medidas preventivas, siendo la más característica las medidas preventivas sobre pruebas que usualmente la doctrina denomina medidas de aseguramiento probatorio, sin embargo, en dicha definición, suelen incluir aspectos que no son propiamente medidas destinadas a salvaguardar elementos de convicción o fuentes de prueba, sino que incluyen verdaderas medidas de cautelares de coerción real, las cuales son preventivas pero en su género específico de medidas cautelares, ya que expresamente lo que procuran es la efectividad y eficacia de un proceso judicial.

Estas medidas encuentran cobijo en lo dispuesto en los artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 111, 265 y 266 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), tal como se describe a continuación:

Artículo 285. Son atribuciones del Ministerio Público:

1. **Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales**, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
2. **Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia**, el juicio previo y el debido proceso.
3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, **así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.** (Resaltado nuestro) (...)

Atribuciones del Ministerio Público

Artículo 111. Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:

12. Ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados directamente con la perpetración del delito.

De la Investigación de Oficio

Investigación del Ministerio Público

Artículo 265. El Ministerio Público, cuando de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública, dispondrá que se practiquen las diligencias tendientes a investigar y hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores o autoras y demás partícipes, y **el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.** (Resaltado nuestro)

Investigación de la Policía

Artículo 266. Si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes.

Las diligencias necesarias y urgentes estarán dirigidas a identificar y ubicar a los autores o autoras y demás partícipes del hecho punible, y **al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.** (Resaltado nuestro)

Ahora bien, igualmente se observan medidas de protección de derechos o garantías constitucionales, como es el caso de las medidas de protección dictadas para salvaguardar la integridad de las mujeres, en el marco de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las mujeres a una vida Libre de Violencia (2015).

De igual manera, se incluyen las medidas de protección a víctimas, testigos y demás sujetos procesales, contempladas en la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales (2006).

Sostenido lo anterior, en resumen, se estructura la siguiente clasificación que abarca en términos generales, la tutela preventiva y cautelar en el proceso penal venezolano.

1.- Medidas Preventivas (Poder Preventivo Genérico)

a.- Medidas de Aseguramiento

b.- Medidas de Protección

2.- Medidas Preventivas que procuran la efectividad y eficacia de un proceso judicial: Medidas Cautelares (Poder Preventivo Cautelar)

2.1.- Medidas Cautelares de coerción personal

2.2.- Medidas Cautelares de coerción real

CAPÍTULO III

REQUISITOS Y CONDICIONES DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA CAUTELAR

a.- Periculum in Mora

1.- Conceptualización

Doctrinariamente, el periculum in mora, (Riesgo o peligro de infructuosidad del fallo), erróneamente denominado peligro en la demora, es entendido como el interés legítimo y actual.

Así las cosas, el periculum in mora es un requisito de procedencia o de fondo en virtud entendiéndose que el procedimiento está sujeto a una serie de fases propias de cada proceso (cognición, probatoria, decisión y ejecución), las cuales pueden considerarse un cierto tiempo. En tal sentido, se entiende que no es por la demora del Juez, sino la actividad de las partes durante el desarrollo del proceso.

El profesor Ortiz-Ortiz (2015), la define al siguiente tenor:

Es la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en su ámbito patrimonial o extramatrimonial, o de que de una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, durante la tramitación del juicio principal, constituido por específicas circunstancias provenientes de las partes con la consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctica. (p. 299)

Por otra parte, apunta Arteaga Sánchez (2007), que el periculum in mora, es:

Presupuesto o condición para que pueda dictarse la medida judicial preventiva de la libertad, no es otra cosa que la referencia al riesgo de que el retardo en el proceso puede neutralizar la acción de la justicia, ante la posible fuga del imputado o la obstaculización, por su parte, de la búsqueda de la verdad. (p. 49)

No obstante, a pesar que el autor anteriormente transcrito, se pronuncia en el sentido del retardo procesal, realmente se entiende que es en referencia a que quede erróneo o infructuosa la ejecución del fallo, por el desarrollo del proceso.

Por otra parte, en relación a evitar la obstaculización de la investigación, sostiene Binder (1993), que es cuestionable, en razón que el Estado cuenta con medios para evitar que se ocasione el referido daño a la investigación, y así no afectar sus derechos o libertad. (p. 45-46).

Por último, asoma Tamayo (2011), que es el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (p. 43)

2.- Características

El autor Ortiz-Ortiz (2015), establece los siguientes requisitos para que se configure el periculum in mora:

i) La realización de una conducta “objetiva”, “concreta”, “real”, por parte de alguna de las partes del proceso, y ello porque no puede fundamentarse este requisito en versiones “subjetivas”, “abstractas” o “imaginarias”, porque no se trata de una intuición o sospecha, sino de un verdadero riesgo o temor, fundamentado, serio, objetivo y ubicable en tiempo y espacio.

ii) El comportamiento o la conducta denunciada debe haberse verificado antes de la iniciación del procedimiento o durante la pendencia del mismo (es lo que justifica que algunas medidas puedan decretarse extralitem o in limine litis), no se trata de un daño procesal sino de una amenaza real, concreta y de carácter sustancial.

iii) Los hechos constitutivos deben ser temporal y espacialmente ubicables en el tiempo y espacio, para poder demostrarlo fácticamente a los efectos de la solicitud.

iv) En algunos regímenes especiales, el Periculum in mora sufre una traducción distinto al régimen civil, en virtud que no se centra sólo en que la futura ejecución del fallo sea ilusoria, sino que puede ser destinada, por ejemplo, a que la ejecución de un acto

administrativo impugnado, por vía de anulación, puede causar unos daos o lesiones que serían irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva. (p. 308)

Por último, el *periculum in mora* toca dos aspectos, fundamentalmente:

i) La falta de aptitud del proceso para dictar una sentencia que dirima el conflicto en un tiempo suficiente para garantizar el derecho de las partes y al mismo tiempo, una justicia rápida y eficaz.

ii) La segunda en torno a la presunción derivada de hechos realizados por la parte, que determinan un peligro o riesgo que quedará infructuoso el fallo.

3.- Tratamiento Jurisprudencial en Venezuela

La jurisprudencia patria en relación al *periculum in mora*, no ha sido muy rica, ya que insiste en la idea de la tardanza del juicio, en incluso afirma (Sala de Casación Civil, N° 844, Fecha: 11/08/2004):

“(...) no sólo el hecho de la tardanza del juicio que no es imputable a las partes, sino todas aquellas circunstancias que pongan de manifiesto que en virtud de ese retardo no podrá satisfacerse la pretensión del actor, lo que dicho en otras palabras significa que en cada caso el juez deberá ponderar si el demandado ha querido hacer nugatoria de cualquier forma la pretensión del accionante valiéndose de la demora de la tramitación del juicio. (...)”.

En el mismo error incurre la Sala Político Administrativa, la cual ha afirmado en decisiones como a N° 587, Fecha: 23/06/2010, resumiendo que el *periculum in mora* está asociado a) al tiempo de duración del juicio principal y b) a la conducta de una de las partes frente a la otra.

Aspecto que acarrea problemas relacionados con la necesidad de acreditación de los hechos, más allá de la duración del proceso.

Por su parte, la Sala Constitucional ha reconocido expresamente la concurrencia del periculum In mora como requisito de fondo para la procedencia de las medidas, a tal efecto, en decisiones como la N° 265, de fecha 01/03/2001, dispuso lo siguiente:

“Advierte esta Sala que no se desprende de la citada sentencia que el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de amparo deba constantemente y ante cualquier solicitud conceder la medida cautelar solicitada, antes bien, debe siempre analizar cada caso concreto y verificar si de lo alegado por el solicitante se evidencia la presunción a su favor del buen derecho que reclama, o si existe o no fundado temor de que quede ilusoria la ejecución del fallo, o que los daños sean irreparables o de difícil reparación como consecuencia del no otorgamiento de la cautela solicitada”.

b.- Fumus Boni Iuris

1.- Conceptualización

El fumus boni iuris, (Posición jurídica tutelable o verosimilitud en el derecho), “erróneamente denominado presunción de buen derecho” adicional al riesgo que quede ilusoria la ejecución del fallo, siempre que se acompañe con “un medio de prueba que constituya una presunción de la referida circunstancia y del derecho que se reclama”.

En tal sentido, el fumus boni Iuris es un requisito de procedencia o de fondo consistente exista un posición jurídica que preliminarmente demuestre elementos serios de la circunstancia del derecho que se reclama.

El autor Ortíz-Ortíz (2015), lo define al siguiente tenor:

El *fumus boni iuris* es aquella posición jurídica demostrada preliminarmente por el cual, quien afirma ser titular de un derecho sustantivo o procesal, interés material o formal, o relación jurídica concreta, presenta elementos de donde se deriva inmediatamente la apariencia de certeza o seriedad de la pretensión material elevada al conocimiento de los órganos jurisdiccionales. (p. 323)

En relación al *fumus boni iuris*, apunta Arteaga Sánchez (2007), que:

En el proceso penal, estos presupuestos se traducen, en cuanto al *fumus boni iuris*, en el *fumus delicti*, esto es, en la demostración de la existencia de un hecho concreto con importancia penal, efectivamente realizado, atribuible al imputado, con la inequívoca formación de un juicio de valor por parte del Juez, el cual debe haber llegado a la conclusión de que el imputado, probablemente, es responsable penalmente por ese hecho o pesan sobre él elementos indiciarios razonables, que como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cita de Casal, se basan en hechos o informaciones adecuadas para convencer a un observador objetivo de que la persona de que se trata ha cometido una infracción. (p. 46).

Así las cosas, el referido autor continúa aduciendo que:

Se trata, entonces, de una razonada y razonable conclusión judicial que toma en cuenta, de una parte, la existencia de un hecho con las notas o características que lo hacen punible o encuadrable en una disposición penal incriminadora y la estimación, asimismo, de que el sujeto pasivo de la medida es el autor o partícipe en ese hecho.

En cuanto al hecho, éste, perfectamente precisado, concreto y previo –no futuro-, debe llenar las exigencias típicas previstas en la ley para su perfeccionamiento, debiendo quedar acreditada la materialidad de su realización o su aspecto objetivo, lo que supone también la referencia a su carácter dañoso, a lo que debe añadirse la entidad de la conducta y persistencia de la posibilidad de persecución por parte del Estado. Por ello, si el hecho no es típico, por faltar alguno de los elementos que la ley precisa al describirlo; o si se encuentra cubierto, en forma evidente, por causa de justificación, que lo convierte en un no delito; o si la acción para la persecución del hecho se encuentra prescrita,

habiendo cesado, por tanto, la potestad del Estado para imponer una sanción por ese comportamiento, no cabe la posibilidad de dictar la medida. (p. 46)

Tamayo (2007), por su parte, apunta que:

La apariencia del derecho, supone que a la adopción de una medida cautelar debe preceder -nos dice Calamandrei- un preventivo cálculo de probabilidades sobre lo que podrá ser el contenido de la futura resolución principal, cálculo del que el órgano jurisdiccional pueda extraer la conclusión de que la resolución final declarará el derecho en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar. La cognición cautelar se limita en todo caso, a un juicio de probabilidad y verosimilitud del cual Calamandrei resalta su carácter hipotético, carácter que está íntimamente unido a la naturaleza misma de la medida cautelar, constituyendo, además, un aspecto necesario de su instrumentalidad. (p. 42)

Por último, sostiene el aludido autor que:

Entendemos que el *fumus boni iuris* como presupuesto necesario para acordar la tutela cautelar, se traduce en la existencia de un juicio o razonamiento a través del cual el órgano jurisdiccional pueda prever que la resolución final resultará favorable a aquél que solicita la medida cautelar, sin perjuicio de que esto, en definitiva, pueda resultar de otro modo. (p. 42).

2.- Características

Para Ortíz-Ortíz (2015), el *fumus boni iuris* presenta las siguientes características:

i) Posición Jurídica: La verosimilitud del derecho no es un juicio de valor sino un juicio de conocimiento, por el cual se constata que el solicitante de la medida es titular de una posición jurídica, que está poseída y consolidada, no se trata de una esperanza, expectativa o aspiración.

ii) Demostrada preliminarmente: al momento que el Tribunal deba pronunciarse sobre la pretensión cautelar, ya debe haberse producido un juicio sobre la pretensión principal, pues ésta debe haber sido previamente admitida, de manera que aquí no se revisa si el derecho cuya tutela se invoca es o no admisible.

iii) Por el cual, quien afirma ser titular de un derecho sustantivo o procesal, interés material o formal, o relación jurídica concreta: el núcleo sustancial es la apariencia de que el solicitante de la medida posee no solamente un derecho sustantivo sino, también puede ser un derecho procesal, o un interés jurídico, o una relación jurídica, de manera que el abanico de posibilidades es mucho más amplio que el de un simple derecho.

iv) Por último, elementos de los cuales se derive la apariencia de certeza o seriedad de la pretensión material elevada al conocimiento de los órganos jurisdiccionales: Derecho, interés o relación jurídica, debe presentarse que genera la convicción prima facie, sumariamente y provisionalmente establecida de que quien lo invoca realmente es su titular. (Juicio de verosimilitud) (pp. 324-325).

3.- Tratamiento Jurisprudencial en Venezuela

En relación al Fumus boni iuris, la Sala Constitucional se ha pronunciado entre otras sentencias (Nº 1692, de Fecha 10/12/2009), al siguiente tenor:

“(...) En cuanto al fumus boni iuris (presunción de buen derecho) debe preciarse que el mismo se configura cuando el juzgador evidencia que el derecho respecto del cual se solicita la protección cautelar tiene apariencia de conformidad a derecho (...)”

Notándose que se aprecia el error en lo que respecta al buen derecho, ya que se trata un requisito de procedencia o de fondo consistente en la existencia de posición jurídica que preliminarmente demuestre elementos serios de la circunstancia del derecho que se reclama, no relacionado con un mal o buen derecho.

No obstante, la Sala Constitucional maneja un concepto similar a la evidencia o fundamentos serios del derecho que se reclama el cual merece gozar de protección cautelar.

Ahora bien, es importante destacar errores graves que se han observado en la interpretación realizada por la Sala Constitucional entre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, en virtud que aduce que la sola verificación del *fumus boni iuris* da por demostrado el *periculum in mora*, tal como se aprecia en sentencias tales como: N° 318, Fecha: 21702/2006:

Dicho lo anterior, debe analizarse en primer término, la concurrencia de los elementos previstos en la Ley, los cuales determinan, tal y como antes se refirió, la procedencia de las medidas cautelares. En primer lugar, el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación, que emana de los argumentos de inconstitucionalidad formulados; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, elemento éste determinable por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido de forma inmediata, conduce a la convicción que debe preservarse ipso facto la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la lesión.

Por otra parte, la Sala Político-Administrativa, ha incurrido en un criterio totalmente errático, ya que hace afirmaciones contradictorias, como se observa en las siguientes:

a) Sala Político-Administrativa: N° 364, Fecha: 05/05/2010:

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

En esta decisión se aprecia un criterio en relación al *fumus boni iuris*, no obstante, dicho criterio fue modificado, en la siguiente decisión, en virtud de la afirmación de la Sala de un presunto incumplimiento (afirmación que lleva a concluir que la Sala aprecia que el *fumus boni iuris* se evidencia con un supuesto incumplimiento, que es objeto del juicio principal, desconociendo el alcance y significado y además, da por demostrado algo que debe ventilarse en una etapa probatoria del juicio procesal), lo que vulnera el denominado principio de presunción de inocencia, tal como se aprecia a continuación:

b) Sala Político-Administrativa: N° 22, Fecha: 13/01/2011:

(...) De la aludida documentación se desprende, al menos en esta fase preliminar, lo siguiente: a) el posible el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad mercantil Agroforestal 1020, C.A., (...) Así, la posibilidad de que los derechos reclamados por la parte actora sean ciertos y exigibles, conforman la apariencia de buen derecho necesaria para el otorgamiento de la protección cautelar solicitada por la República, en razón de lo cual la Sala estima satisfecho el requisito de *fumus boni iuris*. Aso se decide.

En virtud de lo antes expuesto y conforme con lo establecido en el transcrito artículo 92 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, visto que se ha verificado la existencia del *fumus boni iuris*, la Sala no se pronunciará sobre el *periculum in mora*.

Por último, se verifica una seria confusión relacionada con el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, tal como se aprecia seguidamente:

c) Sala Político-Administrativa, N° 994, Fecha: 08/07/2009:

(...) Conforme a lo anteriormente expuesto y ante la omisión de la parte recurrente de cumplir con la carga de adjuntar a los autos los elementos probatorios que permitan a la Sala arribar a la presunción grave del derecho reclamado, específicamente, los dirigidos a llevar a la convicción de este Alto Tribunal que la

ejecución de la Resolución impugnada afectaría sus derechos subjetivos, no puede establecerse la existencia del *fumus boni iuris*; por lo que conforme a lo previsto en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, debe declararse improcedente la medida de suspensión de efectos solicitada, resultando inoficioso el análisis y pronunciamiento respecto del *periculum in mora*, en virtud de la necesaria concurrencia de los requisitos para otorgar la medida cautelar solicitada. Así se declara.

Finalmente, advierte esta Sala que subsiste en la parte accionante el derecho de solicitar, en cualquier estado y grado del proceso las medidas cautelares que estime pertinentes; y, en el juez contencioso administrativo, la potestad de acordarlas previa verificación de los requisitos establecidos para su procedencia.

Se observa que conforme a la transcrita decisión, no hay prueba en autos sobre el derecho reclamado: *Fumus boni iuris*, sin embargo, al concluir señala que se trata de un requisito a llevar “la convicción de este Alto Tribunal que la ejecución de la Resolución impugnada afectaría sus derechos subjetivos”, lo que resulta que la amenaza de daños es lo que se erige como *Periculum in mora*, no como el *Fumus boni iuris*.

c.- Periculum in Damni

1.- Conceptualización

El *Periculum in Damni* es un requisito especial de las medidas cautelares innominadas, entendido como el fundado temor de daño inminente siendo este el principal aspecto de la cautela innominada.

Por su parte, Ortíz-Ortíz (2015), lo define así:

Se entiende por *Periculum in damni* aquella amenaza grave y fundada de que el comportamiento de una de las partes puede ocasionar una lesión inminente, cierta, patente y causal, en los derechos de la otra, durante la tramitación de n procedimiento

judicial, y que la sentencia definitiva no estará en capacidad de reparar o será de muy difícil reparación. (p. 131)

En ese sentido, Tamayo (2007), siguiendo y citando al autor Ortíz-Ortíz (2001), sostiene que:

Por lo tanto, ha de tenerse claro que el *periculum in damni* no alude a la ora o la tardanza judicial como generalmente ha sido entendido en la doctrina y la jurisprudencia venezolana, sino al riesgo manifiesto o fundado temor de que la ejecución del fallo quede ilusorio, según lo dispone el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil; en cambio, el *periculum in damni* apunta a una conducta específica (activa u omisiva) que constituye un peligro inminente, serio, probable, causal o potencial de causar un daño a los derechos de la otra parte y que, la sentencia definitiva no puede reparar o al menos es de muy difícil reparación y ello trae como obvia consecuencia que la ejecución del fallo resulta ilusoria. Esta infructuosidad en la ejecución del fallo –en el campo de las cautelares innominadas –es la consecuencia por no lo causa, es decir, es el efecto de una “conducta” dañosa o potencialmente lesiva a los derechos de la otra parte procesal. (p. 44)

2.- Características

- i) Se trata de una amenaza de daño inminente, patente, cierta y causal de que, en caso de no adoptarse la medida, realmente se afectará a una de las partes del proceso.
- ii) Se exige coetáneamente con el *Periculum in mora*, es decir, el daño que ese teme es capaz de ocasionar una lesión y además, puede hacer que la futura ejecución del fallo quede ilusoria.
- iii) Se considera autosuficiente, para acordar la medida innominada, porque es posible que la lesión que se teme no se conjure con la ejecutabilidad de la sentencia, pero la cautela es necesaria para evitar igualmente, un daño injusto, de difícil reparación en la sentencia de mérito.

iv) Es probable que este periculum in damni, pueda servir de fundamento a otras cautelares que no son innominadas sin o cautelares especiales (amparo constitucional cautelar, periculum in damni constitucional). (Ortíz-Ortíz 2015, pp. 131-132).

3.- Tratamiento Jurisprudencial en Venezuela

El periculum in damni ha sido recogido de manera pacífica, en el entendido de concebirlo como el “peligro de daño inminente” consagrado en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como condición adicional al para decretar una medida cautelar innominada.

Se destaca que en un primer tiempo la Sala Político-Administrativa adoptaba la acepción “periculum in mora específico”, para mutar a la concepción actual de periculum in damni.

Se citan las siguientes decisiones que afirman el requisito del periculum in damni. a) Sala Político-Administrativa, N° 155, Fecha: 17/02/2000, b) Sala Político-Administrativa, N° 488, Fecha: 16/03/2000, c) Sala de Casación Civil, N° 366, Fecha: 15/11/2000, d) Sala de Casación Civil, N° 551, Fecha: 23/11/2010 y, e) Sala Electoral, N° 46, Fecha: 17/05/2000, entre otras decisiones.

d.- Problemas de procedencia, vicios y remedios

En relación a los presupuestos para la concesión de medidas cautelares, Hernández-Mendible (2009), sostiene que no se puede establecer apriorísticamente una regla general única para la aprobación en todos los procesos (p. 29).

Igualmente, el mencionado autor destaca que deben constatarse en todo momento el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, sin que se puedan invocar razones de interés general para pretender frustrar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese mismo orden de ideas, la tutela judicial efectiva no significa, en modo alguno darle la razón a quien carece de ella, o a darle respuesta “favorable” a todas las peticiones que se realicen ante un órgano jurisdiccional, ya que su aplicación está delimitada por el ordenamiento jurídico sustantivo y procesal. Así las cosas, no hay duda que la tutela judicial efectiva es mucho más que una declaración y un principio, contienen un mandato de contenido positivo, en orden a la tutela efectiva que debe ser tenido en cuenta a la hora de aplicar el principio de interpretación de la legalidad ordinaria.

En tal sentido se entiende que a pesar que se enaltezca la tutela judicial efectiva, esta no es un poder infinito discrecional y facultativo de los jueces, sino que responde a precisas exigencias legales, para garantizar a las partes sus propias garantías superiores en el proceso.

Dicho lo anterior, se destaca que una tutela judicial efectiva significa el derecho a utilizar medidas cautelares, empero, tal utilización no puede ser inadecuada ya que debe obedecer a los principios que rigen el sistema cautelar que sirven de contención a la aplicación desmesurada, indiferente o desmedida de estas instituciones.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Entre las conclusiones observamos:

-La ciencia procesal está constituida por la denominada trilogía básica, “Jurisdicción”, “Acción y “Proceso”, en la cual las medidas preventivas y cautelares se erigen como un instituciones de obligatorio estudio, tal como se apuntó a lo largo de la investigación, en virtud que son un derivado directo de la tutela judicial efectiva, con lo cual se vislumbra un cambio en el paradigma procesal que da cabida a concebir a las medidas como un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional diferenciada “justicia preventiva y cautelar.

-Así las cosas, se pudo apreciar que el principal contenido de la Tutela Jurisdiccional Diferenciada es la Tutela preventiva y cautelar, en la cual se incluye el estudio de las medidas como sistema. En tal sentido, los ciudadanos que se someten a un proceso penal, bien sea en calidad de víctima o imputados, pretenden que se les tutelen efectivamente sus derechos, para lo cual inevitablemente se debe hacer uso de medidas.

-Igualmente, se observa que las medidas cautelares se encuentran insertas en el estudio de la tutela preventiva, no obstante, no todas las medidas preventivas son cautelares, por tal razón se realizó la referida división. En resumen, la “función preventiva”, es la posibilidad legal de todos los órganos del Poder Público de evitar la ocurrencia de eventos lesivos al ordenamiento jurídico, y en consecuencia los derechos subjetivos de los administrados, a diferencia de las medidas cautelares “función cautelar” propiamente dichas, que son concebidas el conjunto de medidas preventivas cuya finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso y mediatamente, la futura ejecución y efectividad de un fallo a dictarse en un proceso.

-En tal sentido, la Tutela Cautelar potestad exclusiva del orden jurisdiccional. Igualmente, se asume que todos los órganos del Poder Público pueden dictar medidas preventivas, y que dentro de ellos, hay algunas medidas de prevención que tienen un fin determinado, específico y exclusivo, cuál es la garantía de la eficacia de una sentencia y la efectividad de un proceso judicial, entonces resulta absolutamente claro que las medidas cautelares sólo pueden ser dictadas por los órganos jurisdiccionales

- Así las cosas, el de prevención se encuentra inserta en la esencia misma de la potestad jurisdiccional, pues el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que: “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”, con lo cual se deduce que es absolutamente necesario que para “hacer ejecutar lo juzgado” debe disponerse de los “medios” para lograr ese cometido. Tales “medios” o “instrumentos” son, precisamente, las medidas preventivas y cautelares que permitirán la protección general de derechos sustanciales y a que se logre la “ejecución” a cabalidad.

-De tal manera, manera que la tutela preventiva y cautelar se erige como una realidad consustancial con la potestad que tienen los jueces de conocer los asuntos de la competencia jurisdiccional, y además de la necesidad de garantizar derechos y ejecución de sus sentencias, lo cual debe combinarse con el deber que tienen los jueces de otorgar a los justiciables una efectiva tutela judicial, dentro de lo cual está el conocimiento, decisión, ejecución, y la prevención para que los justiciables encuentren una respuesta justa, adecuada y efectiva.

-Dicho lo anterior, la tutela preventiva y cautelar tiene pleno sentido en el proceso penal, ya que este no es ajeno a la aplicación de las medidas, por contrario, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, se generaron importantes cambios que de igual manera repercutieron en el sistema preventivo y cautelar, en los cuales deben destacarse el respeto de principios que rigen en relación al aludido sistema, destacándose el uso instrumental y excepcional de las medidas, únicamente cuando estas sean necesarias para prevenir en general derechos sustanciales (tutela preventiva) y, concretamente, la prevención de los fallos judiciales (tutela cautelar).

-Además de los aludidos principios, las medidas poseen requisitos de fondo o de procedibilidad, que en caso de las cautelares figuran el denominado *Periculum in mora* y el *Fumus boni iuris*, conceptos desarrollados por la doctrina que se erigen como límites a la imposición arbitraria, discrecional e inmotivada de medidas.

-Por tal razón, el proceso penal comprende un amplio catálogo de medidas preventivas (entre las cuales se incluyen medidas de protección, de aseguramiento probatorio, entre otras) y medidas cautelares de coerción (entre las cuales se visualizan medidas personales y reales, las cuales requieren un estudio sistemático conforme a la dogmática manejada por la procesalística moderna, siendo todas concebidas como un poder-deber.

Entre las recomendaciones se precisan las siguientes:

-Procurar el cumplimiento de los principios constitucionales desarrollados en el Código Orgánico Procesal Penal (2012), relativos a la imposición de medidas, tanto preventivas como cautelares.

-La capacitación de los operadores (Jueces) y otros integrantes (Fiscales, funcionarios policiales, entre otros) del sistema de justicia, para que se vele por la aplicación de manera uniforme de medidas preventivas y cautelares, sin que se vulneren principios de orden constitucional.

-Velar por la aplicación correcta de las medidas, que se trate en todo caso de medidas que se configuren bajo la óptica de excepcionalidad y que se configuren los presupuestos de procedibilidad para que sean aplicadas de manera objetivas.

-Cuidar la aplicación de circunstancias referentes a la procedibilidad de las medidas, conforme a la proporcionalidad y conforme a las circunstancias de cada caso en concreto.

-Destacar que existe un gran bagaje de medidas que no únicamente recaen sobre la persona del imputado, sino sobre bienes (medidas reales), las cuales igualmente deben ser utilizadas de forma proporcional y conforme a cada caso en concreto, siendo utilizadas para su verdadero fin y no desvirtuarse su naturaleza erigiéndose como convertirse en una pena anticipada que igualmente incide en los derechos fundamentales, tales como la propiedad.

-Estudiar la factibilidad que se siga estudiando el tema in commento y de ser posible se generen estudios que puedan ser incluidos en una próxima reforma del Código Orgánico Procesal Penal (2012) en aras de realizar un mayor desarrollo de las medidas, unificando la terminología y clarificando su ámbito y alcance de aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez C y Sánchez R. (2013) **Anuario. Vol 36**. Carabobo: Universidad de Carabobo.
- Angulo Ariza, F. (1971). **Cátedra de enjuiciamiento criminal**. Caracas: Massini Inversiones.
- Arteaga Sánchez, A. (2007). **La privación de libertad en el proceso penal venezolano**. Caracas: 2 edición actualizada.
- Bacigalupo, E. (1999). **Derecho Penal Parte General**. 2 Edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Barreto Ardila, H y Barreto Ardila, B. (1997) **Principios de Derecho Penal, Límites a las funciones legislativa y judicial**. Segunda Edición: Santa Fé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez
- Brewer-Carías, A. (1964). **Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana**. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Bello, H. y Jiménez, D. (2004). **Tutela Judicial Efectiva de los Intereses Colectivos y Difusos**. Caracas: Ediciones Paredes.
- Bello Castillo, M. (2004). **Tutela Preventiva, Medidas Cautelares y su Vinculación con la Tutela Judicial**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Binder, A. (1999). **Introducción al Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Borrego, C. (2002). **La Constitución y el Proceso Penal**. Caracas; Editorial Livrosca.
- Calamandrei, P. (1996) **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Buenos Aires: Librería el Foro S.A.
- Canova, A. (1998). **Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso-Administrativo Venezolano**. Caracas: Editorial Sherwood.

- Caroca Pérez, A. (1998). **Garantía Constitucional de la Defensa Procesal**. Barcelona: Bosh.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2012). **Gaceta Extraordinaria de la República de Venezuela, 6.078** (Extraordinario), junio 15, 2012.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial N° 5.453** (Extraordinario), marzo 24, 2000.
- Couture, E. (1997). **Fundamentos de Derecho Procesal**. Tercera Edición. Buenos Aires: De Palma.
- Escovar León, R. (2001). **La Motivación de a Sentencia y su Relación con la Argumentación Jurídica. (3ª. ed.)**. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Escovar León, R. (2003). **Estudios sobre Casación Civil. Colección de Estudios Jurídicos**. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Febres Siso, M. (2000). **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**. N° 3. Enero Junio 2000. Las medidas Cautelares. Caracas: Invedepro, Livrosca.
- González- Pérez, J. (2001). **El Derecho a la tutela Jurisdiccional**. (3ª. ed.). Madrid: Civitas
- García De Enterría, E. (1981). **La constitución como norma y el tribunal constitucional**, 3 edición. 2 reimpresión. Madrid: Editorial Civitas.
- García De Enterría, E. (2002). **Reflexiones Sobre la Constitucionalización de las Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo**. Madrid: Civitas.
- García De Enterría, E. (2004). **La Batalla por las Medidas Cautelares**. (3ª. ed.). Madrid: Civitas.
- Gibbs, D. (2007.) **La Tutela Cautelar en el Procedimiento Contencioso Administrativo-Venezolano**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello

- Gimeno Sendra, J. (2004). **Introducción a Derecho Procesal**. 2 edición. Madrid: Colex Editorial.
- González-Pérez, J (2001). **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. (3ª. ed.). Madrid
- Henríquez La Roche. R. (1995). **Código de Procedimiento Civil**. Tomos I, II, III, iV y V. Caracas.
- Hernández-Mendible, J. (2009). **Constitución y Reforma del Sistema Contencioso Administrativo**. Revista de Derecho Administrativo. N° 5. Caracas: Editorial Sherwood.
- Hurtado Reyes. (2005). **La Tutela Jurisdiccional Diferenciada**. Tesis Doctoral. Universidad de San Marcos. Lima-Perú.
- Jiménez, S. (1999). **Medidas cautelares**. Caracas: Editores Kelran, C.A.
- Mir Puig, S. (1994). **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. España. Ariel.
- Monroy Gálvez, J y Monroy Palacios, J. (2000). “**Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada**. Apuntes Iniciales”, en “Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo)”, dirigido por Jorge W. Peyrano, Santa Fe: ed. Rubinzal Culzoni.
- Muñoz Conde, F. (2007). **Derecho Penal, Parte General**. 7 Edición. España: Tirant lo Blanch
- Ortíz - Álvarez, L. (1998). **Tutela Judicial Efectiva y Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativa**. Caracas: Editorial Sherwood.
- Ortíz – Álvarez, L. (1999). **La protección cautelar en el contencioso Administrativo**. Caracas: Editorial Sherwood. Colección Tratados y Estudios de Derecho Comparado.
- Ortíz Ortíz, R. (2007). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano**. Caracas: Paredes Editores.

- Ortíz Ortíz, R. (2015). **Tutela Jurisdiccional Preventiva y Cautelar**. Caracas: Fronésis.
- Ortíz Ortíz, R. (2016). **La Teoría General de la Acción en la Tutela de Intereses Jurídicos**. Caracas: Fronésis.
- Pellegrini Grinover, A. (2005). **Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia XII congreso mundial de derecho procesal**. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Vol I.
- Pérez Sarmiento, E. (2014). **Manual General de Derecho Procesal Penal**. Caracas: Vadell Hermanos.
- Peyrano, J. (2008). **¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?** Revista de Derecho Procesal. II. Buenos Aires: Editorial Rubinzal. Culzoni.
- Picó i Junoy, J. (1997). **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: Bosh.
- Podetti, R. (1994). **Trilogía Estructural Básica del Proceso Civil**. Revista de Derecho Procesal, Argentina. N II. Buenos Aires. 1994.
- Rivera Morales, R. (2012). **Manual de Derecho Procesal Penal**. Librería Rincón Barquisimeto: Universidad Católica del Táchira
- Rivera Morales, R. (2002). **La Prueba en el Proceso Penal venezolano**. San Cristóbal: Editorial Jurídica Santana.
- Roxin, C. (1997). **Derecho Penal, Parte General. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito**. Trad: Diego Luzón y otros. España: Civitas Ediciones.
- Tamayo, J. (2011). **Medidas de Coerción Real, Código Orgánico Procesal Penal**. Caracas. Editorial Arte Profesional.
- Tribunal Constitucional Español (España). [En línea]: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1992-17449.pdf>
-
- [En línea]: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2014-7783.pdf>

Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela). [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3167-091202-02-2154.HTM>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/583-300307-06-1577.HTM>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/RC-00844-110804-03835.HTM>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00587-23610-2010-2010-0212.HTML>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/265-010301-01-0065.HTM>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1692-101209-2009-09-1132.HTML>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/318-210206-04-3233.HTM>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00364-5510-2010-2009-1082.HTML>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00022-13111-2011-2010-0555.HTML>

_____ . [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00994-8709-2009-2009-0326.HTML>

_____. [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/170200-13884-155.HTM>

_____. [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00488-160300-16692%20.HTM>

_____. [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/366-151100-RC00002.HTM>

_____. [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC.000551-231110-2010-10-207.HTML>

_____. [En línea]: **Decisiones** [Caracas].
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/mayo/46-170500-0045.HTM>

Tarzia, D. (1993) *Il nuovo processo cautelare*, Padova: Cedam.

Vásquez González, M. (2009). *Derecho Procesal Penal Venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Vásquez González, M. (2016). *Procedimientos Penales Especiales*. Caracas: Letraviva. Universidad Católica Andrés Bello.

Manual para la elaboración del Trabajo Especial de Grado en el Área de Derecho para optar al Título de Especialista. (1997). Universidad Católica Andrés Bello.