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

LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Tesis de grado para optar al título de
Doctor en Derecho

Autor: Frank Luis Mila Maldonado

Tutora: Dra. Carmen Di Muro de Vivas

Caracas, 23 de julio de 2020

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

ACEPTACIÓN DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído la Tesis de Grado, presentada por el ciudadano **Frank Luis Mila Maldonado**, titular de la Cédula de Identidad V- 17.424.181 para optar al Título de Doctor en Derecho, cuyo título es: **La Tutela Jurisdiccional Diferenciada en el Proceso Penal Venezolano**; considero que dicha Tesis reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometida a evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, 20 de junio de 2019

_____

Dra. Carmen Di Muro de Vivas
C.I: 6.504.463

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

LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Autor: Frank Luis Mila Maldonado
Tutor: Dra. Carmen Di Muro de Vivas
Fecha: junio, 2019

RESUMEN

Esta investigación cualitativa con un enfoque hermenéutico, a través del empleo de doctrina, jurisprudencia y análisis de textos legales. Se realizó con la finalidad de analizar la tutela jurisdiccional en el proceso penal venezolano. En ese sentido, el referido análisis abordó en primer término las generalidades relativas a la tutela judicial efectiva y a la tutela jurisdiccional diferenciada, luego, se estudió en términos generales, la aplicación de la tutela preventiva y cautelar en el proceso penal venezolano, plasmando sus principios, fundamentos y naturaleza. Por otra parte, se analizó el sistema preventivo, aplicado al proceso penal, examinándose el Código Orgánico Procesal Penal (2012) y la legislación procesal penal colateral. Posteriormente, se estudió el sistema cautelar que rige en el proceso penal, abarcándose el análisis de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de las medidas cautelares de coerción personal y de coerción real. Por último, se realizó un constructo teórico de la tutela jurisdiccional diferenciada en el proceso penal, sustentada en una sistematización de las medidas preventivas y cautelares conforme a la procesalística moderna. Este tema resultó de gran importancia, debido a la necesidad latente en el proceso penal venezolano de sistematización del estudio del sistema preventivo y cautelar, con lo cual se determinaron los principios que rigen en esta materia y se estableció una clasificación estructural según la tutela jurisdiccional diferenciada como derivado de la tutela judicial efectiva, lo cual permite manejar con claridad el alcance y ámbito de aplicación del sistema de medidas en materia penal.

Palabras claves: Tutela Jurisdiccional Diferenciada, Tutela Judicial Efectiva, Tutela Preventiva y Cautelar, Medidas preventivas y cautelares de Coerción Personal y Real.

AGRADECIMIENTOS

Es una obligación agradecer el apoyo en la realización de esta investigación, partiendo de mi núcleo familiar, a quien debo el impulso y el apoyo absoluto para terminar este trabajo, a ustedes gracias, eternamente agradecido. Esto es por ustedes y para ustedes.

A Zoraida Plaza, quien ha sido la pieza fundamental para llegar hasta aquí, dudo que sin su apoyo incondicional, esto hubiese sido posible. Gracias por tanto, eres excepcional, brillante abogada y verdaderamente una gran persona. Eres mi acreedora eterna.

A los catedráticos, Carlos Simón Bello y Pedro Berrizbeitia, al primero, con quien tuve el honor de ser su alumno en estudios de postgrado y reafirmó lo que el foro y la academia profesa sobre su persona, gracias por ser guía y maestro en este apasionante mundo del derecho penal, tengo el privilegio de afirmar que soy su discípulo y llevarme parte de su legado, como uno de los mayores exponentes del Derecho penal en Venezuela, gracias por su orientación y apoyo. Mis respetos.

Por su parte, el profesor Pedro Berrizbeitia, catedrático de derecho procesal penal con quien no he tenido la fortuna de compartir en exceso, como me hubiese gustado, sin embargo, nos ha unido un mentor, el Dr. Santiago Hernández, quien en vida sólo tenía buenos comentarios de su padre y de su persona, admirándolo como catedrático, aspecto al cual me sumo, en virtud que afirmo de manera categóricamente que el profesor Berritzbeitia es actualmente una de las mayores referencias del derecho procesal penal en Venezuela y es un honor tener algún vínculo con ud. Gracias por tanto.

A más que mi tutora, mi amiga, Carmen Di Muro de Vivas, tengo que agradecer por brindarme su amistad y apoyo incondicional desde que compartimos en el Ministerio Público, como en la academia. Para mí es un honor haber tenido una tutora de tu nivel, estudiosa del derecho y mejor persona. Estoy agradecido y sé que te debo mucho.

ÍNDICE GENERAL

	PP
CARTA DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR	**ii**
RESUMEN	**iii**
AGRADECIMIENTOS	**iv**
INTRODUCCIÓN	**1**
CAPÍTULO I: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA	**7**
1.- Derecho a la Tutela Judicial Efectiva	7
1.1.- Consideraciones Generales	7
1.2.- Definición y alcance	10
2.- Derecho a la Tutela Judicial como Derecho Fundamental	13
3.- La Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Venezolano	18
4.- Contenido esencial de la Tutela Judicial Efectiva	21
5.- Manifestaciones de la Tutela Judicial Efectiva	23
6.- Tutela Jurisdiccional Diferenciada	26
6.1- Definición y alcance	26
7.- Contenido esencial de la Tutela Jurisdiccional Diferenciada	29
7.1.- Tutela Sumaria	30
7.1.1.- Procedimientos Interdictales	31
7.1.2.- Procedimiento de Amparo Constitucional	32
7.2.- Tutela Urgente	33
7.2.1.- Medidas Autosatisfactivas	34
7.2.2.- Procedimientos Monitorios	35
7.3.- Tutela Anticipada (preventiva)	36
7.4.- Tutela Cautelar	37
8.- Límites de la Tutela Jurisdiccional Diferenciada	39
9.- La tutela preventiva y cautelar como una manifestación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva	40
CAPÍTULO II: EL SISTEMA DE TUTELA PREVENTIVA Y CAUTELAR APLICADO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO	**45**
1.- El Proceso Penal	45
1.1.- Finalidad y Características del Proceso Penal	47

1.2.- Sistema que rige en el Derecho Venezolano 49
1.3.- Principios y Garantías que rigen en el Proceso Penal 50
1.4.- Marco Constitucional y Normativo 54
1.4.1.- Constitución de 1999 y COPP 54
1.4.2.- Demás leyes 58
2.- La existencia de un sistema de tutela preventiva y cautelar en el proceso penal venezolano 59
3.- Definiciones y manejo conceptual básico 60
3.1.- Tutela Preventiva y Tutela Cautelar 60
3.2.- Alcance de la Denominación Coerción 61
4.- Naturaleza de las medidas preventivas y cautelares 66
5.- Características de las medidas preventivas y cautelares 68
6.- Principios que rigen en materia preventiva y cautelar 70
7.- Clasificación de la Tutela Preventiva y Cautelar 97
7.1.- Clasificación General 97
7.2.- Clasificación de las medidas preventivas y cautelares en el proceso penal 98

CAPÍTULO III: LA TUTELA PREVENTIVA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO 100

1.- Poder General Preventivo (Tutela Preventiva) 100
1.1.- Definición y alcance 100
1.2.- Contenido del Poder Preventivo General 102
2.- Precisiones terminológicas, lo “preventivo” y lo “cautelar” 103
3.- La tutela cautelar como potestad exclusiva del Orden jurisdiccional 106
4.- La tutela preventiva como herramienta fundamental del Estado de Derecho 108
5.- Actividad preventiva y Poder Público 113
5.1.- Poder Ejecutivo 114
5.2- Poder Judicial 115
5.3.- Poder Ciudadano 117
5.4.- Poder Legislativo 119
5.5.- Poder Electoral 120
6.- Tutela Preventiva en el Proceso Penal 120
6.1.- Ministerio Público como director de la investigación penal 120
6.1.1.- Atribuciones del Ministerio Público (especial referencia al aseguramiento con finalidades probatorias) 122
6.1.2.- Participación de los demás órganos de investigación 125

6.2.- Órganos Jurisdiccionales y Tutela Preventiva 126
7.- Clasificación general del Poder Preventivo 128
8.- Clasificación del Poder Preventivo en el Proceso Penal (Medidas Preventivas) 128
8.1.- Precisiones acerca de la ocupación penal y la ocupación civil 128
8.2.- Aseguramiento de los objetos activos y pasivos del delito. Cuerpo del delito 132
8.3.- Finalidad de las medidas preventivas de aseguramiento real: *Finalidad probatoria* (Medidas de aseguramiento con fines probatorios) 138
8.4.- Actos de investigación y actos de prueba
8.4.1.- Actos de Investigación que requieren orden Judicial 146
8.5.- Manifestaciones de las Medidas de Aseguramiento con finalidad probatoria 149
8.5.1.- Decomiso 149
8.5.1.1.- (Erróneo empleo de comiso, confiscación) 153
8.5.1.1.- El comiso 153
8.5.1.2.- La Confiscación 156
8.5.2.- Incautación 161
8.5.3.- Recolección de Bienes 162
8.5.4.- Clausura Asegurativa y otras formas de clausura 165
8.6.- Problemas relacionados con las medidas asegurativas reales 167
8.7.- Medidas de aseguramiento personal 171
8.7.1.- Sobre el Imputado 171
8.7.1.1.- Aprehensión en Flagrancia 171
8.7.1.2.- Requisitos 175
8.7.1.3- Clasificación de la Flagrancia 176
8.7.1.4.- Aspectos Procedimentales 181
8.7.1.4.1.- Aprehensión Deber-Facultad y responsabilidad del aprehensor 181
8.7.1.4.2.- Actuaciones a realizar posterior a la aprehensión 182
8.7.1.4.3.- Presentación el aprehendido 183
8.7.1.4.4.- Determinación del Procedimiento aplicable 184
8.7.1.4.5.- Acto Conclusivo 185
8.7.1.4.6.- Fases del proceso y Flagrancia 186
8.7.1.4.7.- Medios de Impugnación y

Flagrancia (Inconstitucionalidad del efecto suspensivo del recurso de apelación fiscal) 187
8.7.1.4.8.- La Flagrancia establecida en la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia 189
8.7.1.5.- Problemas identificados en relación a la flagrancia 190
8.7.2.- Sobre la víctima y otros sujetos procesales 196
8.7.2.1.- Mandato de Conducción (Fase preparatoria) 196
8.7.2.1.1.- Problemas relacionados al mandato de conducción 201
8.7.2.2.- Comparecencia coactiva de expertos y testigos 202
8.7.2.2.1.- Problemas relacionados a la Comparecencia coactiva de expertos y testigos 203
8.7.3.- Disposiciones inconstitucionales referidas a las medidas preventivas de aseguramiento de personas 204
8.8.- Medidas de Protección 205
8.8.1.- Derecho Penal Colateral 205
8.8.2.- Medidas preventivas de protección 205
8.8.2.1.- Protección de Víctimas y Testigos 206
8.8.2.2- Defensa de la Mujer (Violencia de Género) 207
8.8.2.3.- Protección de Niños y Adolescentes 210
8.8.2.4.- Protección Ambiental 211
8.8.2.5.- Protección en casos de Secuestro y extorsión 213
8.8.3.- Problemas relativos a las medidas de protección 214

CAPÍTULO IV: TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO 219

1.- Tutela Cautelar en el Proceso Penal 219
1.1.- Cautela y Tutela Judicial Efectiva 219
1.2.- Definición y alcance 222
2.- Naturaleza del Poder Cautelar 224

2.1.- Potestad-Deber de la Cautela 224
3.- Límites Racionales y Materiales 225
4.- Clasificación del Poder Cautelar en el Proceso Penal. Medidas Cautelares en el Proceso Penal 226
4.1- Medidas Cautelares de Coerción Personal 226
4.1.1- Medida Cautelar Privativa de Libertad 226
4.1.1.1.- Privación Judicial Preventiva de Libertad 226
4.1.1.2.- Principales corrientes acerca de la justificación o no de la prisión preventiva (privación judicial preventiva de libertad), y su relación con el principio de presunción de inocencia 228
4.1.1.3.- Contenido de la presunción de inocencia en su relación con la prisión preventiva 232
4.1.1.4.- Regulación nacional e internacional del principio de presunción de inocencia 233
4.1.1.5.- Alcance de la concepción de prisión preventiva 235
4.1.1.6.- La prisión preventiva como injerencia Estatal al derecho fundamental a la libertad personal. Privación de libertad y restricción de libertad 237
4.1.1.7.- Características de las Medidas privativas de libertad 240
4.1.1.8.- Derechos y garantías del privado de libertad 253
4.1.1.9.- Requisitos de fondo para que procedan las Medidas Cautelares Privativas de Libertad (Condiciones o presupuestos de procedencia) 255
4.1.1.9.1- Fumus Boni Iuris 255
4.1.1.9.1.1.- Conceptualización 255
4.1.1.9.1.2.- Características 257
4.1.1.9.1.3.- Fumus boni iuris en el ámbito penal (Medidas Cautelares personales) 257
4.1.1.9.1.4.- Supuestos 259
4.1.1.9.1.4.1.- Hecho punible con pena privativa de libertad 259
4.1.1.9.1.4.2.- Elementos de convicción para estimar la autoría y participación en

la comisión del hecho punible 263
4.1.1.9.2.- Periculum in Mora 266
4.1.1.9.2.1.- Conceptualización 266
4.1.1.9.2.2.- Características 267
4.1.1.9.2.3.- Periculum in mora en el ámbito penal (Medidas Cautelares personales) 268
4.1.1.9.2.4.- Supuestos 268
4.1.1.9.2.4.1- Peligro de Fuga 268
4.1.1.9.2.4.2- Obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de la investigación 274
4.1.1.10.- Aspectos procedimentales de las Medidas Cautelares Privativas de Libertad 276
4.1.1.10.1- Duración 279
4.1.1.10.2- Revocación y Sustitución 281
4.1.1.10.3- Recursos contra la medida privativa de libertad y contra la negativa a su revocación o sustitución 281
4.1.2.- Problemas relativos a las medidas cautelares personales 282
4.2.- Medidas Cautelares sustitutivas de la Privación de Libertad 290
4.2.1- Modalidades 292
4.2.2- Aspectos procedimentales 305
5.- Medidas Cautelares de Coerción Real 306
5.1.- Poder (potestad-deber) Cautelar Civil 312
5.1.1.- Poder Cautelar Típico o determinado (especial) 312
5.1.1.1.- Embargo 313
5.1.1.2.- Secuestro 314
5.1.1.3.- Prohibición de Enajenar y Gravar 315
5.1.1.4.- Anotación Preventiva de la Litis 317
5.1.2.- Poder Cautelar Innominado (general) 319
5.1.3.- Poder Cautelar Indeterminado 321
5.1.4.- Breve referencia a los requisitos de fondo y de procedibilidad de las medidas cautelares de coerción real 322
5.1.4.1.- Periculum in Mora 322

5.1.4.1.1.- Determinación y alcance 322
5.1.4.1.2.- Características 323
5.1.4.2.- Fumus Boni Iuris 324
5.1.4.2.1.- Delimitación y alcance 324
5.1.4.2.2.- Características 325
5.1.4.3- Periculum in Dammni 328
5.1.4.3.1.- Delimitación y alcance 328
5.1.4.3.2.- Características 329
5.2.-Problemas relativos a las medidas cautelares reales 330

CAPÍTULO V: PROPUESTA TEÓRICA DE TUTELA PREVENTIVA Y CAUTELAR PARA EL PROCESO PENAL VENEZOLANO 370

1.- Referencia a los principales Sistemas Latinoamericanos y europeos 370
1.1.- Sistemas Latinoamericanos 371
1.1.1.- Argentina 371
1.1.2.- Chile 374
1.1.3.- Colombia 376
1.1.4.- Ecuador 379
1.1.5.- México 382
1.1.6.- Uruguay 386
1.2.- Sistemas Europeos 388
1.2.1.- España 389
1.2.2.- Italia 392
1.2.3.- Alemania 399
2.- La Tutela Preventiva y Cautelar en el Código Procesal Penal para Iberoamérica 402
3.- Propuesta teórica de medidas para el proceso penal (tutela jurisdiccional diferenciada de medidas preventivas y cautelares) 408

CONCLUSIONES 436

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 447

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral consiste en la elaboración de un constructo teórico de las medidas aplicadas en el proceso penal, para ello, se abordaron las instituciones procesales que fundamentan el estudio de las medidas, específicamente la tutela jurisdiccional diferenciada, que surge como una nueva manifestación de la tutela judicial efectiva para el aseguramiento de los derechos de las partes que intervienen en el proceso (tutela preventiva) o para evitar que los eventuales fallos que se adopten judicialmente queden ilusorios (tutela cautelar).

De tal manera, vista la problemática planteada, se trata de una tesis que erige una teoría que permite visualizar el sentido, alcance y ámbito de aplicación de la tutela preventiva y cautelar, como manifestaciones diferenciadas de la tutela judicial efectiva, en el ámbito penal. En tal sentido, la investigación se centró en abordar los fundamentos de la tutela judicial efectiva en general, como institución procesal constitucionalizada, analizando su definición y contenido básico, así como sus manifestaciones, que refleja la novedosa tutela jurisdiccional diferenciada, que alberga la temática de las medidas, estableciéndose una clasificación básica que escinde entre medidas preventivas y medidas cautelares.

Asimismo, una vez precisadas las instituciones procesales que desarrollan el estudio de las medidas, se realizó un análisis detallado de cada una de las medidas específicas que hacen vida en el proceso penal, tanto de índole preventivo como cautelar, sistematizando así su estudio conforme a la procesalística moderna y la dogmática de la teoría general del proceso.

Ahora bien, este trabajo se centró en otorgar el sitial que merecen las medidas aplicadas en el proceso penal, por ello se partió del estudio de la institución de la tutela judicial en general, resaltándose su apartado de tutela judicial diferenciada, que se erige como pilar básico en la adaptación del derecho procesal a las nuevas realidades sociales y jurídicas, superando así el pragmatismo clásico que concebía la temática de las medidas como instituciones aisladas de la teoría general del proceso.

Tal concepción, abordaba las medidas de manera directa, sin tomar en consideración los fundamentos teóricos propios de la dogmática procesal, que en la presente investigación fueron trasladados al proceso penal, sin obviar las características propias del sistema procesal penal venezolano de corte principalmente acusatorio que se fundamenta en diversos principios medulares, los cuales fueron conciliados en esta tesis con la teoría de las medidas preventivas y cautelares, propia de la teoría del proceso.

En ese orden de ideas, la temática de las medidas actualmente es objeto de estudio obligatorio en todas las áreas del derecho procesal, lo cual incluye al derecho procesal penal, siendo evidente que se trata de instituciones esenciales en los procesos, concebidas como alternativas para garantizar la eficacia de los mismos, es decir, se traducen en tutela judicial efectiva.

Dicho lo anterior, es importante destacar que los estudios patrios, e incluso a nivel internacional, no abordan los verdades fundamentos otológicos, gnoseológicos y fenomenológicos que permiten la comprensión integral de la tutela preventiva y cautelar en el proceso penal venezolano, ya que éstos, sean desarrollados en forma de textos de derecho procesal, trabajos de investigación e incluso por parte de la jurisprudencia, se enfocan en analizar principalmente las medidas de coerción personal, sin realizar un estudio del sistema de medidas en su conjunto, que permita tener una visión de estas formas de tutela (preventivas o cautelar) aplicadas en el ámbito procesal.

En tal sentido, usualmente el estudio de las medidas en el ámbito penal se realiza sin contar con un sustento teórico, siendo abordadas de manera azarosa y desordenada, lo cual implica discrecionalidad y falta sistematización de las medidas como sistema. Adicionalmente, la tutela jurisdiccional diferenciada sirve de sustento y plataforma para las medidas, en virtud que esta teoría contiene diversos principios y categorías que implican diversas consecuencias jurídicas, tales como el carácter excepcional, restrictivo en su interpretación y aplicación, medidas expresas (legalidad de las medidas), afectación solo del interés particular, procedencia a solicitud expresa de las partes (prohibición de dictar medidas de oficio), prohibición de anticipar los efectos del fallo, respeto a la dignidad humana en su ejecución,

procedencia en circunstancias extraordinarias, y principio de proporcionalidad, siendo este último uno de los ejemplos, de la importancia de los principios y que son inobservados por los juzgadores, limitándose a transcribir el artículo que lo contempla, sin manejar el verdadero sentido dogmático del mismo.

Los anteriores principios son aspectos fundamentales que son abordados en la investigación y marcan el punto de partida para el estudio teórico de las medidas, en virtud que sirven de sustento, base, fundamento y contención, en la temática. Al respecto, se identifican las principales inobservancias de los aludidos principios, incluso reflejándose diversas decisiones o aspectos normativos, que soslayan tales instituciones.

Es así, que se realiza la primera clasificación conforme a una teoría procesal que sistematiza y agrupa todas las medidas que hacen vida en el campo penal, unificándose la terminología, superando así, la hipertrofia nominal de la terminología que se traduce en un tratamiento errado de las medidas. La anterior clasificación estructura entre medidas preventivas y medidas cautelares, incluyéndose en el primer grupo, las medidas preventivas de aseguramiento personal y real, así como las de protección (que de forma inédita se categoriza en el ámbito penal) y en la segunda, medidas cautelares personales y reales.

Igualmente, a partir de la clasificación teórica de las medidas, se abordan los problemas específicos de cada una de las medidas, tales como en el caso de las *medidas preventivas personales*, específicamente la aprehensión en flagrancia, existen dificultades para su ubicación dogmática en la procesalística, asimismo, se identifica la desnaturalización de la figura clásica de la flagrancia en los casos de violencia contra mujer. Igualmente, se identifica la inconstitucionalidad del efecto suspensivo dado en la temática, en el ámbito procesal y serias inconsistencias en los casos de altos funcionarios, a los que se les pretende aplicar flagrancia por delitos que no revisten la inmediatez o actualidad respectiva.

Por otra parte, en relación al mandato de conducción, se vislumbró que no procede contra el imputado, sin embargo, es insuficiente la normativa. Igualmente, la comparecencia coactiva de expertos y testigos, en los términos regulados

requiere una ampliación para lograr su fin (dos llamados y se desecha al órgano de prueba).

En relación a las *medidas preventivas reales*, se identifican diversos problemas relacionados con la terminología en diversa normativa, a nivel del Código adjetivo, como en la denominada legislación penal colateral. En tal sentido, se identifican los aludidos problemas, tales como lo atinente a la duración, procedencia, alcance y finalidad. Asimismo, esta categoría suele confundirse con las medidas cautelares, por ello en esta investigación se determinó que las referidas medidas no revisten naturaleza cautelare, lo cual implica diversas consecuencias, alejadas del tratamiento cautelar.

En el mismo orden de ideas, existe una tercera categoría de las *medidas preventivas destinadas a la protección de víctimas y de sujetos procesales*, que han estado huérfanas en la temática, siendo consideradas medidas de carácter preventivo y fueron estudiadas conforme a la tendencia mundial de protección integral de la víctima, visibilizándose este bagaje de instrumentos en cumplen un fin claro y determinado, que inéditamente, encuentra categorización en este trabajo.

Por otra parte, en lo relativo a las *medidas cautelares*, existe una notoria deficiencia en el tratamiento de las medidas, en el sentido de otorgarle la categoría de cautelar a todas las medidas, aspecto que dista de la teoría general del proceso, así como la teoría de las medidas aquí propuesta que categoriza entre medidas preventivas y medidas cautelares propiamente dichas, a pesar que estas últimas están abarcadas en el estudio de las medidas preventivas.

Por tal razón, en las *medidas cautelares personales* se identificaron problemas relativos a la procedencia y procedibilidad, así como la consagración de medidas indeterminadas, las cuales no tienen cabida en el sistema de medidas propuesto en esta tesis. Como corolario, las medidas personales presentaron problemas específicos relacionados con los principios, como en los casos de prórroga de la privación de la libertad, separación de condenados con procesados, inobservancia de ordenes de excarcelación o de medidas sustitutivas, exigencias de cauciones de imposible cumplimiento, aprehensiones arbitrarias por parte de

cuerpos policiales y luego legalizadas a nivel judicial, entre otros problemas que son analizados.

Por último, se identifican los problemas relacionados con las *medidas cautelares reales*, tales como los casos de personas interpuestas, medidas contra personas jurídicas, inaplicación de medidas innominadas e indeterminadas, la regulación contradictoria del Código Adjetivo y la legislación colateral, la ejecución anticipada de bienes, ausencia de medidas específicas para penas pecuniarias o para los casos de comiso y confiscación y análisis de diversas decisiones contrarias a los principios de la tutela cautelar, tales como el caso de decisiones emblemáticas en materia de medidas para un fin indemnizatorio, la remisión que se realiza al Código de Procedimiento Civil y diversos aspectos procedimentales, abordados a la luz de la unión, de la teoría general del proceso y la naturaleza del proceso penal venezolano, de corte acusatorio.

Ante tal escenario, esta tesis genera una clasificación inédita de las medidas aplicadas en el proceso penal, entre las cuales se dividen o separan principalmente medidas preventivas (tutela preventiva) y medidas cautelares (tutela cautelar), siendo las primeras una elaboración propia que procura zanjar el tratamiento asistemático de ciertas medidas que no son cautelares, tales como las medidas de protección de las partes que intervienen el en proceso (protección de víctimas, testigos, entre otros), así como las medidas de aseguramiento personal (aprehensión en flagrancia) o de aseguramiento de objetos (medidas de aseguramiento probatorio), quedando incluidas en el ámbito preventivo, en virtud que persiguen un fin preventivo y no cautelar, ya que este último se manifiesta únicamente con las medidas de coerción personal (prisión preventiva) que procura asegurar un eventual fallo que consiste en la aplicación de una pena y las medidas de coerción real, que están destinadas en el ámbito penal al aseguramiento de la eventual responsabilidad civil derivada del delito, lo cual se traducen en la cautela de asegurar la posible decisión al respecto.

En tal sentido, la presente tesis se desarrolló como una investigación conformada por cinco capítulos, en el cual en el capítulo I se abordó lo relativo a la tutela judicial efectiva y tutela jurisdiccional diferenciada a la luz del derecho

constitucional, tomando en cuenta las corrientes del Estado de Derecho, en el cual la tutela judicial efectiva como institución jurídica, permite abordar el estudio individual y pormenorizado de las instituciones preventivas y cautelares.

Por otra parte, en el capítulo II, se realizó un estudio general del contenido de la tutela jurisdiccional diferenciada en sus apartados de la tutela preventiva y tutela cautelar, estableciéndose generalidades de las referidas instituciones, igualmente, se estudió el sistema procesal penal que rige en Venezuela, plasmando su alcance, marco normativo y principios propios de un sistema de corte acusatorio, para luego concluir con el análisis del fundamento de la existencia de la tutela preventiva y cautelar en la justicia penal venezolana.

Igualmente, en relación al capítulo III, se analizó el sistema de tutela preventiva, definiéndose el alcance del poder preventivo, así como las diferencias entre lo preventivo y cautelar. Luego se revisó el poder preventivo en el Estado de Derecho, abordando el caso particular de las medidas preventivas que se manifiestan en el proceso penal, destacándose las medidas de aseguramiento personal y real, así como las medidas de protección.

Asimismo, con respecto al capítulo IV, se abordó lo atinente a las medidas cautelares aplicadas en el proceso penal, destacándose su concepción de potestad o poder-deber del poder cautelar, plasmándose sus límites y principios. En el mismo orden de ideas, se desarrollan las medidas cautelares específicas del proceso penal venezolano, distinguiéndose entre medidas personales y medidas reales, concluyéndose en la dificultad de aplicar estas últimas, según la legislación actual procesal penal, elaborando una serie de propuestas teóricas y dogmáticas.

Por último, en relación al capítulo V, se estudiaron los principales sistemas latinoamericanos y europeos en relación a las medidas, incluyendo el análisis de la regulación del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, lo cual sirvió, conjuntamente con las deficiencias observadas en la legislación venezolana, conforme al derecho comparado y estudio de la teoría general del proceso para concluir con una propuesta teórica que repercute en aspectos de *lege ferenda* para interpretar y aplicar las medidas en el proceso penal venezolano conforme a los principios medulares del derecho.

CAPÍTULO I
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA

1.- Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

1.1.- Consideraciones Generales

Una de las necesidades más acuciantes que surge de la vida del hombre en sociedad, es la de arbitrar una organización o sistema judicial eficaz que dé solución a los conflictos de derechos e intereses que se plantean entre sí sus miembros, tal como aduce Araujo-Juárez (2007) (p. 61).

En tal sentido, no basta contar con un sistema judicial si el mismo no es eficaz y sus decisiones no pueden ser materializadas, por ello, apunta Peyrano (2004) que hablar de la tutela judicial efectiva es lo mismo que aludir a la eficiencia del sistema de justicia. (p. 39)

Ahora bien, el origen de la tutela judicial efectiva se remonta, según Araujo- Juárez (2007):

> "Tras la II Guerra Mundial se produce en Europa un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona y dentro de estos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial". (p. 62).

Asimismo, es oportuno indicar que el fenómeno de aparición de la tutela judicial efectiva, surge a raíz de violaciones graves a los derechos y garantías fundamentales de todo individuo, que históricamente se remonta a la época posterior a la segunda guerra mundial, como lo sostienen, Bello y Jiménez (2004), siguiendo la línea del autor Araujo-Juárez, antes citado, al apuntar que:

> "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 tal escenario que surge en Europa el fenómeno de la constitucionalización de los principios y garantías fundamentales de todo individuo, lo cual representa uno de los puntos de partida de la tutela judicial efectiva, tal como sostiene Rivera (2002):

> "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).

Por otra parte, existen otros criterios que identifican su origen de raigambre española, entre ellos Escovar (2001), quien, al analizar el origen de la tutela judicial efectiva arguye 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)

Visto lo anterior, se infiere que históricamente, al evidenciarse la vulneración de derechos, principios y garantías inherentes a la dignidad humana, conllevó a la constitucionalización de los mismos, traduciéndose en su consagración como derechos fundamentales, siendo uno de los protagonistas de estos derechos, la tutela judicial efectiva, institución que incide en todos los demás derechos, ya que el aseguramiento de éstos últimos depende de la efectividad de su tutela.

Así las cosas, la materialización de la tutela judicial efectiva ha sido producto de un largo tránsito a nivel histórico, en el cual se inició el fenómeno de la constitucionalización de derechos fundamentales en las principales constituciones y leyes europeas, posterior a la segunda guerra mundial, lo cual dio a su vez paso para consagrar en las constituciones de Latinoamérica, la institución *in commento*.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva se encuentra consagrada en casi todas las Constituciones del mundo, siendo una de las más destacadas en Iberoamérica la Constitución española (1978), consagra en su artículo 24.1, lo siguiente:

> "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión"

Igualmente, el referido derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado de forma similar en las Constituciones de Alemania (1949) en su artículo 19.4, Constitución de Italia (1947), artículos 24 y 113, Constitución de Portugal (1976), artículo 20, entre otros países europeos, caracterizados por manejarse con un sistema de derecho continental o escrito, que han servido de inspiración a nuestro ordenamiento jurídico.

Como corolario, en el ámbito Latinoamericano el Derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en las constituciones de los siguientes los países: Argentina (1853), Bolivia (2009), Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1949), Cuba (2019), Chile (1980), Ecuador (2008), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), México (1917), Nicaragua (1987), Panamá (1972), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (2015), y Uruguay (1967).

Ahora bien, Venezuela se caracteriza por ser un Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia, aspecto consagrado en el artículo 2 de la Constitución (1999) al siguiente tenor:

> 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.

De igual manera el artículo 26, de la Constitución (1999), estatuye la institución de la Tutela Judicial Efectiva, al consagrar expresamente lo 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"

Visto lo anterior, queda reconocido expresamente como derecho constitucional el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, y podemos tomar la idea de González (2001), quien aduce que la tutela judicial efectiva 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).

1.2.- Definición y alcance

La tutela judicial efectiva básicamente se concibe según Barnes (1993) como:

> "la misma existencia de la tutela judicial efectiva obedece al explícito reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo sólo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto (frente al poder público). La justiciabilidad de las controversias que se susciten entre el ciudadano y los poderes públicos es, desde luego, la garantía más firme, el mejor barómetro de la juridicidad de todo un Estado" (p. 432)

Por su parte, Ortíz-Ortíz (2007), igualmente plantea su fundamento y relación con en la noción de Estado de Derecho, arguyendo que:

> "Toda noción de Estado de Derecho lleva implícita la idea de una tutela judicial de los ciudadanos de manera eficaz y efectiva frente a todos los órganos del Poder Público y en particular, en el goce y ejercicio de las libertades fundamentales o derechos inherentes a la condición humana". (p. 212)

El referido autor continúa indicando que:

> "El Estado de Derecho es, ante todo, un "Estado de tutela", esto es, una organización jurídica mediante la cual se ampara y protege a los ciudadanos en el goce efectivo de sus derechos subjetivos (individuales o colectivos). Pareciera un contrasentido, en este marco de ideas, pensar en una "tutela judicial efectiva" puesto que, si la "tutela" puesto que, si la tutela es "judicial" per se "efectiva", si así no fuera dejaría de ser "tutela".

> Sin embargo, la locución ha sido ampliamente difundida en el mundo contemporáneo como para prescindir de ella, y porque denota unas consideraciones que no basta “simple” tutela judicial, sino que además sugiere la idea de “efectividad”. (p. 211)

Como corolario Escarrá (2007), se inscribe en la misma línea al apunta que la tutela judicial efectiva es esencia misma del Estado de Derecho, tal como se observa a continuación:

> “Así las cosas, el derecho a la tutela judicial efectiva tiende en definitiva a asegurar al ciudadano un compromiso por parte del Estado, visto desde la perspectiva de su función jurisdiccional, en función del cual se proveerá a sus derechos la seguridad de ser efectivamente materializados y de mantener su intangibilidad y absoluto resguardo. Es por esta razón que el precepto constitucional previsto en el artículo 26 indica que los mismos serán efectivamente tutelados por los órganos jurisdiccionales cuando pretenden ser vulnerados y se acuda ante ello exigiendo la debida tutela que detentan, para de esta manera hacer prelar la noción de justicia, que constituye el fin último de todo proceso judicial y la esencia misma de nuestro Estado”. (p. 12)

Ahora bien, es importante destacar que la tutela judicial efectiva usualmente se define según dos corrientes básicas, siendo la primera de ellas la que considera que la tutela judicial efectiva se concibe como la suma de todos los derechos constitucionales procesales, particularmente los consagrados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), lo que se traduciría en palabras de Bello y Jiménez (2004), en:

> “derecho al acceso a los órganos de administración de justicia, derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, sin reposiciones inútiles, derecho al debido proceso, derecho al a defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho a la presunción de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a la no valoración de pruebas ilícitas, derecho a ser oída en toda clase de proceso, derecho a un tribunal competente, independiente, imparcial, derecho a intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales, derecho a no confesarse culpable, derecho a no ser juzgada por actos u omisiones no previstos en la ley como delitos, faltas o infracciones, derecho a no ser juzgado por los mismos hechos que hubiese sido juzgado anteriormente, derecho a exigir responsabilidad al Estado y a los jueces por errores judiciales, retardos,

omisiones injustificadas, funcionamiento normal o anormal de la justicia, entre otros". (p. 23).

> "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 procesa –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)

En tal corriente se inclinan diversos autores, entre los cuales destacan Escovar (2001), quien apunta lo siguiente:

> "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).

Ahora bien, la segunda corriente se inclina por limitar el contenido de la tutela judicial efectiva a algo distinto que la suma de los derechos constitucionales, siendo básicamente el contenido de la misma, los siguientes: 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.

En esta línea se anota Picó I Junoy (2012), 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. 57).

Igualmente, Caroca (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)

Sostenidas las anteriores posturas, podemos resumir que se manejan dos corrientes básicas, las cuales apuntan por una parte en considerar que la tutela judicial efectiva se traduce en la suma de los derechos y garantías constitucionales, y la segunda postura se inclina por fundamentar el derecho a la tutela judicial efectiva en cuatro aspectos básicos, a saber: 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, tal aspecto es analizado en lo atinente al contenido de la tutela judicial efectiva.

En tal sentido, nos inclinamos por la segunda postura que se traduce en los cuatro aspectos señalados, en virtud que se trata de la posición mayoritaria de la doctrina y, además, no interfiere en otros derechos o instituciones autónomos, como lo son el debido proceso, derecho a la defensa, entre otros, que poseen su propio constructo teórico y autonomía.

Ahora bien, otro aspecto que merece ser destacado en relación al alcance y definición de la tutela judicial efectiva es el relativo a su carácter de derecho fundamental, analizado a continuación.

2.- Derecho a la Tutela Judicial como Derecho Fundamental

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos garantizados constitucionalmente a toda persona o ciudadano, en su condición de tal, por ser considerados indispensables para su pleno desarrollo.

Así Casal (2010), apunta que:

> “Estos derechos son en principio inherentes al ser humano, al igual que los derechos humanos propiamente dichos, pues históricamente éste ha

> sido la idea directiva que ha impulsado la consagración constitucional de determinados derechos, pero a este conjunto básico de derechos puede sumarse otros que responden a las peculiaridades de la evolución institucional y de la cultura jurídica de un país, que la constitución correspondiente proclame aunque no merezcan el calificativo de ser inherentes a la persona, lo cual no forma parte, sin embargo, de la médula o eje conceptual de los derechos fundamentales" (p. 17).

En tal sentido, los derechos fundamentales se erigen como derechos inherentes al ser humano y además son constitucionalmente asegurados. En tal sentido, estos derechos poseen características que los diferencian de los derechos humanos y derechos constitucionales, propiamente dichos, siendo la principal característica que son Inherentes al ser humano, igual que ocurre con los derechos humanos, con la particularidad de su constitucionalización, sin embargo, esto no quiere decir que sea suficiente con su positividad en la Constitución, sino que además debe coexistir su fundamentalidad.

Igualmente, debe destacarse que existen otros derechos que responden a realidades distintas de cada país que figuran expresamente en la Constitución, a pesar que no se trata de derechos inherentes, aspecto que queda excluido del concepto de los derechos fundamentales.

Por otra parte, a los derechos fundamentales se suman otros que responden al aspecto formal, además del aspecto material que radica en el aspecto sustantivo protegido, que implica la insuficiencia que se encuentren plasmados en la Constitución, sino que es necesario una garantía constitucional para ejercer tal derecho.

Asimismo, un sector de la doctrina, entre los cuales destaca Ferrajoli (1999), se refiere a la *universalidad*, la cual consiste, que "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona de ciudadanos o personas con capacidad de obrar" (p. 37).

Adicionalmente, se ha incluido en la doctrina, la nota referida a la *resistencia jurídica*, que prevalece en virtud de su carácter constitucional, la cual es oponible ante cualquier intento estatal de reducir su goce o ejercicio, lo cual denota el

carácter vinculante y fuerza normativa que prevalece ante el legislador. No obstante, se debe advertir que es entendible que los derechos fundamentales admiten restricciones, las cuales deben recorrer un camino que procura respetar el núcleo del derecho fundamental.

Por otra parte, siguiendo el orden de ideas, el profesor Alexy (2003), ha sostenido que son cuatro los rasgos distintivos de los derechos fundamentales, a saber: su máximo rango, su máxima fuerza jurídica, la máxima importancia y su máximo grado de indeterminación (p. 36).

Lo relativo a s*u máximo rango y máxima fuerza jurídica* obedecen a su consagración en la norma suprema del ordenamiento jurídico la cual es la Constitución, aspecto que igualmente refleja la *máxima importancia*, la cual radica en que es tal la magnitud o necesidad para la sociedad de consagrar la protección de tal derecho, que se realiza en la norma de mayor jerarquía, lo cual denota su grado de importancia. Por último, lo atinente al *máximo grado de indeterminación*, en palabras de Casal (2010), se trata de lo siguiente:

> (…) es también formal y se refiere a la textura o estructura normativa de los derechos fundamentales. Este es un rasgo de los derechos fundamentales, o de los preceptos que los consagran, que tiene gran repercusión en su interpretación y en el papel que ha de jugar la jurisprudencia constitucional en la precisión de su contenido (p. 18).

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) no hace mucho énfasis en la diferenciación de los derechos fundamentales, ya que atiende esencialmente a categorías de derechos humanos, presentes de manera no uniforme, siendo básicamente recogidos en el Título III, entre los cuales figura en el artículo 26, el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Sin embargo, la tutela judicial efectiva es considerada como un derecho fundamental, al respecto, sostiene Araujo-Juárez (2007), que:

> “En primer lugar, el concepto así calificado se considera esencial y fundamentador para el Estado de Derecho y para el propio ordenamiento jurídico. Por otro lado, existen algunas consecuencias de su calificación como “superiores”, que sólo serán predicables de los valores que se consideren como tales. Desde entonces, el derecho a la tutela judicial

efectiva se reconoce cada vez más como un derecho fundamental" (p. 62).

En el mismo orden, se inclina Escarrá (2007), al apuntar lo siguiente:

> "este derecho fundamental también reviste la naturaleza de principio que se erige con plena imperatividad sobre el resto del ordenamiento jurídico. Para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la tutela efectiva, junto a la igualdad y a la presunción de inocencia, constituyen tres de los principios constitucionales más importantes." (p. 13).

Sostenido lo anterior, el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido consagrado constitucionalmente en la mayoría de los países, partiendo de Alemania, en donde se consagró en la Ley Fundamental de Bonn -Constitución de Alemania - (1949), específicamente en su artículo 19 IV, así como en otros, entre los cuales destacan España (1978) e Italia (1947), en los cuales se consagró en el artículo 24.1, para el primero y 24 y 113 *ejusdem*, para este último.

Como corolario, sostienen Araujo-Juárez y Arveláez (2000), que:

> Ahora bien, actualmente el derecho a la tutela cautelar es considerado un derecho fundamental, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y extranjera. Así puede mencionarse el caso francés –Decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987, -o el español- las sentencias del Tribunal Constitucional 14/1992, 10 de febrero y 238/1992, de 17 de diciembre. También de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, básicamente de las sentencias de 19 de junio de 1990 asunto 213/89, caso Factortame; la de 21 de febrero de 1991, asuntos 143/88 y 92/89 caso Zuckerfabrik, puede desprenderse el carácter de derecho fundamental de la tutela cautelar. (p. 77)

Igualmente, aduce Alonso (1994), que:

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

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

Vistos los anteriores los planteamientos anteriores, es indiscutible el carácter de derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, asimismo, en relación a Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado en relación al carácter de derecho fundamental de la Tutela Judicial Efectiva en los siguientes términos:

Sentencia Nº 934, de fecha: 09/05/2006, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

> **(…) En tal sentido, la Sala ha reiterado, desde una perspectiva garantista del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva** no sólo de los intereses individualizados en cada proceso, sino incluso de aquellos colectivos o difusos (ex artículo 26 constitucional), que la legitimación requerida para solicitar el control concentrado de la constitucionalidad constituye un simple interés, no calificado por el legislador. (…) (Resaltado nuestro)

Sentencia Nº 2029, de fecha: 19 de agosto de 2002, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

> **A criterio de la Sala Constitucional, en resguardo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva,** no son válidos los impedimentos procésales que sean consecuencia de un excesivo formalismo, por cuanto dicho derecho constitucional no puede verse enervado por las exigencias formales cuyo incumplimiento no vulnere ningún derecho constitucional**.** (Resaltado nuestro)

Sentencia Nº 104, de fecha: 20/02/2008, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

> (…) 1.1.2 El examen de la admisibilidad de la demanda permite, al inicio del proceso, la depuración temprana del mismo e, incluso, la declaración anticipada de su terminación, lo cual es indudablemente favorable a la economía de costos procesales y a una administración de justicia oportuna y sin demoras indebidas ni actuaciones innecesarias, vale decir, al aseguramiento de la **efectiva vigencia del derecho fundamental a la tutela judicial eficaz que proclama el artículo 26 de la Constitución…** (…) (Resaltado nuestro)

Vistas las anteriores consideraciones, es indudable en el criterio mayoritario, tanto de índole jurisprudencial como doctrinal, a nivel nacional y extranjero, de considerar la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental.

3.- La Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Venezolano

Tal como se ha sostenido en el presente capítulo, la tutela judicial efectiva representa un derecho fundamental indispensable para el Estado de Derecho, erigiéndose como uno de sus pilares, en virtud que la finalidad de la referida institución, es la de hacer prevalecer el orden jurídico en general, en el cual se incluye el conjunto de derechos atribuidos a todo individuo, procurando otorgar certeza en su exigencia, a efecto de su efectiva vigencia.

Ahora bien, de la Constitución de Venezuela de (1961) se deducía el derecho a la tutela judicial efectiva, principalmente gracias a la interpretación jurisprudencial, específicamente del artículo 68 que contemplaba el derecho a la defensa, tal como se observa a continuación:

> Artículo 68. Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.
> La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Sin embargo, tal artículo no reconocía expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva tal como se conoce en la actualidad, que si es reconocido en la Constitución de la República Bolivariana de (1999) de manera expresa en el artículo 26, plasmado a continuación:

> Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
> El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En tal sentido, se observa la superación de la concepción de la tutela judicial como un simple derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones, tal como alude Escarrá (2007):

> Sin embargo, lo que resulta necesario tener claro, a la luz del paradigma de Estado que plantea la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es que la protección a la que alude el precepto contenido en el artículo 26 constitucional, realmente se encuentra referida a una tutela eficaz, es decir, no se encuentra referida a una tutela que se conceda meramente en el campo abstracto y de lo declarativo, sino, por el contrario, a una tutela que trascienda de dicho plano para insertarse en el plano de lo fáctico, es decir, una tutela que incida en el ámbito material de la sociedad y del individuo, en donde la misma, una vez concedida, obtenga efectivo cumplimiento en la esfera subjetiva del ciudadano, con lo cual se estará materializando la propia noción de Estado, se estará realizando en realidad aquella justicia real y efectiva a la que alude nuestro texto constitucional. (p. 11)

Por otra parte, siguiendo la idea de Ortíz-Álvarez (1999), este derecho suele aparecer en los siguientes instrumentos internacionales:

> Declaraciones internacionales de derechos humanos tanto europeas como americanas, que generalmente se establece como el derecho a un "recurso efectivo" *ad exemplum*: artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre; artículos 2 (numeral2, 3, literales a, b, c), 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (p. 43).

Igualmente, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, desde la entrada en vigencia de la Constitución (1999), ha reconocido expresamente la consagración constitucional del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, en el artículo 26 de la misma, tal como se plasma en las siguientes decisiones:

Sentencia Nº 576, de fecha: 27/04/2001, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, expresó lo siguiente:

> **La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de**

> **administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución**. Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido (…). (Resaltado nuestro)

Sentencia Nº 2029, de fecha: 19/08/2002, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, expresó lo siguiente:

> **Conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, "toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses" y a la "tutela efectiva de los mismos" (artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Ahora bien, dicha tutela judicial** no se reduce únicamente al acceso a los órganos judiciales para hacer valer la pretensión invocada por el justiciable, sino a obtener una decisión de fondo sobre la resolución de la controversia, sea favorable o no, y a que a que la misma sea ejecutada.

Sentencia Nº 708, de fecha: 10/05/2001, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, expresó:

> **El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución** señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257) (…) (Resaltado nuestro)

Ahora bien, vistos los extractos anteriores, se denota el reconocimiento unánime de la tutela judicial efectiva como un derecho constitucional, tanto por la doctrina como por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, e igualmente, se adiciona la tutela modalidad de tutela preventiva y cautelar como un aspecto medular de la tutela judicial efectiva, tal como lo dispone la siguiente sentencia:

Sentencia Nº 662, de fecha: 17/04/2001, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, expresó:

> Debe señalarse que uno de los derechos más importantes y fundamentales en todo Estado de Derecho, es el derecho a la tutela judicial efectiva, que está conformado por otros derechos, como lo son: el derecho a tener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, **el derecho a la tutela judicial cautelar** y el derecho a la ejecución del fallo.
>
> **En efecto, las medidas cautelares son parte esencial de este derecho** y del derecho a la defensa, teniendo su base en la propia función del Juez de juzgar y ejecutar lo juzgado y pueden ser utilizadas, siempre que cumplan los dos requisitos esenciales del periculum in mora y del fumus boni iuris, de la forma más amplia para garantizar la eficacia de la sentencia que decida sobre el fondo de la controversia.(Sentencia de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 1998, Caso: Carmen Brea). (Resaltado nuestro)

En síntesis, la tutela judicial efectiva se erige como un derecho constitucional fundamental, que ha sido consagrado en la mayoría de los países en los cuales se suma Venezuela. Además, ha sido reconocido de manera casi unánime por la jurisprudencia y la doctrina, como un instrumento para lograr la seguridad jurídica, abarcando a los órganos de administración de justicia a quienes les está conferido la obligación de hacer valer efectivamente y con prontitud, los derechos de las personas que acudan a ellos exigiendo su reclamo.

4.- Contenido esencial de la Tutela Judicial Efectiva

El contenido de la tutela judicial efectiva está íntimamente relacionado con lo indicado en los apartados anteriores, principalmente en lo relativo a las diversas posturas o corrientes que hacen referencia a su extensión, siendo la primera enfocada en apuntar que se trata de la suma todos los derechos constitucionales procesales y la segunda, atiende a escindir en cuatro aspectos básicos, relativos a: el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales, el derecho a obtener una sentencia motivada, el derecho a impugnar la decisión y el derecho a ejecutar la misma.

En resumen, siguiendo a Caroca (1998), la tutela judicial efectiva contiene lo siguiente:

> 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. (pp. 125-133)

Ahora bien, a pesar de tal toma de posición, es oportuno citar otros autores que incluyen otro contenido, tales como Duque (2008), quien sostiene que más bien la tutela judicial efectiva es un derivado del derecho de acceso a la justicia, al afirmar que:

> "El acceso a la justicia, pues, es una especie del derecho a la jurisdicción o a la justicia, que comprende, además, el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses y el de obtener una decisión pronta y fundada en Derecho o en la equidad". (p. 360).

Por su parte, Rivera (2002), sostiene que la tutela judicial efectiva abarca o incluye el derecho constitucional a la igualdad, tal como se evidencia de seguidas:

> "No solo supone le 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)

Igualmente, existen otras posturas que plantean una mixtura, tal como Escarrá (2007), quien apunta que la tutela judicial efectiva abarca tanto la suma de las garantías constitucionales, como el contenido esencial que reza o radica en el acceso a los órganos, derecho a obtener una decisión fundada y motivada, así como recurrirla y ejecutarla, como se evidencia a continuación:

> "En tal sentido, es conteste en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia, tanto patria como extranjera, en señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva se presenta como un derecho complejo que implica e involucra dentro de sí la verificación de otros derechos, como el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la tramitación de un proceso en el cual se hayan resguardado todas las garantías, el derecho a la obtención de un fallo fundado en derecho y a su vez el derecho a obtener la efectiva ejecución del mismo, así como también el derecho a gozar de distintas medidas cautelares cuando se cumplan los requisitos exigidos legalmente para las mismas" (p. 13).

Ahora bien, notamos que la inclusión de otros derechos en la tutela judicial efectiva es reconocido expresamente tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia, sin embargo, no se pueden incluir otros derechos que son totalmente autónomos (a pesar de guardar al menos una relación indirecta con la tutela judicial efectiva) ya que esta tiene sus contornos bien delimitados, y según una interpretación armoniosa del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), la tutela judicial efectiva 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, ya que este derecho está consagrado en el según el contenido del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), así como otros derechos tales como la igualdad, y mucho menos las posiciones mixtas.

Caso contrario ocurre con la denominada la tutela preventiva y cautelar, que son derivados intrínsecos de la tutela judicial efectiva, ya que esta no puede subsistir sin la posibilidad de poder asegurar los fallos y derechos de las personas que invocan la efectiva tutela de sus derechos, en virtud de la tempestividad en la protección de los derechos controvertidos, así como la eventual ejecución de un fallo.

Dicho lo anterior, en síntesis, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende: 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, para los cuales es necesario e inherente, contar con tutela preventiva y cautelar, que, como fin último, persigue esos cuatros contenidos.

5.- Manifestaciones de la Tutela Judicial Efectiva

En líneas anteriores se delimitó el alcance y definición de la tutela judicial efectiva, así como las distintas posturas en relación a su contenido básico. Ahora bien, además de los referidos aspectos, la tutela judicial tiene diversas maneras de

manifestarse, es decir, una forma ordinaria o clásica que se presenta con el contenido básico y una tutela que la doctrina reciente (Ortíz-Ortíz (2015a), Duque (2008), Monroy y Monroy (2000), Pellegrini (2005), Peyrano (2008), entre otros, ha denominado “tutela jurisdiccional diferenciada”, que atiende una tutela judicial que debe responder a situaciones apremiantes o preventivas.

Así, la tutela jurisdiccional diferenciada surge como una manifestación de la tutela judicial efectiva, siendo una particular forma de tutela que se fundamenta en la necesidad de intervención preventiva en aras de asegurar la eficacia de un fallo o para salvaguardar los derechos de las partes intervinientes en un proceso.

Al respecto, opina García de Enterría (2004), 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).

En el mismo orden, apunta Escarrá (2007), quien aduce que:

> (…) la eficacia de la justicia depende en gran parte de la rapidez con la cual se otorgue, así como también es evidente que la realización de un proceso con todas las garantías debidas que requiere tiempo para su correcta y debida tramitación. Desde luego la justicia tardía también puede traducirse en una violación a la tutela judicial efectiva. (p. 27).

Los autores Enterría y Escarrá, cuyas ideas fueron plasmadas *ut supra*, a pesar que no aluden expresamente a la tutela diferenciada, si reconocen que la tutela debe atender a situaciones diferenciadas, es decir, situaciones específicas que implican actuar con prontitud y no supeditar al azar un aseguramiento de derechos o de un fallo en el devenir de un proceso.

Al respecto, opina Ortíz-Ortíz (2015a), que la tutela jurisdiccional diferenciada está imbricada con la tutela judicial efectiva, al indicar que:

> “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).

Asimismo, continúa señalando que:

> La diferenciación de tutelas constituye un ingrediente básico del fenómeno de adaptación del derecho procesal a las nuevas realidades sociales y jurídicas, en el contexto del pasaje de la rigidez propia del derecho liberal clásico a una configuración elástica del proceso (p. 49)

Los anteriores postulados son igualmente defendidos por Peyrano (2009), quien arguye:

> 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).

Igualmente, es oportuno destacar lo argüido por Pellegrini (cit. Ortíz-Ortíz, 2015a), 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)

Ante tal escenario, no cabe duda que la administración de justicia, en el entendido del derecho a la tutela judicial efectiva, implica la posibilidad que una sentencia tenga eficacia, por lo cual es inherente el empleo de medidas que conforman la tutela jurisdiccional diferencia, ante ello, apunta Taruffo (cit. p. Parra, 2000), que:

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

> efectiva comprende también el derecho a servirse de medidas cautelares adecuadas, cómo deberán configurarse éstas para adaptarse a las diversas situaciones concretas. (p. 4).

Sostenidas las anteriores consideraciones, se observa que la tutela judicial efectiva abarca la tutela preventiva y cautelar, como contenidos de la "tutela jurisdiccional diferenciada" y se erige como una forma de manifestación de la tutela jurisdiccional diferenciada, con lo cual se trata un pilar básico en la adaptación del derecho procesal a las nuevas realidades sociales y jurídicas. En síntesis, se evidencia la existencia de una jurisdicción diferenciada de carácter preventivo, que se traduce en la misma tutela judicial efectiva, pero destinada a proteger derechos en un proceso o a buscar la posibilidad de ejecutar fallos judiciales.

6.- Tutela Jurisdiccional Diferenciada

6.1- Definición y alcance

Tal como se sostuvo en el punto anterior, la tutela judicial efectiva tiene distintas formas de manifestarse, entre las cuales destaca la tutela jurisdiccional diferenciada, y siguiendo a Duque (2008), además de la función jurisdiccional de conocer causas y de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, lo órganos de administración tienen la responsabilidad de la tutela efectiva de los derechos y personas que acudan ante ellos para hacerlos valer y obtener con prontitud la decisión correspondiente, así:

> En otras palabras, que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos del Poder Judicial debe bastarse, asimismo, no solamente para dirimir los conflictos de con carácter definitivo, sino también para darle una adecuada y tempestiva protección a los derechos controvertidos. Surge entonces, dentro de la función jurisdiccional, las llamadas "tutelas jurisdiccionales diferenciadas" distinguiéndose dentro de ellas la tutela ordinaria, cuyo rasgo principal es la cognición plena para otorgar la satisfacción requerida y la tutela diferenciada preventiva, para el caso de derechos infungibles, que no se satisfacen con resarcisiones patrimoniales, sino con la eliminación o neutralización de la frustración que puede producir la secuela del proceso. (p. 375).

Por su parte, Monroy y Monroy (2000), expresan la necesidad de manifestación de la tutela judicial efectiva mediante una tutela jurisdiccional diferenciada, en ciertas circunstancias, tal como se aprecia a continuación:

> Así, se trata, por un lado, de derechos que no soportan el transcurso del tiempo del proceso. Queremos decir con ello que, además de nuevos, estos derechos requieren una cobertura judicial urgente, porque si van a ser resueltos una vez concluido un proceso ordinario –por citar un ejemplo- el agravio a su titular se convertiría en definitivo y el proceso habría significado una actividad infructuosa. El tiempo –esa "cueva de ladrones" como lo llamó Benedetti- se va a tragar a todos los nuevos derechos si se pretende que su eficacia se concrete a través de un proceso con cognición plena. Digamos que los nuevos derechos le plantean al proceso un reto de supervivencia: o se cambia sustancialmente el proceso a fin de adecuarlo a las nuevas exigencias de la sociedad, o se le hace perecer. En este contexto, resulta indispensable que surja una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria.

Asimismo, se sustentan en la necesidad actual de los procesos que requieren una tutela diferente, al aducir 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).

Igualmente, Hurtado (2005), sostiene la necesidad de contar con una tutela diferenciada, en la misma línea de los autores mencionados, al expresar que existe la necesidad de contar con una tutela diferenciada, para aludir a un juez activo y no un mero espectador, tal como lo expresan a continuación:

> 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).

Asimismo, el tratadista Tarzia (1993), sostiene 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).

De las anteriores citas se denota que los autores coinciden en apuntar que es menester contar en los procesos en general, con una institución, además de la tutela judicial efectiva, todos haciendo alusión a una tutela diferenciada, diseñada para una nueva concepción del proceso más elástica que supera la praxis clásica, fundamentada en la idea de contar con tutelas diferentes que permitan actuar e intervenir ante situaciones apremiantes o que requieran herramientas para satisfacer a los ciudadanos. Por ello, a nivel mundial se comienza a generar un reconocimiento de la tutela diferenciada, que implica aceptar la existencia de variados modos de tutela, que básicamente en el caso de la tutela diferenciada se manifiesta con la materialización de medidas.

Sostiene Ortíz-Ortíz (2015a) que:

> “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).

Igualmente apunta que 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. (pp. 46-47).

Finalmente, el autor *in commento*, indica que la tutela jurisdiccional diferenciada debe abarcar o comprender, básicamente:

> (…) 2.- Acentuar y profundizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos (…).
>
> 3.- Profundizar en los proceso orales y gratuitos para los justiciables en todo tipo de proceso; así como la posibilidad de los jueces de adoptar medidas preliminares, anticipadas y, en fin, cautelares en el marco de los trámites procedimentales.
>
> 4.- La funcionalidad plena y no subordinada del procedimiento de amparo constitucional. (p. 35)

Se observa que la doctrina comienza a delimitar los contornos de la tutela jurisdiccional diferenciada. Entendiéndose que es un derivado de la tutela judicial efectiva que implica la necesidad de asegurar derechos y eventuales decisiones conforme a tutelas diferenciadas que atienden al fenómeno de la inmediatez y oportunidad, sin menoscabar los derechos esenciales del proceso. En el mismo orden de ideas, Monroy y Monroy (2000), aducen que:

> 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).

Visto lo anterior, se evidencia que esta modalidad de tutela está implícita en la tutela judicial efectiva, con la particularidad que atiende a situaciones extraordinarias de apremio y urgencia, por ello se le concibe de forma diferenciada. que obedece a una denominada tutela preventiva general (incluyendo a la tutela cautelar), concebida como una forma diferenciada de la tradicional tutela judicial.

7.- Contenido esencial de la Tutela Jurisdiccional Diferenciada

Anteriormente se indicó el contenido esencial que abarca la tutela jurisdiccional diferenciada, ahora bien, en términos generales, la tutela jurisdiccional diferenciada está constituida o materializada por diferentes modos, los cuales según González (2008), la variedad de medios procedimentales, que se traducen en formas y especies de tutelas, está relacionada con las necesidades específicas de

las relaciones del derecho sustancial (p. 16), atendiendo a los contenidos diversos de cada uno de éstos, que requieren adoptar medidas diferenciadas.

Al respecto, según Ortíz-Ortíz (2015a), se identifican *grosso modo*, los siguientes modos:

> 1.- Tutelas sumarias, que abarcan, por ejemplo, a los procedimientos interdictales, así como el procedimiento de amparo constitucional;
>
> 2.- Tutelas urgentes, que abarcan, por ejemplo, las medidas autosatisfactivas y los procedimientos monitorios, y;
>
> 3.- Tutela anticipada (preventiva), que abarca el poder preventivo del Poder Público en general, así como el poder preventivo derivado de los procedimientos judiciales (p. 54) y, por último;
>
> 4.- Tutela cautelar como especie de tutela preventiva, que se traduce en la posibilidad de adopción de medidas con la finalidad de asegurar el fallo. (p. 54)

Dicho contenido será analizado en detalle en el siguiente capítulo, advirtiendo que la materia penal responde únicamente a dos de sus categorías, específicamente a la tutela preventiva y cautelar (medidas preventivas y medidas cautelares), obedeciendo a la clasificación elaborada por el profesor Ortíz-Ortíz (2015a, p. 54), quien incluye más categorías, no obstante, en este trabajo se hace énfasis en la tutela preventiva y la tutela cautelar, en virtud de la naturaleza del proceso penal que no permite aplicar otras medidas como las autosatisfactivas o de procedimientos monitorios (tutela urgente).

7.1.- Tutela Sumaria

En relación a esta tutela generalmente se suele relacionar con la institución de la posesión empleada en el derecho civil, existiendo diversos textos (principalmente en la doctrina española que hacen referencia a la tutela sumaria específicamente en los casos de posesión). No obstante, con respecto a la tutela sumaria, Ortíz-Ortíz (2015a), la define como:

> Los procedimientos sumarios son aquellos en los cuales el pretensor ostenta una posición jurídica que se ve amenazada en su titularidad o goce y que exige del órgano jurisdiccional una intervención pronta y efectiva para detener la amenaza, o restablecer la situación infringida, mediante un procedimiento de cognición concentrada o abreviada sin que necesariamente se alcance la cosa juzgada. (p. 57).

En principio, la tutela sumaria surge con la finalidad de proteger el estatus de ciertos derechos preferentes, tal como apunta Berizonce (2005, p. 250), empleando instrumentalidad por vía rápida, o concentrada, es decir, con la finalidad de simplificar los procedimientos. Así, en virtud de su naturaleza de cognición concentrada, no genera cosa juzgada, ante lo cual queda abierta siempre la vía ordinaria para reclamar el derecho o interés que se pretende.

Vale destacar que, en España, a raíz de la Ley 1/2000, de fecha 7 de enero del año 2000, denominada de enjuiciamiento civil, se incluyeron las acciones de tutela sumaria de posesión (en sustitución de los interdictos de retener y cobrar la posesión), erigiéndose como pretensiones destinadas a detener de manera expedita las perturbaciones o despojo provenientes de terceros, con la finalidad de proteger al poseedor, sin entrar a discutir el derecho de propiedad.

Igualmente, debe destacarse que además de los procedimientos sumarios, abarca los procedimientos de amparo, los cuales tienen plena aplicación en ámbito penal, siendo desarrolladas principalmente por el derecho constitucional.

7.1.1.- Procedimientos Interdictales

En la legislación civil venezolana se manifiestan diversas formas de tutela sumaria traducida en procedimientos interdictales, siendo los mismos los siguientes:

i.- Interdicto por perturbación: consagrado en el artículo 782 del Código Civil venezolano (1982) y el procedimiento para su invocación en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil (1986).

ii.- Interdicto por despojo: establecido en el artículo 783 del Código Civil venezolano (1982) y el procedimiento para su invocación en el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil (1986).

iii.- Interdicto por obra nueva: plasmado en el artículo 785 del Código Civil venezolano (1982) y el procedimiento para su invocación en los artículos 714 y 715 del Código de Procedimiento Civil (1986).

iv.- Interdicto por obra vieja: consagrado en el artículo del Código Civil venezolano (1982) y el procedimiento para su invocación en el artículo 717 del Código de Procedimiento Civil (1986).

En relación a los interdictos posesorios (despojo o perturbación), las partes pueden acudir al procedimiento ordinario en aras de debatir los derechos debatidos. Igualmente, con respecto a los prohibitivos (obra nueva y obra vieja), establece el Código de Procedimiento Civil (1986) que cualquier reclamación a propósito del interdicto, se ventilará por el procedimiento ordinario. Así notamos que se trata de procedimientos que persiguen la obtención de una medida, que no puede traducirse en cautelar, ya que no es instrumental, ni persigue asegurar un fallo.

7.1.2.- Procedimiento de Amparo Constitucional

El amparo se inscribe en la categoría de los procesos sumarios, siendo concebido según Vescovi (1988):

> (…) es un remedio para proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y declaraciones de derechos, hablándose en la mayoría de las legislaciones de un procedimiento breve, sumario, rápido y eficaz que se da en la medida de la inexistencia de otros medios ordinarios que puedan restablecer la lesión sufrida, ya que el amparo es considerado como un medio de impugnación extraordinario contra actos u omisiones que lesionen o amenacen con lesionar derechos fundamentales, con el fin de remover los obstáculos que impiden el libre y pacífico derecho constitucional. (p. 466)

Del anterior concepto se desprende el carácter sumario del procedimiento de amparo constitucional, además de sus dos modalidades o manifestaciones básicas, el restablecedor (de situaciones lesivas) o preventivo (ante amenazas inminentes de puesta en peligro) del derecho constitucional que se trate.

Por otra parte, ampliando un poco más su definición, apuntan Bello y Jiménez (2004), que:

> El amparo constitucional se concibe como una acción que tiende a proteger derechos y garantías constitucionales –no legales- pues de lo contrario el amparo constitucional –de carácter extraordinario- se convertiría en un mecanismo ordinario de control de la legalidad. (p. 141).

Adicionalmente, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha reconocido expresamente (por ejemplo en la decisión Nº 80 de 09/03/2000, de la Sala Constitucional) que se trata de una institución de carácter extraordinario, limitado sólo a la violación directa, inmediata o flagrante de derechos subjetivos de rango constitucional e incluso previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y además, para su restablecimiento no existan vías procesales ordinarias, eficaces, idóneas y operantes.

Asimismo, aducen Bello y Jiménez (2004), que la Sala Constitucional, en cuanto a la naturaleza de la acción de amparo, interpretó que es una forma diferenciada de tutela jurisdiccional de los derechos y garantías constitucionales. (p. 141).

Vale destacar que, en principio, el amparo constitucional no produce cualidad de cosa juzgada, ante lo cual existe la posibilidad de acudir al procedimiento ordinario, excepto en los casos del denominado amparo contra sentencia o actos administrativos.

7.2.- Tutela Urgente

La tutela urgente es definida por Sumaria (2010) como:

> Sin embargo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no se agota en las manifestaciones clásicas de tutela cognitiva, ejecutiva y cautelar, sino que actualmente se habla una tutela diferenciada, que se manifiesta en una tutela "urgente" o "anticipada", en la cual el objeto de la tutela judicial no es el ejercicio de la actividad jurisdiccional para la obtención, ejecución o conservación de un título, sino que se relaciona directamente con el derecho material lesionado y que exige una respuesta inmediata del órgano jurisdiccional para inhibir o prevenir un mayor daño. (p. 10).

Así, apunta Eguren (2008), que esta tutela nace en el contexto de la justicia civil ordinaria, pero con la proa vista hacia el valor eficacia apreciada por la "urgencia" de tutela que demandan los justiciables, y en general el desarrollo mismo de la sociedad. (p. 106).

Dicho lo anterior, se denota que la tutela urgente atiende a una exigencia de respuesta inmediata ante un daño mayor, que no busca propiamente que se aplique

una medida, sino aplicar el derecho material invocado. Así, Ortíz-Ortíz (2015a, p. 58), sostiene que esta tutela puede presentarse en dos ámbitos, (i) ante situación de vulnerabilidad o (ii) ante una prueba denominada superior o calificada, pudiendo tomar la forma de ejecutiva, satisfactiva, preventiva o provisional. Ahora bien, entre las tutelas de urgencia se ubican principalmente las medidas autosatisfactivas y los procedimientos monitorios, explicados brevemente a continuación:

7.2.1.- Medidas Autosatisfactivas

Para Peyrano (1999), las medidas autosatisfactivas se erigen como:

> La llamada medida autosatisfactiva, recordemos que se trata de un requerimiento <<urgente>> formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se le haya calificado, erróneamente como una cautelar autónoma. (p. 13)

Así tenemos que se trata de procesos urgentes, que persigue la satisfacción definitiva sin necesidad de una ulterior pretensión por vía principal. Al respecto, aduce Parra (2000), siguiendo a Peyrano que:

> Siguiendo al inmenso jurista Argentino Jorge W. Peyrano, es una de las especies de los procesos <<urgentes>> y este tipo de proceso proporciona una solución orgánica a tres tipos de problemas distintos: A) No se requiere iniciar proceso simultáneo o posterior para evitar el decaimiento de la respuesta urgente dada por el órgano jurisdiccional. B) Es una respuesta acompasada a muchas disposiciones legales, que <<a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares>>. C) es una apreciable herramienta para <<hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho –en curso o inminentes- contrarias a derecho respecto de las cuales el aparato resulta inoperante o, por lo menos ineficiente. (p. 12).

Visto lo anterior, las medidas autosatisfactivas persiguen la satisfacción definitiva de la pretensión incoada, sin necesidad de acudir a una vía principal, en aras de la urgencia y para evitar un desgaste judicial del aparato, que incluso al activarse de manera posterior, no sea eficiente. Vale destacar que su uso se enmarca principalmente en el ámbito del derecho administrativo, que es la rama del Derecho en la cual se enarbolan las mismas.

7.2.2.- Procedimientos Monitorios

Los procedimientos monitorios, según Pellegrini (2005), se entienden:

> Se puede afirmar que el proceso monitorio responde a la exigencia de tutelar prontamente el derecho del acreedor, desprovisto de título ejecutivo, acelerando su formación, sin necesidad de proceso de conocimiento. Llamado procedimiento ingiuntivo en Italia, de Mahneverfahren en Alemania y en Austria, de injonction de payer en Francia y en Bélgica, el proceso monitorio es exclusivamente documental en algunos países (como en Italia, Bélgica y Brasil), conociendo otros países la forma "pura" en que la emisión del orden de pago no se fundamenta necesariamente en la existencia de prueba escrita del débito (Francia, Alemania, Austria). (p. 168)

En Venezuela, estos procedimientos exigen un título cualificado, que previamente le legislador establece, tales como: letras de cambio, documentos públicos o privados, cheques, entre otros, por lo cual se traduce en procedimientos que se fundamentan en la prueba del documento, e igual se permite acudir a tal procedimiento especial (anticipado o monitorio) o en su defecto al procedimiento ordinario. Entre los ejemplos más emblemáticos ubicamos:

1.- Vía ejecutiva (consagrada en el artículo 630 del Código de Procedimiento Civil (1986), 2.- procedimiento por intimación: establecida en el artículo 646 del Código de Procedimiento Civil (1986), 3.- ejecución de prenda y de hipoteca estatuidos en los artículos 666 y 660 del Código de Procedimiento Civil (1986), respectivamente.

Dicho lo anterior, se debe destacar que la característica fundamental de los procedimientos monitorios consiste en la ausencia de contradicción inicial, se suprime la denominada fase de cognición. En dichos procesos lo principal es evaluar la calidad del título aportado y únicamente si existe oposición es que se pasa a tramitarse según el procedimiento ordinario, tal como ocurre en el procedimiento por intimación artículo 652 del Código de Procedimiento Civil (1986).

7.3.- Tutela Anticipada (preventiva)

Hay que señalar que con respecto a la Tutela Anticipada (Preventiva), según Bello, M (2004) 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 esta 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 está llamados también a cumplir parte de estas actividades de tutela preventiva. (p. 13).

Visto lo anterior se deduce que la tutela preventiva es un derivado del Estado de Derecho, en el sentido que para asegurar el mismo, no sólo corresponde a los órganos jurisdiccionales sino a todos los demás entes que integran el Poder Público, los cuales perfectamente pueden materializar medidas de carácter preventivo en aras de salvaguardar derechos. De igual manera, la autora Bello, M (2004), sostiene que:

> 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. (p. 14)

Lo anterior clarifica que las medidas preventivas pueden ser dictadas por órganos del poder público, a diferencia de las cautelares que son exclusividad del poder judicial, en tal sentido, el poder preventivo se entiende en un sentido más genérico ya que abarca tanto medidas preventivas como cautelares, sin embargo, se escinden con la finalidad de delimitar el ámbito y su materialización, según sean en sede de la administración o del poder judicial. Igualmente, los órganos jurisdiccionales pueden dictar medidas preventivas, siendo que estas están

destinadas a la protección (prevención y evitación) o tutela de derechos de las partes involucradas en un proceso, incluyendo al Estado propiamente dicho.

Siguiendo el orden de ideas, Ortíz-Ortíz (2015a) 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).

Finalmente, se puede concluir indicando que es importante dividir entre medidas preventivas propiamente dichas y medidas cautelares, siendo que las primeras no todas son cautelares y las segundas, responden a una particularidad especifica (asegurar un fallo). Asimismo, la función preventiva radica en evitar la lesión de derechos subjetivos.

7.4.- Tutela Cautelar

En relación a la tutela cautelar, el autor Obando (2013) indica que:

> La actividad jurisdiccional tiene como fin materializar y garantizar el sistema axiológico de un ordenamiento jurídico. A su vez, la vía a través de la cual se ejerce la actividad jurisdiccional es el proceso; en ese sentido, atendiendo a que el proceso puede concebirse en la mayoría de casos, como el instrumento que brinda el ordenamiento jurídico para tutelar las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja reconocidas por el Derecho objetivo, el mismo tendrá como fin posibilitar que el titular de una situación jurídica de ventaja lesionada o amenazada obtenga protección jurisdiccional. De esta forma, el tiempo requerido por la providencia jurisdiccional puede resultar premiando a quien produjo la lesión o mantiene la amenaza, y perjudicando a quien el ordenamiento jurídico debe tutelar. (pp. 391-392)

Lo anterior significa que el derecho reclamado en un proceso debe ser factible su aseguramiento, lo cual se logra judicialmente a través de las medidas cautelares. Igualmente, sobre la tutela cautelar sostiene Calamandrei (1964) que:

> La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz

> funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento. (45)

Así se observa que se trata de una actividad exclusiva de los órganos jurisdiccionales de manera exclusiva, siendo esta característica medular para diferenciarla de la tutela preventiva propiamente dicha, en tal sentido, este es uno de los errores más comunes en materia del tratamiento de las medidas, en virtud que se confunden medidas que son de carácter netamente preventivo por medidas cautelares que persiguen básicamente asegurar la ejecución de un fallo judicial.

Apunta Guarderas (2014), una síntesis de diversos autores que definen la tutela cautelar, bajo el enfoque de la íntima relación que esta tiene con la eventual ejecución de una decisión judicial, a saber:

> Enrique Tarigo, por su parte, enseña que la medida cautelar tiene por finalidad "evitar el incumplimiento o la inejecución de otra resolución judicial, fundamentalmente la sentencia definitiva, a dictarse en el proceso principal". Podetti afirma que "el objetivo de las diligencias cautelares consiste en proporcionar a las sentencias de mérito la posibilidad de que resulten eficaces, y con ello evitar que la acción jurisdiccional sea objeto de burla, y también que el proceso sea considerado un vano torneo de actitudes declamatorias carentes de proyecciones prácticas". Finalmente, Eduardo Couture determina que son "aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio los resultados del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo". (pp. 10-11).

Visto lo anterior, se puede concluir resumiendo que las medidas cautelares conforman el sistema de tutela preventiva, siendo una de estas especies, básicamente fundamentada en la finalidad de asegurar preventivamente de la sentencia definitiva a dictarse en un proceso principal, teniendo ciertos requisitos y características, que implican una posición jurídica tutelable (*fumus boni iuris*) y un peligro en la infructuosidad del fallo (*periculum in mora*), requisitos que van a estar

presente en todas las medidas, además de otras propias de cada medida cautelar particular (por ejemplo en el caso de las medidas cautelares reales innominadas).

8.- Límites de la Tutela Jurisdiccional Diferenciada

La tutela jurisdiccional diferenciada a pesar que tiene su justificación y fundamento en la prevención de derechos o de un falo, ello no significa que al materializarse deban sacrificarse otros derechos de las partes involucradas en un proceso, en tal sentido, se hace referencia a los límites que debe reunir esta tutela conforme a la razón y requisitos de admisibilidad y procedibilidad de cada medida.

Los anteriores requisitos de admisibilidad y procedibilidad son límites latentes en cada medida, ya que cada una posee sus particularidades, tales como el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, *periculum in damni*, entre otros requisitos.

Adicionalmente, lo anterior está relacionado con la denominada potestad jurisdiccional, que según Carnelutti (1944), es concebida como un poder-derecho esto es, un poder entregado a la voluntad del interesado, estimulando y, recíprocamente moderado en su ejercicio por un sistema de cargas y responsabilidades (p. 285), aspecto al cual no escapa la tutela jurisdiccional diferenciada que se erige en un poder-deber, que en ningún momento es total o libre, tesis adoptada por el profesor Ortíz-Ortíz (2015a).

Además de lo señalado anteriormente, la aplicación de las medidas (sean de carácter preventivo o cautelar), están supeditadas a la observancia de ciertos principios, tanto los que rigen en general para los procesos, que en esta investigación se circunscriben al proceso penal, así como los principios propios para las medidas.

Ciertamente actualmente existe una lucha por la efectividad de las sentencias, así como la efectividad en el aseguramiento de los derechos de las partes o terceros que intervienen en un proceso, ante lo cual existe el derecho de tutela judicial efectiva que alberga a las medidas cautelares, no obstante, no puede ser utilizadas a su vez para vulnerar derechos fundamentales de los mismos, ya que como apunta Chiovenda (1936), la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón. (p. 299)

En la misma línea se anota Calamandrei (1945), quien aduce que existe una dicotomía entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde (p. 43), ante lo cual se exige un equilibrio en la aplicación del sistema de medidas.

Como corolario, apunta Benaím (2000), que:

> En todos estos casos –y en muchos otros más- el legislador fijó límites para la procedencia y práctica de las medidas preventivas. Las razones son múltiples, más en el fondo se busca controlar la acción cautelar por un interés superior de convivencia, poniendo barreras al interés meramente individual. Si bien el legislador no dice que estos límites están para evitar abusos procesales, lo que subyace, es el temor de que una posibilidad de cautela incontrolada, conspire contra el mismo principio que nos llevó a utilizar el mecanismo procesal como método de solución pacífica de controversias. (p. 98).
>
> Es decir, en nuestra opinión, las medidas cautelares tienen que tener alguna utilidad para el proceso y no para el capricho de la parte. Si no existe esa utilidad, pues no pueden darse (p. 100).

Sobre estas líneas, se sustentan los límites racionales y materiales en la materia de medidas, y no pueden traducirse en afrontas al Estado de Derecho, o a las instituciones que pretenden garantizar. Aquí vale trasladar el pensamiento de Roxin (1997), quien aduce que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. (p. 137), relacionándolo con la temática de las medidas, podemos señalar que las medidas propugnan la salvaguarda del Estado de Derecho por conducto de la tutela judicial efectiva, empero, tal salvaguarda, no puede desnaturalizarse y mutar en una violación del mismo Estado de Derecho, es decir, las medidas buscan otorgar protección, pero es menester proteger al individuo de las medidas, a través de los límites indicados anteriormente.

9.- La tutela preventiva y cautelar como una manifestación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

En líneas anteriores se delimitó el alcance y definición de la tutela judicial efectiva y las distintas posturas en relación a su contenido básico. Igualmente, se hizo referencia a las distintas maneras que tiene de manifestarse, destacándose que actualmente se realiza una división entre la forma ordinaria o clásica que se

presenta en su contenido básico, así como en la nueva forma que la doctrina reciente, Ortíz-Ortíz (2015), Duque (2008), Pellegrini (2005), Peyrano (2000), entre otros, ha denominado “tutela jurisdiccional diferenciada”, que atiende a situaciones apremiantes o preventivas.

Así, la tutela jurisdiccional diferenciada surge como una manifestación de la tutela judicial efectiva, siendo una particular forma de tutela que se fundamenta en la necesidad de intervención preventiva en aras de asegurar la eficacia de un fallo o para salvaguardar los derechos de las partes intervinientes en un proceso. Así las cosas, apunta Escarrá (2007), que:

> (…) la eficacia de la justicia depende en gran parte de la rapidez con la cual se otorgue, así como también es evidente que la realización de un proceso con todas las garantías debidas que requiere tiempo para su correcta y debida tramitación. Desde luego la justicia tardía también puede traducirse en una violación a la tutela judicial efectiva. (p. 27).

Continúa arguyendo que expresamente la tutela cautelar conforma una de las manifestaciones de la tutela judicial efectiva, tal como se aprecia a continuación:

> La cautela se nos presenta como una de las manifestaciones más directas e importantes dentro del ámbito de la concepción de la tutela judicial efectiva, en el entendido que esta actuación por parte del juez se encuentra orientada en su concepción finalista, al aseguramiento de la efectiva ejecución y materialización en el orden de lo fáctico de las disposiciones contenidas en los mandamientos de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, lo cual se traduce en la efectividad de la tutela judicial que impone el texto constitucional en su artículo 26 como un derecho de los particulares y como un deber del Estado. (p. 27).

En la misma línea se inscribe Parra (2000), quien sostiene que la materia cautelar está inserta en la tutela judicial efectiva, al sostener que:

> Nos interesa por ahora la segunda, es decir, la efectividad de las decisiones judiciales. Lo cual significa que una tutela judicial efectiva, significa, sin lugar a dudas, el derecho a utilizar medidas cautelares. Y que esa medida sea oportuna, como lo veremos adelante. Además, muchas veces la verdadera tutela es la preventiva o inhibitoria y no meramente resarcitoria, pues se trata de derechos no restaurables ex post, cuya violación carece de un equivalente monetario. (p. 3).

No cabe duda que la administración de justicia implica la posibilidad que una sentencia tenga eficacia, por lo cual es inherente el empleo de cautelas, ante lo cual apunta Taruffo (cit. por Parra, 2000):

> En cuanto a la necesaria efectividad de la tutela jurisdiccional, es un principio cuya validez se encuentra ya uniformemente reconocida, pero que tiene contenidos todavía inciertos y mal definidos en muchos aspectos. Así, por ejemplo, no es claro si el derecho a una tutela judicial efectiva comprende también el derecho a servirse de medidas cautelares adecuadas, cómo deberán configurarse éstas para adaptarse a las diversas situaciones concretas. (p. 4).

Por otra parte, Araujo-Juárez y Arveláez (2000), igualmente relacionado la tutela cautelar como una forma de manifestarse la tutela judicial efectiva al apuntar:

> (…) el campo de acción del derecho a la tutela judicial efectiva abarca tres (03) momentos: el derecho a la jurisdicción; el debido proceso o derecho a la defensa; y la eficacia de la sentencia. Así la efectiva de la sentencia surge entonces como una garantía constitucional procesal del justiciable frente al Estado. Éste debe por todos los medios posibles, so sólo brindar a los justiciables el efectivo funcionamiento de la rama jurisdiccional para que sean atendidas todas las pretensiones que deseen hacer valer ante los jueces y tribunales, sino también garantizarles de alguna forma que los efectos de la sentencia se cumplirán, pues de lo contrario estaríamos ante una clara inefectividad del derecho a la tutela judicial. (p. 85-86)

Dicho lo anterior, se desprende claramente que, al hacer referencia a la tutela judicial efectiva, se está abarcando o incluyendo entre sus manifestaciones a la tutela preventiva y cautelar. Ahora bien, jurisprudencialmente también se ha sostenido tal aspecto, como se evidencia en la siguiente decisión emanada del Tribunal Constitucional Español, en Sentencia Nº 238/1992, FJ 3:

> Ciertamente, el artículo 24.1, no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional "efectiva", y en la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del Poder Judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demande. Por ello, es preciso reiterar ahora lo que afirmamos en nuestra STC14/92, fundamento jurídico, esto es, que la <<la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el

> efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso>>

Igualmente, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se pronunció en los siguientes términos, incluyendo entre las manifestaciones de la tutela judicial efectiva a la tutela cautelar en sentencia Nº 788, de fecha: 10/04/2000, emanada de la Sala Político-Administrativa:

> En todo caso, debe indicarse, que la garantía a la tutela judicial efectiva, actualmente consagrada en el Artículo 26 de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, obliga a reconocer que el Juez cuenta con un poder cautelar general, amplio, que le permite adoptar, con prudencia y sin excesos, e independientemente de la pretensión principal, la medida cautelar provisional pertinente o adecuada para garantizar la eficacia de la sentencia principal.

En tal sentido, el Estado debe estar en capacidad de dictar sentencias eficaces, para lo cual debe asegurar las resultas de los procesos, así como los derechos de las partes, mediante el uso de medidas tanto preventivas como cautelares como manifestaciones de la tutela judicial efectiva.

Vistas las anteriores consideraciones, queda claro el sustento teórico en materia de medidas, que parte de la tutela judicial efectiva, como institución macro, que, a su vez, alberga las nuevas tendencias del derecho procesal que hacen referencia a las tutelas diferenciadas (entre las que se ubican la preventiva y la cautelar), las cuales se traducen en el piso y fundamento de las medidas.

Igualmente, resulta grave estudiar cualquier temática relativa a medidas sin que se cuente con un sustento teórico, que otorgue coherencia y categorización jurídica correcta, que en este caso es tomado de la teoría general del proceso, como área del derecho que estudia lo atinente a los procesos, que expresamente reconoce el estudio de las medidas en el apartado relativo a la tutela judicial efectiva, particularmente en el contenido referido al derecho a obtener una sentencia, para lo cual se debe desarrollar un proceso y en el devenir de ese proceso las partes tienen derecho a que se garantice su protección ante amenazas, así como asegurarse otro derecho, en casos que ameriten protección, para lo cual se cuenta con la tutela preventiva y por otra parte, el apartado de la tutela judicial

efectiva que implica el derecho a ejecutar una decisión, solo es posible en la medida que en el devenir del proceso se aplique la tutela cautelar en aras de asegurar un fallo.

CAPÍTULO II

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

1.- El Proceso Penal

En términos generales debe entenderse por proceso, como uno de los elementos indispensables de la ciencia procesal, cuyo contenido y definición opera igualmente en el ámbito penal, no obstante, por tratarse de una rama del derecho especializada, es importante realizar algunas precisiones.

En primer término, es importante referirnos a que independientemente de la concepción que se tenga de la naturaleza del proceso en general, en materia procesal penal, el mismo proviene o se genera a raíz del derecho penal material, el cual se activa por la presunta comisión de un hecho punible (delito o falta), amenazado con la imposición de una consecuencia jurídica (pena o medida).

En tal sentido, para que tales normas puedan materializar su función, es preciso un procedimiento regulado jurídicamente, en aras que sea investigado el referido hecho, y en caso que se determine su comisión, se imponga la respectiva sanción a sus responsables, así, surge el proceso penal, al cual también se le llama *derecho penal formal* y representa la síntesis del conjunto de normas que sirven al fin del derecho penal general.

Ahora bien, según Roxin (2000), lo atinente a un procedimiento penal regulado jurídicamente abarca:

> 1.- las prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del Derecho penal material de acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias de hecho demostradas;
> 2.- ellas deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección a la libertad del individuo; y, 3.- ellas deben lograr la posibilidad, a través de una decisión definitiva, de restablecer la paz jurídica quebrantada. (p. 2).

Se observa que el proceso penal responde a un fin instrumental del derecho penal y por ende al ejercicio del poder punitivo del Estado, el cual está supeditado

a las normas que rigen el proceso, entre las cuales se incluyen derechos, principios y garantías constitucionales, que sirven de contención al ejercicio del mismo.

En esta línea se anota Roxin (2000), quien hace una breve síntesis con respecto a la evolución del juzgamiento penal, y finaliza destacando la necesidad de establecer límites constitucionales a todo proceso de persecución penal, tal como se observa:

> Pues si el Estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento. Este desarrollo, con el cual, a partir de la supresión del derecho de venganza privada, surgieron los Derechos penal y procesal penal modernos, tuvo consecuencias muy benéficas para la libertad y seguridad del individuo.
>
> Por otra parte, no se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro para aquel que, siendo quizá inocente, ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal. El alcance de esos límites es, por cierto, una cuestión de la respectiva Constitución del Estado. (p. 2).

En el mismo orden de ideas, Montero (1997), quien expresa que el derecho penal se aplica únicamente mediante el proceso:

> El Derecho penal se aplica única y exclusivamente por los juzgados y tribunales y sólo por medio del proceso, con lo que resulta que estamos ante una situación muy diferente del resto de la aplicación de las otras ramas de ordenamiento jurídico. (p. 16).

Ahora bien, en términos generales el proceso desde la óptica penal, es concebido según Vélez (cit. p, Cafferata, 2012), como:

> Una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante los cuales se procura investigar la verdad sobre la acusación de un delito y actuar concretamente la ley penal sustantiva (p. 172)

Vistos los anteriores conceptos, todos en mayor o en menor medida se enfocan en hacer referencia a una cadena de actos, los cuales son preordenados por el propio proceso, siendo los protagonistas del proceso las partes, las cuales están supeditadas a los referidos actos en aras que se diluciden los hechos, siendo factible el empleo de mecanismos de coerción.

Igualmente, notamos que el proceso penal se inserta en lo que es el Derecho procesal penal, que es entendido por Maier (2004), como:

> Es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él. (p. 75).

1.1.- Finalidad y Características del Proceso Penal

Roxin (2000), apunta que, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra el abuso del poder estatal. El alcance de esos límites es, por cierto, una cuestión de la respectiva Constitución del Estado. (p. 2).

Continúa indicando el autor referido que, en un procedimiento penal propio del Estado de Derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica. (p. 2). En resumen, indica que el fin del proceso penal, es:

> El fin del proceso penal tiene entonces, naturaleza compleja: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. Todas estas exigencias son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho. Su realización simultánea y su equilibrio en caso de conflicto, constituyen el atractivo y la dificultad de esta rama jurídica. Por ello, el proceso penal tampoco puede alcanzar la meta por un camino recto, como si fuera una flecha. Debido a que debe satisfacer pretensiones opuestas, el proceso penal está estructurar –ya de antemano- dialécticamente y requiere su tiempo para la consideración minuciosa de las distintas contingencias y perspectivas. (p. 4)

Asimismo, Vásquez (2009), sostiene que el derecho procesal penal tiene una doble función:

> 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).

Visto el comentario anterior se infiere que la finalidad del derecho procesal penal es concebida desde distintas ópticas, siendo en su mayoría contestes en coincidir en que para la aplicación del *ius puniendi* es necesario transitar un proceso que debe ser protector de los ciudadanos, es decir, no debe tratarse de determinar a ultranza la responsabilidad penal, obviando garantías y principios constitucionales.

Ahora bien, con respecto a sus características más destacadas, se ubican, el *carácter público* (en virtud que forma parte del denominado derecho público, lo que significa que existe una relación entre el Estado y los particulares); *instrumental* (motivado a que no es un fin en sí mismo, sino que se erige como instrumento para aplicar el Derecho penal material, es decir, se ejerce el ius puniendi a través de un proceso); *autónomo* (porque a pesar de ser instrumental, es una rama independiente que tiene estructura propia); *formal* (se activa con la presunta comisión de un hecho punible -delito o falta); se basa en el *principio de unidad* (porque actúa de manera idéntica para todas las partes involucradas en un proceso

penal) e *interno* (que rige únicamente en el territorio de un Estado no abarcando la jurisdicción de otros Estados).

Igualmente, otros autores como Maier (2004), adiciona otro carácter, que es realizar el derecho material o sustantivo. Destacándose que esta es su principal carácter. (p. 96).

1.2.- Sistema que rige en el Derecho venezolano

En el Estado venezolano entró en vigencia la Constitución del año 1999, la cual de cierta manera fue coetánea con el Código Orgánico Procesal Penal (1998), y ambos instrumentos abrieron las puertas a la aplicación de un nuevo paradigma enfocado en un sistema procesal penal eminentemente acusatorio.

Si bien el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) señala 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...".

A su vez, el artículo 285 de la referida Constitución señala:

> 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".

Ante lo cual se evidencia que los artículos *supra* plasmados son diáfanos al dividir y separar las funciones de investigar (acusar) y decidir, siendo esta la principal característica de un procedimiento eminentemente acusatorio, con lo cual no cabe dudas de su reconocimiento constitucional.

Adicionalmente, el Código Orgánico Procesal Penal en sus distintas versiones (1998, 2000, 2001, 2006, 2008, 2009 y 2012) encuentra cobijo en los demás principios característicos de un sistema predominantemente acusatorio, tales como *oralidad* (artículo 14), *publicidad* (artículo 15), *inmediación* (artículo 16),

concentración (artículo 17) y *contradicción*, entre otros, lo cual se traduce en un procedimiento de corte acusatorio.

Sostiene la autora 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)

Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha sostenido, en sentencia Nº 3167, de 9 de diciembre de 2002, lo siguiente:

> "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).
>
> (...)
>
> 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.

1.3.- Principios y Garantías que rigen en el Proceso Penal

La doctrina ha elaborado una serie de clasificaciones en relación a los principios y garantías que rigen en el Proceso Penal, particularmente en los procesos que atienden a sistemas predominantemente acusatorios, entre las cuales se destacan las siguientes:

Roxin (2000), hace referencia a los principios que rigen en el proceso penal alemán, entre los que destacan:

> 1.- Principios de la iniciación del procedimiento: a) el principio de la persecución penal por el Estado (principio de oficialidad); b) el principio acusatorio; c) la obligación de perseguir y acusar (el principio de legalidad); d) el principio del juez establecido por la ley.
>
> 2.- Principios de la realización del procedimiento: a) el principio de investigación (principio de instrucción, principio de averiguación y principio de la verdad material); b) el principio de ser oído conforme a la ley; c) el principio de celeridad; para el juicio oral, el principio de concentración
>
> 3.- Principios probatorios: a) el principio de investigación, b) el principio de inmediación de la producción de la prueba; c) el principio de la libre valoración de la prueba; y d) el principio "in dubio pro reo"
>
> 4.- Principios referidos a la forma: a) oralidad, b) publicidad. (p. 77).

En el mismo orden, López (2012), incluye la mayoría de los explanados por Roxin y además, adiciona otros, quedando estructurada de la siguiente manera:

> 1.- Principios relacionados con la organización del sistema de enjuiciamiento penal: 1.1.- El principio del Juez independiente e imparcial
>
> 1.2.- El principio del Juez predeterminado por la ley; 1.3.- El principio de única o de doble instancia; 1.4.- El principio non bis in ídem;1.5.- El principio del plazo razonable.
>
> 2.- Principios relacionados con la iniciación del procedimiento: 2.1.- El principio de oficialidad; 2.2.- El principio acusatorio; 2.3.- El principio de legalidad/oportunidad.
>
> 3.- Principios relacionados con la prueba: 3.1.- El principio de investigación formalizada de la verdad; 3.2.- El principio de impulso oficial
>
> 3.3.- El principio de defensa; 3.4.- El principio de igualdad de armas; 3.5.- El principio de audiencia; 3.6.- El principio de presunción de inocencia; 3.7.- El principio de in dubio pro reo; 3.8.- El principio de contradicción; 3.9.- El principio de inmediación; 3.10.- El principio de libre de valoración de la prueba.
>
> 4.- Principios relacionados con la forma; 4.1.- El principio de publicidad; 4.2.- El principio de oralidad. (pp. 112-113).

Por su parte, Montero (1997), en su obra de los principios del proceso penal, los clasifica en menor cantidad, quedando estructurados al siguiente tenor:

1.- Atinentes al titular de la jurisdicción: a) Imparcialidad

2.- Relativos a la acción: a) titulares de la acción penal

3.- De la actuación de las partes: a) dualidad de posiciones; b) contradicción o defensa; c) igualdad

4.- Principios sobre la prueba: a) la presunción de inocencia; b) la no obligación de declarar; c) la prueba de oficio; d) valoración libre (pp. 85-161).

Por último, es preciso citar la clasificación realizada por Maier (2004), quedando expresada así:

1.- Principios relativos al procedimiento: A.- Poder penal del Estado: límites; B.- Juicio previo (*nulla poena sine iuditio*); C.- Inocencia; D.- Defensa; d.1.- Derecho a ser oído; d.2.- Igualdad de posiciones; d.3.- Otras derivaciones; d.3.1.- Inadmisibilidad de la *reformatio in peius;* d.3.2.- Inadmisibilidad del juicio contra ausentes; d.3.3.- Incoercibilidad del imputado como objeto de prueba; E.- Inadmisibilidad de persecución penal múltiple; F.- Publicidad y oralidad del juicio penal; L.- Límites Formales para la averiguación de la verdad; H.- Posibilidad de impugnar la sentencia de condena.

2.- Principios relativos a la organización judicial: A.- Imparcialidad de los jueces; B.- Juicio por jurados; D.- única o doble instancia; E.- Organización judicial federativa

3.- Principios políticos del derecho procesal penal argentino: A.- Función penal del Estado; B.- Persecución Penal Oficial; D.- Averiguación de la verdad como meta del procedimiento penal. (pp.- 478-841)

De las anteriores clasificación se evidencia que en buena medida muchos principios coinciden, no obstante, la clasificación que rige en Venezuela debe obedecer al modelo de Estado imperante, al igual que al sistema penal predominantemente acusatorio, en tal sentido, procedemos a realizar una clasificación general conforme en primer término, a la Constitución (1999), que establece diversos principios que rigen para proceso penal, los cuales principalmente incluidos en las instituciones de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva fue abordada al inicio de la presente investigación, determinándose su consagración constitucional en el artículo 26 de la Constitución de 1999, cuyo contenido básico se extiende más allá del simple

acceso a los órganos de administración de justicia, sino que incluye el derecho a obtener una sentencia motivad y razonada, derecho a ejecutar la referida sentencia y además, el derecho a recurrir de la misma.

En tal sentido, la tutela judicial efectiva opera plenamente para el proceso penal, incluyendo sus diversas manifestaciones entre la cual se incluye la tutela jurisdiccional diferenciada, en sus derivaciones de tutela preventiva y cautelar.

Por otra parte, en lo que respecta al debido proceso, tenemos que tal institución se encuentra regulada en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Del cual se desprenden una serie de principios que hacen vida en el proceso penal, los cuales se erigen como la piedra angular o fundamental que sirven de límites en la materialización del *ius puniendi*, por ello, todo proceso penal que se lleve a efecto, debe obedecer a los mismos. Dicho lo anterior, se establece la siguiente clasificación de principios, que se desprenden del referido artículo 49 constitucional que consagra el debido proceso:

1.- Derecho a la defensa (*nemo iudex sine defensione*)
- 1.1-Defensa técnica
- 1.2.- Defensa material

2.- Doble grado de jurisdicción
- 2.1.- Doble grado de jurisdicción (doble instancia) materia penal
- 2.2.- Doble grado de jurisdicción en materia de amparo

3.- Presunción de inocencia

4.- Derecho a ser oído

5.- Prohibición de Juicio en Ausencia

6.- Función jurisdiccional y sus derivados
- 6.1.- Juez natural
- 6.2.- Juez imparcial
- 6.3.- Jurisdicción exclusiva de los jueces
- 6.4.- Autonomía e independencia de los Jueces
- 6.5.- Autoridad del juez
- 6.6.- Obligación de decidir
- 6.7.- Juez imparcial
- 6.8.- Control de la constitucionalidad

7.- Principio de culpabilidad
- 7.1.- El principio de culpabilidad y principio de dolo o culpa

7.2.- Principio del acto

7.3.- El principio de culpabilidad y principio de responsabilidad por el hecho

8.- Confesión sin coacción

9.- Principio de Legalidad

9.1.- Principio de legalidad material (Derecho Sustantivo)

9.2.- Legalidad procesal (Adjetiva)

10.- *Non bis in ídem*, única persecución y cosa juzgada

10.1.- Cosa juzgada

10.2.- Única persecución

11.- Indemnización y responsabilidad

Por otra parte, la mayoría de los principios anteriormente señalados, se encuentran regulados en el Código Orgánico Procesal Penal (2012), el cual sirve de complemento de los principios estatuidos en la Constitución, los cuales serán analizados en detalle, empero, los relacionados directamente con las medidas.

1.4.- Marco Constitucional y Normativo

1.4.1.- Constitución de 1999 y Código Orgánico Procesal Penal

El artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela (1999) establece que:

> "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"

El artículo anterior se encontraba consagrado en la Constitución de 1961, la cual, a pesar que no lo regulaba en los términos expresos en los cuales se reconoce en la actualidad, servía de fundamento para la institución de la tutela judicial efectiva, sin embargo, la Constitución de 1999 se maneja con la línea de concebir una tutela judicial efectiva en procesos breves, instrumentales y efectivos, tal como se desprende del artículo 257 de la referida norma fundamental, plasmado de seguidas:

> 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.

De los artículos precisados se puede aducir que de estos llevan implícitos la tutela diferenciada, es decir, que para materializar la tutela judicial efectiva es menester contar con instrumentos (que en este caso son las medidas) que coadyuvan con su materialización.

Al respecto, vale citar a Ortíz-Álvarez (1999), quien sostiene:

> "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).

Asimismo, existen otros artículos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) relacionados con la temática de las medidas, plasmados a continuación:

a) *Medidas preventivas*

*a.1.- Medidas de protección: s*e permite adoptar tutela preventiva ante situaciones particulares, entre las cuales se destacan las medidas de protección, consagradas en el artículo 30, que dispone la protección de víctimas de delitos. Adicionalmente, tal artículo puede hacerse extensivo a las mujeres víctimas de delito, en lo atinente a su protección o defensa, conforme al artículo 21 de la Constitución que pregona la igualdad.

Igualmente, los artículos Constitucionales 127 a 129, dedicados a los Derechos ambientales. Dicho capítulo regula constitucionalmente todo lo atinente al ambiente, reconociéndose expresamente el derecho-deber del Estado de protegerlo, aspecto que abarca el tema de las medidas preventivas. Igualmente, en relación a los derechos de las familias, el artículo 78 ejusdem consagra la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se deriva del artículo 22 ejusdem, la protección de los derechos humanos, aplicar medidas que salvaguarden los mismos, a pesar que no figuren expresamente.

Por otra parte, a nivel adjetivo, no encuentran un desarrollo extenso y regulación expresa en el Código Orgánico Procesal Penal (1999), sino en leyes colaterales, sin embargo, se puede inferir del artículo 10 del referido instrumento consagra el respeto a la dignidad humana, así como el numeral 4 del artículo 122, que consagra el derecho de las víctimas a solicitar medidas de protección.

a.2.- Medidas de aseguramiento personal

Se consagra en el artículo 44, en virtud de la consagración de la libertad persona como derecho inviolable, a menos que se trate de una flagrancia. Asimismo, a nivel normativo, se observa que la *Aprehensión por flagrancia* (imputado) se encuentra regulada en los artículos 234, 235 y siguientes del Código adjetivo, que consagran el procedimiento especial en casos de flagrancia. Asimismo, en relación a las *Medidas preventivas sobre la víctima o terceros s*e establece el mandato de conducción en el artículo 292 y la comparecencia coactiva de testigos o expertos, en el artículo 340 ejusdem.

a.3.- Medidas preventivas de aseguramiento real: en términos generales, se establece como atribución del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 285 de la Constitución, las medidas preventivas de aseguramiento de objetos.

En el plano adjetivo, las medidas preventivas de aseguramiento real: se encuentran consagradas en el artículo 111, numeral 12 del Código Orgánico Procesal Penal (2012). Así como los artículos 265 y 266 ejusdem, que disponen el aseguramiento de objetos activos y pasivos, por parte del Ministerio Público o de la Policía (éste último en caso de diligencias necesarias y urgentes).

Por otra parte, los artículos 293 y 294 ejusdem, establecen el régimen relativos a la devolución de los objetos y las cuestiones incidentales (tercerías).

Por último, se consagra la ocupación e interceptación de Correspondencia y Comunicaciones en los artículos 204 al 207 y el allanamiento en el artículo 196 ejusdem.

b.- Medidas cautelares

b.1- Medidas cautelares de coerción personal: De igual manera, dispone el artículo 44, la medida cautelar de coerción personal, únicamente en virtud de casos

que medie orden judicial. Ahora bien, en relación al Código Orgánico Procesal Penal (2012) Estas medidas parten de los principios que se establecen en los artículos 8 (presunción de inocencia), 9 (afirmación de la libertad), 10 (respeto a la dignidad humana), 229 (estado de libertad), 230 (proporcionalidad), 231 (limitaciones), 232 (motivación) y 233 (interpretación restrictiva). Competencia del Ministerio Público en materia cautelar: El artículo 111, numerales 11 y 18, consagra la competencia del Ministerio Público de requerir las medidas. Competencia de los órganos jurisdiccionales: Se establece en el artículo 67 que la competencia exclusiva para dictar las medidas cautelares por parte de los tribunales.

En relación a las Medidas cautelares de coerción personal, se regula en el aludido Código, la Privación judicial preventiva de libertad el artículo 236 establece los requisitos para la procedencia de las medidas. Igualmente, se complementan con 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).

Por otra parte, las Medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad se consagran en el artículo 242, que establece modalidades de medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad.

Asimismo, existen los siguientes artículos referidos a aspectos procedimentales de las medidas cautelares sustitutivas reguladas en el Código Orgánico Procesal Penal (2012): 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.- Medidas cautelares de coerción real

En relación a estas medidas, el artículo 271, expresamente señala que la autoridad judicial es competente para dictar medidas preventivas contra bienes del imputado o de sus interpósitas personas, en los delitos legitimación de capitales,

drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público, de otros y contra los Derechos humanos. Igualmente, se podrán confiscar, los bienes relacionados con actividades de los delitos contra el patrimonio público o en materia de drogas.

Vistos los artículos anteriores se verifica que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), consagra el régimen de la tutela preventiva y cautelar, que fundamenta su aplicación en el ámbito procesal penal, ello sin mencionar el artículo 26 de la misma, que alberga la tutela judicial efectiva como la institución macro que fundamenta la aplicación de las mencionadas tutelas.

Por último, El artículo 518 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) consagra una remisión al Código de Procedimiento Civil para la aplicación de medidas preventivas relativas al aseguramiento de bienes muebles e inmuebles.

1.4.2.- Demás leyes

Además del Código Orgánico Procesal Penal (2012), existen otras normas penales colaterales que incluyen un régimen especial de medidas, o regulaciones particulares con respecto a las mismas, entre las cuales destacan: -Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014); Ley Penal del Ambiente (2012); 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 Orgánica de Precios Justos (2015); -Ley Orgánica de Protección de Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Procesales (2006); Código de Procedimiento Civil (1986), entre otras leyes, cuyas normas relativas a las medidas con incidencia en materia penal serán analizadas en detalle al abordar lo atinente al régimen de tutela preventiva y el de la tutela cautelar.

2.- La existencia de un sistema de tutela preventiva y cautelar en el proceso penal venezolano

En esta investigación se hizo referencia primeramente a la temática d de la tutela judicial efectiva, concluyéndose que el Estado venezolano consagra en su Constitución (1999) esta institución, la cual opera para todos los procesos atinentes a cualquier rama del derecho, lo cual incluye al derecho procesal penal.

En tal sentido, se precisó la estructura de la tutela judicial efectiva, indicándose que esta institución posee un contenido, el cuál básicamente se traduce en que no basta la existencia del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales si estos no tutelan de manera eficiente los derechos de los peticionarios, por ello, se incluye el derivado de posibilidad de ejecutar una decisión, lo cual se traduce en la posibilidad de contar con un bagaje de *medidas cautelares* que procuren materializar dicha decisión. Adicionalmente, existen derechos de las partes que intervienen en un proceso que deben ser igualmente tutelados, lo cual se realiza mediante *medidas preventivas*.

Ante tal escenario, en el sistema procesal penal, operan ambas instituciones, tanto medidas preventivas como medidas cautelares. Siendo instrumentos que posibilitan aplicar la tutela jurisdiccional diferenciada, cumpliendo de esa manera con el contenido del artículo 253 de la Constitución de (1999) que dispone:

> "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 sus sentencias".

En tal sentido, el Código Orgánico Procesal Penal (1999) consagra un catálogo de medidas tanto preventivas como cautelares destinadas a lograr ese cometido, siendo instrumentos medulares para la protección de derechos, así como para la ejecución efectiva de las decisiones emanadas de los órganos jurisdiccionales. Siendo no solo una realidad constitucional sino legislativa.

En resumen, al plasmarse la normativa que rige en el proceso penal, específicamente la que regula las medidas preventivas y cautelares, se vislumbra

la existencia de una tutela jurisdiccional diferenciada en el proceso penal venezolano.

3.- Definiciones y manejo conceptual básico.

3.1.- Tutela preventiva y tutela cautelar.

En aras de manejar un lenguaje jurídico unificado, en virtud de la cantidad de imprecisiones que se ubican principalmente el tratamiento de cautelar en relación a todas las medidas, es menester distinguir entre medidas preventivas y medidas cautelares.

En tal sentido, cuando hablamos de tutela preventiva, estamos incluyendo el estudio de la tutela cautelar, sin embargo, no todas las medidas preventivas son cautelares, tal como se ha venido trabajando en la presente investigación, por ello se escinde entre medidas preventivas y medidas cautelares.

Las medidas preventivas están destinadas en general a salvaguardar derechos de las partes intervinientes en un proceso, en cambio, las medidas cautelares están destinadas a asegurar la futura ejecución de una decisión o fallo, ante lo cual existen diferencias entre ambas. Adicionalmente, las medidas preventivas pueden ser dictadas por órganos distintos al jurisdiccional, por contrario, las cautelares son una potestad exclusiva de los óranos jurisdiccionales.

Por ello, queda claro el alcance de la tutela cautelar y su diferencia básica con la tutela preventiva, atendiendo principalmente a su finalidad, siendo que las primeras procuran la salvaguarda del Estado de Derecho, así como de los integrantes del mismo, al asegurar sus derechos subjetivos, por su parte, la tutela cautelar rige únicamente para garantizar la futura ejecución de un fallo en el marco de un proceso.

En tal sentido, lo referido a la jurisdiccionalidad es un aspecto determinante para trabajar el tema de las medidas, ya que permitirá tratar estas como preventivas propiamente dichas o cautelares, aspecto que permitirá manejar una terminología y categorización clara *ab initio*, en aras de establecer una correcta sistematización de las medidas, conforme a la verdadera naturaleza de cada una de las mismas.

Por otra parte, vale destacar que existen otras divergencias terminológicas, así como de categorización, referidas por ejemplo a la confusión entre ciertas medidas preventivas como el decomiso con la pena accesoria de comiso, e incluso con la confiscación. Dichas confusiones serán aclaradas al abordar la clasificación de la tutela preventiva y la tutela cautelar, en el cual se justificará su categorización.

Visto lo anterior, existe un manejo asistemático de los términos e instituciones analizadas, lo cual contribuye a pervertir la finalidad de cada una de las referidas instituciones, resaltándose la falta de sistematización o estudio conforme a un sustento teórico procesal.

En tal sentido, es necesario un manejo sistematizado y teórico que permita la visualización de un sistema de medidas, aspecto que se propone en presente investigación, en la cual se manejaron los fundamentos dogmáticos de la teoría general del proceso en sus aspectos específicos referidos a las medidas, y los mismos fueron trasladados al proceso penal, atendiendo a las características propias de nuestro proceso de corte eminentemente acusatorio, tomando en consideración además, que constitucional y legislativamente, la concepción o idea del Estado, es la de un Estado de Derecho (Estado social de Derecho y de Justicia).

3.2.- Alcance de la Denominación Coerción

Otro de los aspectos polémicos o que generan cierta divergencia en la doctrina procesal penal en el tema de las medidas, está relacionado con el alcance del término “coerción”, así como su relación con el término “cautelar”. Al respecto, se ha discutido acerca si se trata de sinónimos o por contrario, si se son términos disímiles, ante lo cual las respuestas son variadas. En la doctrina venezolana, Tamayo (2011), realiza las siguientes precisiones con respecto a la citada terminología:

> La coerción significa “fuerza o violencia que se hace a una persona para obligar a que diga o ejecute alguna cosa”; en tanto que, en su segunda acepción, significa, desde el punto de vista jurídico “Poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción”. Ahora bien, las medidas de coerción se diferencian de las medidas cautelares, en virtud de que aquéllas, en principio, no están especialmente preordenadas, como sucede con las cautelares, para

> garantizar la efectividad de la sentencia, sino para posibilitar la realización de determinados actos de investigación y de prueba, como será por ejemplo, un allanamiento, un registro o una intervención telefónica. (p. 17).

En tal señalamiento se coincide con Tamayo, en el entendido que las cautelares obedecen a una naturaleza específica de asegurar la efectividad de una sentencia, en tal sentido, una medida cautelar, lleva implícita el aspecto coercitivo, tal como apunta Roxin (2000), quien afirma que las medidas de coerción siempre están unidas a una intromisión de un derecho fundamental (p. 26), sin embargo, existen diversas medidas de coerción que no necesariamente tienen como fin la efectividad de la sentencia, por ello, la doctrina las ha estructurado de la siguiente manera:

Roxin (2000), aduce que las Medidas coercitivas, en particular se escinden de la siguiente manera:

> 1.- Injerencias en la libertad individual, en especial, orden de conducción coactiva, detención, prisión preventiva, encarcelamiento para la realización del juicio oral, internación en un hospital psiquiátrico para examinar el estado de salud mental, registro de la persona, realización de radiografías, y también la privación provisional del permiso para conducir; 2.- Injerencias a la integridad corporal (extracción de pruebas de sangre, encefalograma); 3.- Injerencias en la propiedad: el aseguramiento judicial de objetos, en especial, el secuestro; 4.- Injerencias en la inviolabilidad del domicilio: registro de lugares (registro domiciliario); vigilancia acústica (espionaje acústico); 5.- Injerencias en el secreto postal, epistolar y de las comunicaciones a distancia; 6.- Injerencias en el derecho fundamental de la libertad de ejercer la profesión (prohibición provisional de practicar la profesión); 7.- Injerencias en el derecho de autodeterminación informativa (búsqueda en redes, bases de datos, comparación de datos, empleo de medios técnicos, empleo de agente encubierto; sobre estos nuevos métodos de pesquisa); 8.- Intervenciones procesales penales en servicios de video de multimedios. Las injerencias posibles y admisibles aquí, para las que es de especial importancia la Ley de telecomunicaciones. (p. 250).

En el mismo orden, Pujadas (2007), las clasifica así:

> *1.- Medidas coercitivas que afecta al derecho personal de libertad*. Entre las mismas es posible citar las medidas cautelares personales detención, prisión provisional, libertad provisional, así como las medidas de carácter

> preventivo personales privación provisional del permiso de conducir, suspensión provisional de profesión o cargo público, entre otras.
>
> *2.- Medidas coercitivas que afectan la integridad personal.* Entre las que pueden citarse los actos de investigación de las intervenciones corporales, pruebas de ADN, o los preventivos personales como el internamiento en un centro médico u hospitalario especializado.
>
> *3.- Medidas coercitivas sobre la propiedad configurar verdaderas cautelas*. Que responden a la garantía de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo fianzas o medidas cautelares aseguratoria de las pruebas. Secuestro del material incautado.
>
> *4.- Medidas coercitivas que afectan al derecho de inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones,* las diligencias de investigación de la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles, el control de las comunicaciones personales todas ellas con finalidades investigadoras no cautelares. (p. 59)

En vista de lo señalado, existen diversas medidas coercitivas o de coerción que no se traducen necesariamente en medidas cautelares, en virtud que éstas últimas obedecen a otra naturaleza o persiguen un fin particular, el cual es el aseguramiento de la eventual ejecución de un fallo.

Dicho lo anterior, la doctrina es conteste en afirmar que las medidas de coerción son distintas a las medidas cautelares, tal como arguye San Martín (cit. por Tamayo, 2011) que:

> La confusión entre unas y otras se debe a que las medidas coercitivas presentan características que las acercan a las medidas cautelares, como la prevención de un cierto *periculum in mora*, la urgencia de determinadas actuaciones y la provisionalidad de algunas de aquellas que afectan a los mismos bienes jurídicos sobre los que puede recaer la ejecución.

Como corolario, apunta Fernández (2013), que se trata de instituciones diferentes, al apuntar que:

> No se debe confundir la función coercitiva cautelar de estas medidas con otras funciones coercitivas no cautelares, no toda coerción supone función cautelare en el proceso penal, toda medida que no revista los caracteres de la instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y variabilidad no es medida cautelar, además del proclamado carácter restrictivo que debe regir la adopción de la tutela cautelar personal en el proceso penal. (p. 51).

Igual concluye apuntando lo siguiente:

> En ciertas ocasiones y bajo la aparente cobertura que otorga el título de medida cautelar, se están adoptando otros instrumentos jurídicos, ya que en el desarrollo de la actuación procesal o en la fase procesal, es por ello que atendiendo a la clasificación de las cautelares entre las medidas coercitivas, se hace necesario efectuar la distinción con otros instrumentos jurídicos que pueden asimismo producir una afectación de derechos, si bien no son propiamente cautelares, en ocasiones esa afectación se halla motivada por esta función aseguradora de la efectividad de la sentencia de naturaleza cautelar en otras funciones no cautelares de investigación de prevención justificando así la adopción de medidas coercitivas que bajo la pretendida función cautelar, responden a otros fines Es posible adoptar medidas que comportan privación o restricción de libertad y que no se adoptan en relación con instrumentalidad un proceso penal. Entre estas medidas es posible citar el internamiento de extranjeros en los supuestos de expulsión del territorio.- procedimiento administrativo o el internamiento de incapaces, todas ellas entre otras, no son medidas cautelares y sin embargo comportan privación o restricción de libertad… (pp. 59-60)

Se denota que se hace una división entre medidas cautelares y medidas de coerción, sin embargo, tal división no tiene sentido, en virtud que las medidas de coerción pueden ser tanto cautelares como preventivas, en todo caso, el término coerción va más enfocado en el mismo término que significa cierta restricción o coacción. Por otra parte, otros autores, como Pujadas (2007), insisten en aproximar el término coerción a las denominadas medidas preventivas, entendiendo el mismo por medidas preventivas las que responden a tres fines, 1) fin tuitivo o preventivo, 2) en el marco de la pendencia de un proceso penal y 3) teniendo como objeto la limitación o privación de un derecho, libertad individual o garantía del sujeto pasivo del proceso (p. 26). Además, incluye otras como:

> La prisión provisional, la libertad personal sujeta a fianza, comparecencia periódica, determinados supuestos de detención, retención del pasaporte, prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación, suspensión de empleo o cargo público, prohibición de conducir vehículos a motor, la clausura temporal o suspensión de actividades de determinadas personas jurídicas, incomunicación, limitación en el conocimiento de las actuaciones sumariales o la prohibición de libre elección de abogado. (p. 26)

Así expone que, en resumen, medidas de coerción se trata de una denominación utilizada para referirse a las medidas preventivas, tal como se observa a continuación:

> La denominación que cabe atribuir a estas medidas, si es que pueden identificarse con un mismo concepto, no es cuestión pacífica: como primera aproximación podríamos afirmar que acostumbra a utilizarse, para referirse a ellas, el nombre de medidas cautelares, categoría jurídica construida en el plano procesal civil. No obstante, y pese que el carácter cautelar de algunas ha sido altamente objetado, no se las puede asignar una denominación sancionada, por decirlo de algún modo, fijada al imaginario jurídico. Algunas se asemejan, por su fin y el momento en que se acuerdan, a las denominadas medidas de seguridad predelictuales, pero esa denominación no acostumbra a utilizarse tras la declaración de inconstitucionalidad der este tipo de injerencia estatal. En su lugar, se utilizan otras, entre las que destaca, por la cantidad de su uso, la de medidas preventivas. Por razón de su contenido, también son genéricamente denominadas medidas coercitivas. Otras de las limitaciones de derechos señaladas no acostumbran a identificarse doctrinalmente con ninguno de estos nombres: así sucede con la incomunicación, la prohibición de designar libremente a un abogado, o la de conocer los actos sumariales (secreto de sumario). (p. 26).

En tal sentido, notamos que la doctrina es conteste en diferenciar o distanciar las medidas de coerción con las medidas cautelares, en tal sentido, se coincide con Tamayo (2011), quien sostiene que:

> Luego, pese a que resulta evidente que los vocablos coerción y cautelar no son propiamente voces sinónimas, sino que, por el contrario, existen entre ellas diferencias de tipo conceptual, la tendencia en las legislaciones penales más recientes, quizás siguiendo el modelo germano, es por un lado, denominar medidas de coerción a las medidas cautelares; y, por el otro, emplear los términos medidas coercitivas o medidas de coerción, como sinónimo o equivalente de medidas cautelares o medidas preventivas. Esto ha ocurrido, según creemos, porque paulatinamente se ha venido privilegiando en la concepción de dichas medidas el uso de medios coactivos y no su finalidad procesal, trasladándose hacia el concepto de medida cautelar una de sus principales características que es la coerción. (p. 17-18).

Visto lo transcrito, se denota que en la actualidad está claro que se trata de instituciones que presentan características propias que las diferencian, no obstante, son tratadas como sinónimos, así se verifica la existencia de diversas legislaciones

en las cuales se emplea uno u otro término, en la cual se incluye la venezolana, la cual, representada Código Orgánico Procesal Penal (2012), como la norma rectora en materia de tutela preventiva y cautelar, emplea el término coerción o cautelar, de manera asistemática, con lo cual se induce a la confusión y además, se tratan como sinónimos y su vez como medidas distintas.

Sostenidas las anteriores consideraciones, se debe ratificar la diferencia existente entre las medidas de coerción y las medidas cautelares, en el entendido que la coerción es una nota que puede estar incluido en diversos fines, entre los cuales se incluye el cautelar, empero, no toda medida coerción necesariamente se traduce en una medida cautelar.

4.- Naturaleza de las medidas preventivas y cautelares

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, lo cual implica que 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.

En tal sentido, 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, M (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).

Visto el extracto anterior, 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 (1999) 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 de la República Bolivariana de Venezuela (1999) 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, M (2004), 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 óranos del Poder Público y otra, la jurisdicción preventiva, dentro de la cual se encuentra la institución de las medidas cautelares. (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, en tal sentido, se debe advertir que a pesar de la variedad de las medidas preventivas, visualizada en su clasificación, todas tienen en común el aspecto “preventivo” ya que procuran evitar una lesión o daño, o cualquier situación de peligro, sin embargo, cada una obedece a un fin y objeto distinto. Igualmente, cuando los órganos jurisdiccionales ejercen la función preventiva las mimas pueden ser distintas en su naturaleza específica por cuanto su objeto se diversifica el tratamiento científico que se le da a esta función. Bello, M (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 propiamente dichas, la naturaleza jurídica ha sido más discutida, surgiendo diversas posturas que otorgan un tratamiento distinto, considerando una clasificación elaborada por Ortíz-Ortíz (2015a) escindida: i) acción procesal; ii) proceso; iii) providencias; iv) institución preventiva; y, v) institución procesal autónoma e instrumental, siendo esta última su postura, (p. 265 y ss.).

5.- Características de las medidas preventivas y cautelares

El autor Febres (2000), establece que las medidas en el campo penal tienen las siguientes características:

> 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).

Asimismo, Tamayo (2011), indica que 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). Finalmente, Ortíz-Ortíz (2015a), 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. (p. 345 y ss.)

Vale destacar que en general rigen las anteriores características tanto para las medidas preventivas como cautelares, siendo la principal diferencia que en las preventivas no está incluida la nota de jurisdiccionalidad (no las dicta únicamente un órgano jurisdiccional, sin embargo, si están sometidas a su control). Igualmente, las características guardan relación con los principios, ya que la mayoría de los mismos coinciden con las características, por tal razón se procede a realizar un estudio de los principios, plasmados a continuación.

6.- Principios que rigen en materia preventiva y cautelar

a). - *Carácter excepcional:*

Este principio encuentra cobijo en los artículos 9 y 229 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que consagran:

> 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.

Estos artículos fundamentan la nota característica y principal de cualquier medida cautelar dictada en un proceso penal, que radica en su carácter excepcional, es decir que se va a ingresar a la esfera de derechos individuales de una persona como última ratio y cuando esta sea realmente indispensable para lograr el fin del proceso penal.

Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció al respecto en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007, mediante la cual se indicó que:

> … La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.” “…este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales **el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad**. De ahí

> también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, **la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.**

En tal sentido, Granados (2013) expresa que:

> "Así, bajo este principio la prisión preventiva se constituye en una excepción a la regla general que es la libertad. Pero más allá de ese razonamiento lógico, en realidad tal principio viene a ser una garantía para el individuo y un postulado a aplicar en las sociedades y Estados Modernos que velen por el respeto de los Derechos Humanos" (p. 34).

Lo anterior denota el carácter excepcional de las medidas, las cuales deben ser aplicada de manera extrema, cuando los demás mecanismos procesales sean insuficientes para garantizar un resultado propio del proceso y adicionalmente, se llenen los extremos de procedibilidad y procedencia para que se puedan acordar las mismas. Igualmente, tal idea del carácter excepcional de las medidas, se inscribe en la concepción de un derecho penal mínimo y de aplicación fragmentaria, que enarbola emplear la maquinaria penal como última ratio.

b). - Carácter restrictivo *(interpretación y aplicación)*

Otra de las características de las medidas, es la atinente a su condición restrictiva, consagrada en los artículos 9 y 233 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), de la siguiente manera:

> Afirmación de la Libertad
> Artículo 9°. (…), **sólo podrán ser interpretadas restrictivamente**, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. (…) (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)

El carácter restrictivo es uno de los pilares del derecho penal, el cual es un derivado del principio de legalidad que rige plenamente en materia de medidas, es

decir, las interpretaciones deben ser literales, taxativas, limitadas y restrictivas, lo cual implica circunscribirnos a lo consagrado en la legislación con respecto a la aplicación de las medidas, tal como ocurre con la interpretación de los tipos penales.

Al respecto, opina Granados (2013) “las normas que establecen la privación preventiva de la libertad deben ser interpretadas de forma restrictiva, es decir proscribiendo cualquier aplicación abierta e indeterminada que conduzca a privilegiar la detención sobre la libertad” (p. 45).

En síntesis, el carácter restrictivo en materia de medidas implica que la interpretación y aplicación de cualquiera de estas instituciones sea restrictiva, es decir, se prohíbe interpretar extensivamente y ampliar el contenido o alcance de las mismas, ya que esto es propio de los sistemas de derecho penal, que implican una legalidad en todo momento, incluyendo las disposiciones adjetivas.

Sin embargo, a pesar de lo indicado anteriormente, no se corresponde con la disposición consagrada en el numeral 9 del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual dispone o abre la puerta a la aplicación de medidas cautelares indeterminadas, es decir, por analogía, permite aplicar cualquier medida que se considere necesaria. En tal sentido, lo enunciado se contrapone con el principio de la interpretación restrictiva, en esta materia.

Por otra parte, se ha evidenciado en diversos casos en los cuales se soslaya este principio, tales como la realidad de acordar medidas de oficio por parte del juez, sin que medie solicitud del Ministerio Público, como se evidenció en los casos de Alejandro Puglia 05 de septiembre de 2016, Juez de Control 37 del AMC en el cual se acordaron medidas de oficio, incluso sin que el Ministerio Publico imputara tipo penal, y el caso de los Alcaldes de Vicencio Scarano y Daniel Ceballos, decisiones 245 y 263 del 09 y 11 de abril de 2014, de la Sala Constitucional, en la cual dicha Sala, de oficio interpretó ampliamente la aplicación de medidas, y creó una figura inexistente e inconstitucional, denominada “ilícito constitucional” que sirvió de sustento para acordar medidas cautelares, que aunado a ello, la sala no era competente para dictarlas.

Asimismo, en el caso de las decisiones emanadas de tribunales penales de control, se acordó dejar sin efecto, un procedimiento de referéndum revocatorio, en diversos estados, lo cual implicó una interpretación extensiva, por tratarse de un asunto que no es de su competencia, ampliándose el espectro del alcance de las medidas cautelares de aplicación particular, a medidas de efectos generales.

Los anteriores casos, son una evidencia de la interpretación extensiva de las medidas cautelares, lo cual colide con la idea de Estado de Derecho, tal como aduce Marín (2002), quien aduce que "todo Estado de Derecho, que se precie de tal, debe establecer en resguardo de la libertad de sus ciudadanos: interpretación restrictiva de las medidas que afecten esta libertad y prohibición de su aplicación analógica" (p. 19).

c.-) Expresas

Relacionado con el punto anterior, en el cual operan las mismas observaciones, adicionándose que este principio se basa en el principio de legalidad formal (procesal), el cual es muy próximo al principio de legalidad material (sustantiva), esto es respaldado por Barbosa (2005), que sostiene:

> El principio de legalidad puede manifestarse en el proceso penal no solo desde una óptica estrictamente formal, esto es, legalidad del procedimiento y legalidad del tribunal, sino desde perspectivas materiales. El Estado, a través de su órgano judicial, debe valorar las conductas de sus habitantes conforme a pautas sustanciales y adjetivas predeterminadas en la ley (p. 112).

> En efecto, para imprimirle validez a las normas procesales, el legislador está en la obligación de observar los preceptos superiores, para el caso los contenidos en la Constitución y, en general, en el bloque de la constitucionalidad en sentido estricto; pero además está limitado lógicamente por la viabilidad teleológica de los ritos seleccionados, lo cual significa que las formas procesales no son caprichosas, sino que deben permitir llegar a los fines pretendidos (p.119).

Lo aducido por el autor citado es claro, en el sentido que existe una relación entre el principio de legalidad procesal y la legalidad material, en virtud que persiguen un fin similar, el cual es regular la actuación desmedida y caprichosa que puede generarse en virtud de no contar con reglas claras, previas que determinen el

alcance y ámbito de aplicación de cualquier institución, lo cual se refleja en el caso de las medidas aplicadas al proceso penal, que inciden en la esfera de derechos fundamentales de los individuos e implica la obligación de contar con una regulación expresa y detallada de las mismas.

En este punto opina Borrego (2002), que la legalidad procesal está relacionada con el debido proceso y el derecho a la defensa:

> 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).

En el mismo orden de ideas, el Código Orgánico Procesal Penal (20212) consagra que las medidas deben ser aplicadas, únicamente de conformidad con las disposiciones del Código, tal como se observa de seguidas:

> Afirmación de la Libertad. Artículo 9°. (…) **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)

Sin embargo, a pesar de lo anterior, existe un caso de remisión que se entiende autorizado por el propio Código (artículo 518), al tratarse de una remisión expresa, no obstante, al aplicar el Código de Procedimiento Civil (materia en la cual se puede aplicar la analogía) se dificulta dar cumplimiento con los aludidos artículos del Código Orgánico Procesal Penal, por tal razón, tal remisión del todo, no se corresponde con este principio, siendo lógico por tratarse de procedimientos de distinta naturaleza.

Asimismo, se generan otros cuestionamientos relacionados con las medidas indeterminadas (tal como se evidencia en lo consagrada en el numeral 9 del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal), las cuales no tienen cabida en este

sistema de medidas, por tratarse de una medida que es diseñada por el juez y abre la puerta a la arbitrariedad y aplicación selectiva, lo cual trastoca el principio de legalidad de las medidas aquí analizado. Al respecto, las únicas medidas que se pueden aplicar en el campo del Derecho procesal penal, son las tipificadas, aquellas que estén expresamente nominadas en la norma adjetiva.

Similar situación se presenta con las medidas innominadas, que tal como se explica en el punto referido a las mismas, por tratarse de medidas no expresas, deben ser excluidas del ámbito de aplicación del proceso penal, incluso por tratarse de medidas que diseñan las partes del proceso, lo cual es ilógico en la materia penal, y en todo caso, buscan proteger a las mismas, sin embargo, para ello existen las medidas de protección que cumplen tal misión.

Por otra parte, operan las mismas observaciones realizadas en el ámbito del carácter restrictivo de las medidas, en relación a los aludidos casos de Alejandro Puglia, los alcaldes y del referéndum revocatorio, en los cuales se rompió con el carácter expreso de las medidas, ya que, si bien las medidas existen, su aplicación no se derivó de disposiciones expresas relacionadas con las mismas. En síntesis, las medidas cautelares deben obedecer al principio de legalidad, el cual implica que deben sean previas, escritas, estrictas y ciertas.

d.-) Proporcionales (principio de proporcionalidad)

El desarrollo dogmático del principio de proporcionalidad en el Derecho continental se remonta a las tesis doctorales de los españoles, Ortega (1989), intitulada “el principio de proporcionalidad y su aplicación judicial”, y a la de González-Cuellar (1990), titulada “proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, las cuales se erigieron como los primeros estudios a profundidad de la institución.

Paralelamente, a nivel jurisprudencial se generaron diversas decisiones en tribunales españoles relacionadas con el aludido principio, siendo una de las más relevantes, la decisión proferida en el conocido caso Naseiro, de fecha 18 de junio de 1992, por parte de la Sala 2da del Tribunal Supremo, en la cual se estableció la necesidad de realizar el análisis de las exigencias derivadas de dicho principio.

Ahora bien, en primer término, es importante destacar que se ha cuestionado su carácter de principio, surgiendo la interrogante, para Pujadas (2008, p. 140), si se trata de un presupuesto o una característica de las medidas cautelares penales, y opina que lo más correcto es calificarlo como una exigencia asociada al ejercicio del poder. En la misma línea, se inscriben González-Cuellar (2008), Sanguiné (2003), Gimeno (1981), entre otros autores, se suman a la idea que se trata de un principio.

En ese sentido, Sanguiné (2003), define la institución del principio de proporcionalidad al siguiente tenor:

> El principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de Derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz. Así, los legisladores, jueces o aplicadores del derecho deben respetarlo para equilibrar o delimitar el punto medio entre estos derechos opuestos que entran en conflicto, por cuanto no cabe hablar de aplicación matemática de la normativa referente a este instituto. El principio de proporcionalidad parte de la jerarquía de valores constitucionales consagrada, que presupone como principio supremo el de favor libertatis. (p. 638)

De la anterior precisión, se evidencia que la proporcionalidad es un presupuesto relacionado con la prisión preventiva y se relaciona con la idea del Estado de Derecho, en virtud de la necesidad de equilibrar o fungir de punto medio, al conflicto entre derechos opuestos, como lo son la libertad personal y la persecución penal. Asimismo, Pujadas (2008), opina que:

> La proporcionalidad se ha presentado como un efecto de la necesaria justificación teleológica en la limitación de derechos. En clara conexión con lo anterior, también se ha conceptuado, en el marco específico de las medidas cautelares penales como el margen de discrecionalidad judicial por el que el órgano de este tipo pondera la adecuación de la medida con el fin. Así mismo, se ha hecho depender el respeto a la presunción de inocencia (como regla de tratamiento del imputado) del respeto mismo al “principio” de proporcionalidad. En una perspectiva más amplia, el tratamiento de la proporcionalidad se ha asociado en ocasiones a la legalidad, la jurisdiccionalidad y la motivación. (pp. 139-140).

Visto lo descrito, la proporcionalidad surge para atenuar el margen discrecional judicial para acordar las medidas cautelares penales, en aras que se genere una ponderación de la medida con el fin. Asimismo, se le asocia a otros principios como la legalidad, jurisdiccionalidad y la motivación, sin embargo, se ha ido delimitando y actualmente se trabaja como un género autónomo, sin menoscabar la relación que pueda existir con los otros principios.

Ahora bien, la doctrina hace referencia a un triple contenido del principio de proporcionalidad, para Pujadas (2008, p. 142), es: a) la exigencia de idoneidad; b) la intervención mínima o exigencia de adoptar la alternativa menos gravosa; y c) la proporcionalidad *strictu sensu*. Por su parte, Sanguiné (2003), hace alusión a los mismos postulados, denominándolos requisitos, de la siguiente forma: a) idoneidad o adecuación; b) necesidad o exigibilidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto (p. 643).

En el mismo sentido, González-Cuellar (1998), hace referencia a requisitos extrínsecos e intrínsecos, albergando en estos últimos, a los siguientes: a) idoneidad; b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto (pp. 199-208). Vista la concordancia doctrinal de los requisitos o presupuestos del principio de proporcionalidad, a continuación, se expone en términos generales, el contenido de cada uno de los mismos:

A). - Idoneidad

En términos generales, la idoneidad, se configura como un criterio de contenido de aplicación del principio de proporcionalidad que implica, necesariamente, que se evalúe si la medida aplicar es la adecuada al fin jurídico que se persigue, esto es, que no se aplique una medida inadecuada y que ello, traiga consigo la restricción de derechos constitucionales o fundamentales de forma innecesaria.

Al respecto, apunta Sanguiné (2003) que:

> La idoneidad o adecuación constituye un criterio de carácter empírico que verifica si la medida estatal empleada para restringir el derecho fundamental es o no apropiada para alcanzar el fin pretendido por el legislador, es decir, si reúne las condiciones necesarias para contribuir significativamente a obtener el resultado deseado, finalidad que debe ser constitucionalmente legitima y socialmente necesaria. (p.644)

Asimismo, Pujadas (2008) de forma más específica, señala que la idoneidad es la cualidad que expresa una relación de racionalidad entre el tratamiento dispensado al sujeto pasivo (la medida cautelar) y el fin que justifica dicho tratamiento. (p.142). Esta relación de racionalidad, implícitamente, considera aspectos cualitativos como cuantitativos, que son claramente definidos por González-Cuellar (1998) en los siguientes términos:

> Las medidas deben ser, en primer lugar, ***cualitativamente idóneas*** para alcanzar el fin previsto, es decir, aptas por su propia naturaleza. Así, por ejemplo, es cualitativamente adecuado acordar la entrada y registro en un domicilio con el fin de recoger fuentes de prueba. (..) no es suficiente con que el medio sea cualitativamente adecuado desde una perspectiva abstracta. Es preciso además que en el caso concreto sea previsible la aptitud de la medida para la consecución del fin. (p.200)

Por otra parte, es necesario destacar el aspecto cuantitativo, puesto que, aunque la medida sea cualitativamente idónea, en el marco de un Estado de derecho, debe ser con una duración e intensidad adecuada al fin que se persigue, al respecto continúa aduciendo el autor que (…)la ***adecuación cuantitativa*** del plazo de duración de la medida, que sólo puede prolongarse durante el tiempo «preciso», sin perjuicio de la conveniencia de la regulación de un plazo máximo que previera la necesidad de ampliar, en supuestos excepcionales (p.201)

Lo indicado, se resume en que la medida cautelar no debe únicamente ser ajustada al fin que se persigue, sino que, además, debe considerarse su aplicación por un tiempo determinado en la consecución del mismo fin.

B). - intervención mínima (necesidad)

Como segundo aspecto a abordar, es la denominada necesidad, la cual se traduce en la intervención mínima del Estado, siendo que, al aplicarse una medida, se debe valorar que sea estrictamente necesaria, en el entendido que para el caso concreto en el abanico de soluciones jurídicas existentes para el fin jurídico perseguido, no existe una medida menos gravosa o menos lesiva de derechos, puesto que, las medidas como bien se ha dicho, en materia penal especialmente, inciden en la esfera de derechos y representan una restricción de los mismos.

Al respecto apunta, Pujadas (2008) que la intervención mínima, constituye la manifestación externa y comparativa de la proporcionalidad. En su virtud, se coteja la medida restrictiva que se pueda adoptar con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos (p.144).

En el mismo orden de ideas, el requisito de la necesidad supone que el medio seleccionado para alcanzar el fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, que lo haga de una manera menos gravosa para los derechos fundamentales. (Sanguiñé, 2003, p.651).

Conforme a este principio, la intervención penal del Estado sólo estaría justificada en tanto resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático, todo lo que fuese más allá de lo estrictamente necesario sería autoritarismo (…) (Mila, 2014, p.107)

Es por ello, que se considera que el criterio relativo a la necesidad o mínima intervención, supone en pocas palabras una comparación, puesto que, en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad es deber del Estado, comparar la medida restrictiva que se pretende emplear, frente a todas las otras medidas que puedan considerarse idóneas para la realización del fin perseguido, para finalmente, seleccionar aquella medida que constituya una lesividad menor al derecho que se restringe.

C). - Proporcionalidad en sentido estricto

El último de los requisitos planteados para la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, va a ser la proporcionalidad en sentido estricto, que Pujadas (2008) siguiendo a González-Cuellar define como: “una regla valorativa, ponderativa y material”. (p.145)

Al hablar de proporcionalidad en sentido estricto, debe existir necesariamente intereses en conflicto, en consecuencia, tal como aduce Pujadas (2008, p.145) no debe extrañar su percepción como regla general de aplicación en el proceso penal, dada la tensión entre los intereses del individuo frente a los intereses del Estado. Es por ello que señala Sanguiné (2003) que:

> Cuando se llega a la conclusión de la necesidad y adecuación de la medida coactiva del poder público para alcanzar determinado fin, incluso en este caso se debe preguntar si el resultado obtenido con la intervención es proporcional a la carga coactiva de la medida. (p.653)

Este, se considera el último de los requisitos de aplicación de la proporcionalidad, puesto que, como bien señala el autor *ut supra* no basta con la adecuación de la medida al fin perseguido (idoneidad), ni con aplicar la medida menos gravosa (necesidad) sino que por último, debe valorarse que no se trate de una medida irracional, lo que debe realizarse a través de un juicio de ponderación de los intereses en conflicto, a fin de determinar que esta medida no sea desproporcionada.

Al respecto señala Sanguiné (2003) que en el aspecto de ponderación:

> Se procura deslindar la mencionada tensión mediante la ponderación de los valores e intereses involucrados en el caso concreto, operación tras la cual podrá concederse si el medio se encuentra en la razonable proporción con el fin perseguido, es decir, la ponderación entre fines y medios. (p.654)

Con lo expuesto, se aduce que este apartado del contenido del principio de proporcionalidad, propone, principalmente un filtro constitucional en la aplicación de medidas en materia penal, en razón de que, si bien es cierto existen requisitos de procedencia y procedibilidad, es estrictamente necesaria, la aplicación del principio de proporcionalidad no como requisito de procedencia, pero sí de aplicación de las medidas, puesto que, el mismo, representa una suerte de limitación al poder cautelar desde el aspecto de los derechos constitucionales y fundamentales y frente a los intereses del Estado.

Por último, este principio, encuentra asidero legal en el proceso penal en los artículos 230 y 249 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), al siguiente tenor:

> 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. (…)

Esto significa que las medidas deben atender a un límite lógico y justo en lo que atañe a su finalidad, no superando la proporción con la eventual pena a ser impuesta, sin embargo, resulta precaria la definición atendiendo al carácter principista del código, por lo cual se considera, que se debe acudir a los aspectos dogmáticos esbozados en este acápite, para observar la importancia, así como el contenido y alcance de este principio.

e.-) Sólo afectan el interés particular:

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

> 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.** (…) (Resaltado nuestro)

Lo que se traduce en que no pueden afectar el interés general, únicamente debe invadir la esfera de derechos de los particulares sobre los cuales recae el ejercicio de la acción penal. Otro de los casos que merece especial atención es el de las medidas dictadas por jueces de instancia, con la finalidad dejar sin efecto el procedimiento de referéndum revocatorio del Presidente de la República, instado en el año 2016.

Dichas decisiones emanaron de Tribunales penales de Control, de los estados Apure, Aragua, Bolívar, Carabobo, y Monagas (posteriormente se sumaron los estados Trujillo y Zulia), en fecha 20 de octubre de 2016, en virtud de denuncias presentadas por presunto fraude en la recolección del 1% de las firmas recabadas por partidos políticos, en abril del mismo año, las cuales fueron presentadas al Consejo Nacional Electoral, el cual avaló el trámite de referéndum, con lo cual se procedería a recabar el 20% de firmas del Registro Electora, no obstante, a raíz de las aludidas decisiones, el Consejo Nacional Electoral suspendió dicho procedimiento acatando la referidas decisiones penales.

En tal sentido, se plasma una de las decisiones que acordó la aplicación de las medidas, siendo el caso del estado Bolívar, mediante decisión de asunto principal: FP01-P-2016-004938, asunto: FP01-P-2016-004938, generada en virtud de querella presentada por el ciudadano Barulio Merino, en la cual se decretó lo siguiente:

> Se acordó con ocasión a la admisión de la querella incoada CON LUGAR, la solicitud de imposición de medidas cautelares y por tanto se decreta: 1.- La suspensión en el estado Bolívar de la recolección del uno (1) % de firmas realizada en fecha 22, 23 y 24 de junio, del año 2016, así como cualquier otro acto que conlleve la realización de un nuevo proceso de recolección de firmas para convocatoria a referéndum, pro los ciudadanos (…) quienes fungen como presuntos coautores de los delitos de falsa testación ante funcionario público, aprovechamiento de acto falso, suministro de datos falso al poder electoral agravado y Agavillamiento, tipos penales establecidos en los artículos 320, 322, 323, 286 y 291 del Código Penal y 230 (numeral 2) de la Ley Orgánica de Procesos Electorales y 286 del Código Penal. Consecuencialmente, se suspende el proceso de recolección del 20% de manifestación de voluntad que se requiere para activar el referendo revocatorio en contra del presidente (…) en el estado Bolívar, pautada para los días 26, 27 y 28 de octubre de 2016. 2.- La prohibición de salida del país a los ciudadanos querellantes de conformidad con el artículo 242 ordinal 4 del Código Orgánico Procesal Penal.

De lo anterior, surgen serias violaciones al sistema penal de corte acusatorio que rige en Venezuela, entre las cuales destaca en primer término, que las aludidas medidas fueron dictadas de oficio, sin que mediara solicitud alguna por parte del Ministerio Público, aspecto de gran relevancia para este trabajo, en virtud que representa una afrenta contra el sistema de medidas preventivas y cautelares que se viene diseñando, el cual está íntimamente relacionado con el sistema que nos rige en materia penal, de corte acusatorio, sostenido por ciertos principios que son insoslayables, tal como se ha destacado anteriormente, principalmente radica en separar las funciones de investigar (acusar) y juzgar.

En tal sentido, a pesar que las medidas fueron dictadas en virtud de querellas, las mismas no suponen o pueden solapar la actividad propia del Ministerio Público, el cual debe intervenir, en caso de admitirse una querella y proceder a desplegar una investigación, y soportar luego ciertos elementos (*fumus boni iuris*, *periculum in*

mora y *periculum in damni* –en virtud que se fundamenta como una medida innominada-) que sustenten la materialización de una medida.

Igualmente, se evidencia una ausencia total de indicación del sustento sobre el cual se dicta la primera medida, relativa a la suspensión de un proceso electoral, ya que no tiene ningún fundamento, desconociéndose si se trata de una medida preventiva o cautelar, en todo caso, no existe medida alguna en el ordenamiento jurídico penal que sustente lo anterior, en virtud que se trata de una medida totalmente fuera de orden que trasciende el plano penal, ya que tales potestades están reservadas a otras competencias, como la electoral, que es la que eventualmente pudiera decretar una medida de semejantes dimensiones y en el ámbito judicial.

Además, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) en su artículo 518, permite la aplicación supletoria de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (1986), únicamente cuando se trate de aseguramiento de bienes, con lo cual quedan excluidas las medidas cautelares innominadas, ya que estas bajo ninguna circunstancia persiguen asegurar bienes, sino precaver eventuales daños a los derechos de las partes.

Adicionalmente, el procedimiento de referéndum revocatorio, se trata de una materia de orden público, por ser un acto de naturaleza electoral, que no puede ser relajada por una decisión de un juez penal, para ello, debe acudirse a la competencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, ya que según la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), en su artículo 27, dispone que:

> **Competencia de la Sala Electoral**
>
> **Artículo 27**. Es de la competencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:
>
> **1. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales**, como aquellos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.
>
> 2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos,

> organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.
>
> 3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional. **(Resaltado nuestro)**

Del anterior artículo, se evidencia la exclusiva facultad de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, conocer las demandas contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, los cuales no pueden ser suspendidos por un juez penal que no tiene competencia electoral. Además, prácticamente se está dejando sin efecto la Resolución Nº 070327-341, de fecha 27 de marzo de 2007, emanada del Consejo Nacional Electoral, en la cual se establecen las normas para regular los referendos revocatorios, las cuales son totalmente claras e indican los aspectos procedimentales de dicha institución.

Tal situación abre las puertas para que, ante cualquier elección, de cualquier naturaleza, se formalice una querella en sede penal y se solicite suspender las mismas, ante lo cual cualquier juez penal podrá entonces suspenderlas, sobre la base de la presunta comisión de un hecho punible. Escenario similar se ha presentado en otras latitudes, como en elecciones de diputados y mediante la aplicación de medidas (se desprende de la decisión Nº 260, de fecha 30/12/2015, emanada la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, a pesar que fue en otra materia, operan similares consideraciones), se ha suspendido su elección, transcurriendo años sin que se resuelva la causa principal, burlando y vulnerando, todo lo que implica la voluntad popular, expresada mediante elecciones.

Así, se evidencia un poder que se ha otorgado a los jueces penales, siendo uno de los aspectos más delicados que se ha apreciado en materia de medidas, ya que se está dictando una medida cautelar innominada de efectos generales, obviando que en materia penal la responsabilidad es individual, así como la imposición de las sanciones penales, las cuales no pueden trascender de la persona imputada, por ello, con menos razón cuando se hable de la presunta comisión de un hecho punible se puede dar lugar a suspender actos de naturaleza electoral, ya

que en todo caso, existen autores y partícipes, sobre los cuales deben recaer las medidas, no sobre el conglomerado en general. Incluso, se indicó que nuestra legislación no consagra tales posibilidades, en virtud que las medidas están previamente delimitadas y en todo caso su aplicación e interpretación debe ser de carácter restrictivo.

Como corolario, en el Derecho comparado ubicamos otra realidad, en virtud que estas situaciones encuentran regulación, tal como el caso de España, en el cual la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) dispone en sus artículos 3 y 7, lo siguiente:

> Artículo 3.
>
> Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.
>
> Artículo 7.
>
> El Tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los arts. anteriores, deba resolver.

Adicionalmente, el artículo 4 *ejusdem*, complementa tal disposición, al indicar que:

> Artículo 4. Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal.

Con respecto al punto, García de Enterría (1998) aduce que:

> Se regula tanto la cuestión prejudicial incidental, atrayente en favor de la jurisdicción penal o no devolutiva (artículo 3) y la cuestión prejudicial devolutiva o invertida, que implica devolverá la jurisdicción para

> resolver al órgano jurisdiccional competente por razón de la materia, absteniéndose el juez de pronunciarse sobre la cuestión es determinante para la culpabilidad o inocencia (artículo 4). (p. 2).

Así se visualiza que expresamente se está otorgando competencia a los tribunales penales, no obstante, sólo para el efecto de la represión, cuando estén íntimamente ligadas al hecho punible, en todo caso, el tribunal penal podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del tema administrativo, cuando se trate de cuestiones prejudiciales para determinar la culpabilidad o la inocencia, pudiendo fijar un plazo breve. Se aprecia que existe una amplia regulación clara, caso que no ocurre en del derecho venezolano, en virtud que este se limita a cuestiones prejudiciales civiles, por tanto, no se extiende la competencia penal a temas de derecho administrativo, a pesar que el artículo 35 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) contemple la denominada extensión jurisdiccional en los siguientes términos:

> **Extensión Jurisdiccional**
>
> **Artículo 35.** Los tribunales penales están facultados para examinar las cuestiones civiles y administrativas que se presenten con motivo del conocimiento de los hechos investigados.
>
> En este supuesto, la parte interesada deberá explicar, en escrito motivado, las razones de hecho y de derecho en que se funda su pretensión, **conjuntamente con la copia certificada íntegra de las actuaciones que hayan sido practicadas a la fecha en el procedimiento extrapenal.**
>
> Si el Juez o Jueza penal considera que la cuestión invocada es seria, fundada y verosímil, y que, además**, aparece tan íntimamente ligada al hecho punible que se haga racionalmente imposible su separación, entrará a conocer y decidir sobre la misma, con el sólo efecto de determinar si el imputado o imputada ha incurrido en delito o falta.**
>
> (…) El trámite de la incidencia se seguirá conforme al previsto para las excepciones. **(Resaltado nuestro)**

De lo anterior es claro el artículo analizado que delimita el conocimiento de temas administrativos cuando se trate de imposible separación, y únicamente para decidir si el imputado ha incurrido en delito o falta. Además, no se establece expresamente un régimen de medidas que incidan en el ámbito administrativo que

implique suspender actos electorales (acto administrativo) por lo cual, no es factible mediante una medida innominada suspender dichos procesos, sin tener competencia y sin determinar la finalidad real de tal medida.

Dicho lo anterior, ya advertimos en esta investigación, que únicamente es en leyes penales colaterales que se plasman medidas para evitar que se siga cometiendo el delito, en virtud que en materia adjetiva penal en general, no se consagran tales medidas, a excepción de la medida privativa de libertad o sustitutivas de esta, en lo que respecta a las demás, únicamente se infieren de las medidas de aseguramiento de bienes con fines probatorios (en las cuales se incluye la incautación) y se permite realizar desposesiones de bienes, no obstante, no hay una regulación exhaustiva al respecto, que permita contar con medidas de protección en tal sentido, sino que estas últimas se refieren a proteger a sujetos vulnerables.

Al respecto, se denota una ausencia total de regulación que de ninguna manera implica que de oficio un juez penal pueda suspender actos administrativos, por vía de medidas innominadas, en virtud de las consideraciones antes señaladas, entre las cuales figura la ausencia de una regulación exhaustiva, así como la naturaleza propia de cada medida y las debidas competencias procesales.

f.-) Proceden a solicitud expresa de las partes (Ministerio Público), prohibición a medidas dictadas de oficio:

Se entiende que en los sistemas acusatorios el director de la acción penal es el Ministerio Público, por ende, legislativamente se le otorga la facultad relativa a que las medidas únicamente proceden a través de su previa solicitud. Los siguientes artículos del Código Orgánico Procesal Penal (2012) respaldan lo aludido.

> 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:
>
> (…) **Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud fiscal, el Juez o Jueza de Control resolverá respecto al pedimento realizado.** (Resaltado nuestro)

Peligro de Fuga

Artículo 237. (…)

En este supuesto, el o la **Fiscal del Ministerio Público, y siempre que concurran las circunstancias del artículo 236 de este Código, deberá solicitar la Medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad**. (…) (Resaltado nuestro)

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: (…) (Resaltado nuestro)

Un caso que merece especial atención es el atinente al ciudadano Alejandro Puglia, quien fue aprehendido por parte de los órganos de seguridad del Estado por sobrevolar un dispositivo aéreo de los denominados “drone”, quien posteriormente fue puesto a la orden del Ministerio Público y presentado ante un juez de control. Así las cosas, el Ministerio Público no calificó delito, arguyendo que se trataba de una conducta no tipificada en el ordenamiento jurídico-penal venezolano y de igual manera, solicitó se acordara la libertad de dicho ciudadano. Ante tal escenario, el Juez de Control Trigésimo Séptimo del Área Metropolitana de Caracas, mediante decisión de fecha 05 de septiembre de 2016, se apartó de la solicitud fiscal, imputando un tipo penal y, además, acordando una medida cautelar privativa de libertad, sin embargo, posteriormente fue decretada su libertad, luego de haber trascurrido más de cuarenta y cinco (45) días privado de libertad.

El caso anterior es uno de los motivos medulares que se traducen en la necesidad de la elaboración de una teoría general de las medidas aplicadas en el

ámbito penal, para lo cual básicamente se han tomado los aspectos principales de la teoría del derecho procesal en su apartado atiente a las tutelas diferenciadas preventiva y cautelar, y los principios que forman parte de los sistemas predominantemente acusatorios, entre los cuales figura un principio básico de este sistema, que consiste es la separación de las funciones de investigar (acusar) y juzgar, con lo cual no es factible que el juez actúe de oficio, teniendo presente las respectivas excepciones como iniciativas probatoria, dirección y disciplina del debate o cambios en la calificación siempre sobre la base de los hechos, de lo contrario, no está facultado el juez para atribuir delitos no imputados por el Ministerio Público, mucho menos aplicar medidas cautelares de oficio, en virtud que en materia penal las medidas cautelares necesariamente proceden a solicitud del Ministerio Público, eventualmente algunas medidas preventivas pueden ser acordadas sin que medie petición, por contrario, tal situación no se puede presentar con respecto a las medidas cautelares, en las cuales el único facultado para solicitarlas es el Ministerio Público, así como ocurre que el único facultado para acordarlas es el Juez.

Lo más grave del caso anterior radica en que ni siquiera se calificó delito alguno, con lo cual ante cualquier aprehensión caprichosa por parte de funcionarios del Estado, un Juez puede aplicar medidas privativas sin que medie imputación de delito alguno por parte del Ministerio Público, aspecto que trastoca completamente el sistema predominantemente acusatorio que nos rige.

En similares casos se ha actuado como se indicó *ut supra*, tales como en decisiones Nº 245 y Nº 263 de fecha 9 y 11 de abril de 2014, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, proferidas en contra de los Alcaldes del Municipio San Diego, Vicencio Scarano y del Municipio San Cristóbal, Daniel Ceballos, las cuales son propias de un sistema inquisitivo, en virtud que no se trata de un proceso en el cual se observa una simple violación de la institución del debido proceso, sino por contrario, se inobservó el principio de legalidad penal (legalidad material), que es piedra angular para la imposición de un delito, al crearse una especie normativa que no tiene precedentes en nuestra legislación, denominada por la Sala como "*ilícito judicial constitucional*", figura inexistente, ya que en materia penal en Venezuela los hechos punibles se dividen en delitos o faltas, los cuales

poseen una estructura propia desarrollada por la dogmática de la Teoría General del Delito.

Por tal razón, el aludido "*ilícito judicial constitucional*" se trata de una verdadera sanción penal, a pesar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela la dibujó como una nueva especie típica, la cual no requiere para su aplicación que se siga un debido proceso, ante ello, es importante destacar que tal absurdo no tiene cabida en un Estado democrático de Derecho, lo cual es alarmante, ya que la Sala no sólo se erige como legislador penal, sino se configura como juzgador en una causa en la cual no tiene competencia, y además condena a los referidos ciudadanos, sin seguirse el debido proceso que garantice su Derecho a la defensa.

Como corolario, se verificaron una serie de violaciones de principios, derechos y garantías de carácter universal, que están consagrados en la mayoría de los instrumentos internacionales que propugnan la protección y reconocimiento de los derechos humanos, entre los cuales se destacan además del derecho fundamental al debido proceso, el principio de legalidad, así como el *principio de presunción de inocencia*, *el principio de culpabilidad*, *el principio del juez natural*, *el principio relativo al juez imparcial*, *el principio de la doble instancia*, y *el derecho al recurso*, entre otros, instituciones todas, que fueron vulneradas por la Sala Constitucional.

Lo anterior es algo delicado no solo por la gravedad de la imposición de un delito por parte de la Sala Constitucional sin que medie investigación previa, sino que se dictaron medidas de oficio, sin intervención previa del Ministerio Público. En relación al tema *in commento*, apunta Brewer (2014) que:

> "(…)y no hay ley alguna en Venezuela que permita a juez alguno distinto a los de la jurisdicción penal, aplicar una sanción penal por ningún motivo ni siquiera por el desacato a sus decisiones; y las Salas del Tribunal Supremo no son ni pueden ser la excepción. (p. 5).

Así evidenciamos que se trata de una actuación fuera del marco no sólo de la teoría general del delito, sino de la teoría general de las medidas aplicadas al proceso penal. En el mismo orden se inscribe la medida cautelar de coerción real dictada en el procedimiento de antejuicio de mérito, dictada en perjuicio de la ex

Fiscal General de la República, acordada mediante decisión Nº 65 de fecha 04 de agosto de 2017, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, anteriormente comentada, la cual en primer término, adolece de una coherencia con respecto a la figura del antejuicio de mérito, el cual existe con la única finalidad de materializar una prerrogativa para los altos funcionarios, en aras de determinar si existen suficientes elementos para proceder al enjuiciamiento penal de los mismos, lo cual bajo ninguna circunstancia se erige par a realizar juicios políticos o éticos, sino por delitos.

En tal sentido, se dictaron medidas cautelares reales (indistintamente que exista solicitud -de igual manera el solicitante carece de cualidad-), las cuales fueron acordadas en única instancia por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sin entrar a considerar los requisitos de procedibilidad y de fondo. Además, se ratifica que las medidas fueron desproporcionales al establecerse la referida muerte civil *supra* comentada, al asegurarse la totalidad de los bienes.

Así las cosas, casos como los comentados merecen especial atención, en virtud que las medidas reales surgen como protagonistas en la temática de las medidas en general, al verificarse que las mismas no pueden ser diseñadas *ad hoc*, a pesar que la Sala Constitucional o la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, legislativamente está facultada para dictar medidas, que sin embargo, bajo ninguna circunstancias estas pueden ser penales, es decir, para ello existe un procedimiento ordinario que debe regir en todos los procesos penales, así como los procedimientos especiales cuando corresponda, los cuales abarcan la regulación primigenia y competente de las medidas, de igual manera, debe advertirse que legislativa y dogmáticamente, que en ningún caso pueden ser dictadas de oficio sin que medie solicitud del Ministerio Público, como ente encargado de ejercer la acción penal.

g.-) Prohibición de pronunciamiento sobre el fondo, o anticipar los efectos del fallo:

El anterior principio se establece en el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que 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. (…)

Este principio significa que no se puede anticipar una pena, es decir, no se puede aplicar propiamente una pena mediante una medida, así como que tampoco la medida puede superar a la pena que eventualmente será impuesta. Sin embargo, a pesar de la existencia de este principio se han generado diversas situaciones en las cuales se evidencia una ejecución anticipada, como lo es en primer término, la demora excesiva que puede darse en el desarrollo de un proceso penal ya que una vez impuesta una medida privativa de libertad, el tiempo que trascurre para que se materialice una audiencia preliminar o las audiencias de juicio, es excesivamente extenso, transcurriendo fácilmente para la primera, ocho (08) meses, y para las segundas, el juicio puede demorarse un tiempo considerable, incluso hasta superar los dos (02) años.

Tal aspecto trastoca la naturaleza de las medidas cautelares personales, que no pueden traducirse en la ejecución de una pena anticipada, ello colide en primer término, con el principio de prohibición de pronunciamiento sobre el fallo o de anticipar sus efectos, así como los principios de presunción de inocencia y el de juzgamiento en libertad, sin menoscabo de otros como la premisa constitucional derivada de la tutela judicial efectiva de una justicia pronta.

Además, legislativamente, en el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) se plasma que una pena no puede exceder la pena prevista para cada delito, o en todo caso, superar dos años, no obstante, se establece una prórroga que se sigue circunscribiendo a la pena mínima de cada delito, que puede representar un exceso, ya que de por sí, dos años es un tiempo suficientemente considerable (incluso un año puede ser suficiente, como lo dispone el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica -1998-).

Por otra parte, en la legislación penal colateral, se evidencian casos de ejecución anticipada, por conducto de medidas, sin que medie previamente una sentencia definitivamente firme, tal como ocurre en la Ley Orgánica de Drogas (2010), y en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizad y Financiamiento al Terrorismo (2012), las cuales consagran un régimen similar en relación al tratamiento de los bienes, en los cuales prevalece su asignación a un ente rector quien tendrá las más amplias facultades, incluso de uso, a pesar que no exista sentencia definitivamente firme q avale tal derecho para el Estado.

Incluso, se permite disponer definitivamente de los bienes, al declarar su decomiso (que en realidad se trata de un comiso) lo cual significa que se traduce en la imposición de una pena anticipada. Por ello, llama la atención que se establece de modo genérico que el servicio rector, podrá enajenar los bienes asegurados, sin que necesariamente exista sentencia condenatoria, a pesar que puede entenderse que excepcionalmente, podría permitirse, siempre que los bienes así lo ameriten (por ser perecederos o de difícil conservación), sin embargo, el producto de dicha venta debe ser asegurado porque correspondo o es propiedad de un individuo que aún no ha sido condenado.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que no existen medidas de carácter ejecutivo, tal como se ha pretendido indicar, por parte de algunos autores, en todo caso las medidas sean cautelares o preventivas, persiguen un fin preventivo, no ejecutivo. Uno de los principales defensores de la existencia de medidas de aseguramiento cautelar ejecutivo, es Tamayo (2011), quien incluso dedica un apartado a esbozar su naturaleza, diferenciándolas con las medidas cautelares preventivas, en lo siguiente:

> Las medidas de aseguramiento cautelar ejecutivo se diferencian de las medidas de aseguramiento cautelar preventivo, por la circunstancia de que éstas se dictan durante el transcurso o desarrollo del proceso penal; es decir, en su iter, en tanto que aquellas solo proceden (en sede penal) después de declarada admisible por el juez de juicio la demanda civil incoada por os legitimados para ejercer la acción civil una vez firme la sentencia condenatoria, por disponerlo así los artículos 51 y 422 el Código Orgánico Procesal Penal. (p. 154)

Al respecto, hay que destacar que de ninguna manera las medidas cautelares o sistema de medidas, pueden ser definitivas, en virtud que precisamente uno de los caracteres de las medidas, es que estas, preventivas o cautelares, son de carácter provisional Febres (2000) incluye el carácter provisional de las medidas. (p. 136), el cual es definido por Ortíz-Ortíz (2015a), al siguiente tenor:

> Se entiende por provisionalidad aquella cualidad de todas las medidas cautelares derivadas de su instrumentalidad, por la cual tienden a durar durante el tiempo necesario para la actuación de la sentencia definitiva, salo que exista un cambio en las circunstancias que le dieron origen y haga desaparecer los supuestos de su existencia. (p. 421).

h.-) Respeto a la dignidad humana en su ejecución

El respeto a la dignidad humana está presente en todo lo atinente a un proceso penal, incluyendo las medidas, con lo cual se prohíbe la aplicación de medidas infamantes, que trasciendan de la persona perseguida, o en fin, contra la dignidad humana, aspecto que está íntimamente ligado con la protección de los derechos humanos. De igual manera esto encuentra cobijo en diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos en los procesos penales.

Al respecto, señala el artículo del Código Orgánico Procesal Penal (2012)

> Respeto a la Dignidad Humana Artículo
> Artículo 10. En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza. El abogado requerido, en esta circunstancia, solo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 de este Código.

Igualmente, se debe garantizar los derechos de los privados de libertad, en virtud que el cumplimento de una pena o sometimiento a una a una medida de privación de privación de libertad, no menoscaba el ejercicio de todos los demás derechos que circundan al mismo, tales como la seguridad, integridad, vida, entre otros, aspectos que trasciende del plano normativo hasta pasearse por políticas públicas del Estado, incluyendo la responsabilidad internacional del mismo.

No obstante, a pesar de lo anterior, la muerte, lesiones y violaciones de derechos de los privados de libertad es un fenómeno que se ha evidenciado históricamente en Venezuela, el cual se ha incrementado en los últimos años, por tal razón, se debe comenzar por plasmar legislativamente la obligación del Estado de brindar seguridad y garantizar los derechos fundamentales de los mismos, comenzando por la clasificación de privados, para evitar que compartan en los centros de privación individuos condenados, con individuos procesados, aspecto que enarbola la presunción de inocencia como regla. Incluso de existir división entre privados de delitos comunes y privados por delitos considerados de alta peligrosidad.

Por otra parte, existe una vasta regulación internacional en la materia, que parte del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (1976), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Proyecto de Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia Penal -Reglas de Beijing- (1985) entre otros, que consagran el respeto de los derechos humanos en relación a los privados de libertad, partiendo de la dignidad del ser humano.

Por último, la Corte Interamericana en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú (1995), indicó que toda persona privada de su libertad, tiene derecho a vivir en condiciones compatibles con su dignidad humana, y el Estado debe garantizarle su derecho a la vida e integridad personal.

i.-) Proceden en circunstancias extraordinarias:

Este principio radica en que las medidas únicamente proceden cuando se demuestren circunstancias que lo ameriten, es decir, extraordinarias, tal como lo dispone el siguiente artículo del Código Orgánico Procesal Penal (2012):

> 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. (…) (Resaltado nuestro)

Los anteriores señalamientos se corresponden con los requisitos de procedencia y procedibilidad, lo cual evidencia con claridad meridiana, que las

medidas no pueden, ni deben ser dictadas de forma caprichosa, sino más bien, deben obedecer al cumplimiento de requisitos *sine qua non.*

En tal sentido, estos requisitos se desarrollan detalladamente en cada medida, tanto las que hacen vida en el plano preventivo (aseguramiento personal, real y de protección) como las cautelares (personales y reales), siendo medular en estos últimos, la observancia del denominado *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y excepcionalmente *periculum in damni*. Como se observa, son requisitos concurrentes, de carácter medular que son el núcleo del poder cautelar, que en ningún caso, se trata de una potestad judicial que se ejerce de forma ilimitada, en virtud que, de acuerdo a cada caso particular y con los requisitos enunciando previamente, el juez competente a solicitud del Ministerio Público, debe valorar y observar el cumplimiento de los mismos.

En el mismo orden, tales requisitos en la *praxis* son inobservados, en virtud que se considera únicamente la dosimetría de penas, implicando que se toma la pena como el baremo para acordar la medida, sin que realmente se valoren los verdaderos extremos de procedibilidad, por ejemplo, considerar que a pesar que la pena exceda el término máximo de diez (10) años, ello no significa que deba acordarse obligatoriamente una medida privativa de libertad, sin embargo, lamentablemente tal no ha sido la tendencia jurisprudencial y normativa de pregonar el principio de aplicación e interpretación restrictiva de las medidas cautelares personales, tal como se evidencia en los casos de la decisión Nº 331 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 02 de mayo de 2016, en la cual se estableció, que:

> (…)De tal manera que en los procedimientos seguidos, bien en flagrancia o en fase de juicio, por la comisión de los delitos contenidos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, el juzgamiento en libertad está prohibido para aquellos delitos en los cuales se presuma el peligro de fuga, es decir, cuyo límite máximo de pena supere los diez (10) años, a tenor de lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable por remisión directa del artículo 96, in fine de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia. Para los delitos cuyo quantum de la pena sea inferior a los diez (10) años, los jueces y juezas especializados en delitos de violencia contra la mujer **deberán**

ponderar la posibilidad de decretar una medida distinta a la medida de privación judicial preventiva de libertad, garantizando que ello no genere impunidad. (Resaltado nuestro)

Visto lo anterior, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no es conteste con los principios que enarbola, entre los cuales destacan los relativos a las medidas, que deben ser observados e interpretados de manera progresiva, sin que la jurisprudencia pueda incluso plantear aspectos regresivos e inquisitivos.

7.- Clasificación de la Tutela Preventiva y Cautelar

7.1.- Clasificación General

Tal como se ha venido trabajando en esta investigación, se realizan dos bloques que estructuran las medidas a). - Preventivas y b). - Cautelares, siguiendo al profesor (Ortíz-Ortíz 2015a, p. 87), subdividiéndose así:

a).- Medidas Preventivas:

> 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 os derechos constitucionales de los justiciables. Siendo el ejemplo clásico el amparo frente 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) (p.87).

b).- Medidas Cautelares

En relación a las medidas cautelares, estas van enfocadas en una dirección, siempre será la de asegurar la posibilidad de ejecutar una decisión, es decir, que no sea ilusoria la decisión. Sin embargo, la doctrina estructura la siguiente clasificación de medidas cautelares: a). - conservativas e innovativas, b). - reales (patrimoniales), c). - causada y caucionada, d). - *In limine litis* y *extra litem*, y, e). - principal y sustitutiva (Ortíz-Ortíz 2015a, p. 271-276).

De lo plasmado ut supra se evidencia que existen medidas reales y personales, las cuales tienen aplicación en el proceso penal, sin embargo, a continuación, se genera la clasificación específica empleada en el campo procesal.

Ahora bien, en el próximo apartado se precisa la próxima clasificación que se basa o sustenta en el constructo teórico presentado en este trabajo, que escinde principalmente en una tutela preventiva y una tutela cautelar, en virtud del sustento de la tutela judicial efectiva, en su forma diferenciada. Las principales dificultades se observaron en lo relacionado con las medidas preventivas de aseguramiento real y las medidas de aseguramiento cautelar real, asimismo, las medidas de protección no encontraban cabida o sustento en ninguna categoría, por ello se presenta la presente clasificación, la cual es desarrollada en detalle en los capítulos III y IV de esta tesis.

7.2.- Clasificación de las medidas preventivas y cautelares en el proceso penal

Vistos los anteriores aspectos, se realiza la siguiente clasificación que vislumbra el tratamiento de la tutela preventiva y cautelar en el proceso penal que rige en Venezuela, a saber:

1.- Medidas preventivas (Tutela preventiva)

1.1.- Medidas de aseguramiento
- a.- Medidas de aseguramiento personal
  - a.1.- Sobre el imputado
    - a.1.1.- Aprehensión en flagrancia
  - a.2.- Sobre la víctima y otros sujetos procesales

a.2.1.- Mandato de conducción

a.2.2.- Comparecencia coactiva de testigos

b.- Medidas de aseguramiento real

b.1.- Medidas de aseguramiento con finalidad probatoria

1.2.- Medidas de protección

a.- Medidas de protección de víctimas y testigos

b.- Medidas para la Defensa de la Mujer

c.- Medidas de protección de niños y adolescentes

d.- Medidas de protección ambiental

e.- Medidas de protección en casos de secuestro y extorsión

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

2.1.- Medidas cautelares de coerción personal

a.- Medida cautelar privativa de libertad

b.- Medidas cautelares sustitutivas de la Privación de Libertad

2.2.- Medidas cautelares de coerción real

a.- Medidas cautelares nominadas

CAPÍTULO III

LA TUTELA PREVENTIVA
EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

1.- Poder General Preventivo (Tutela Preventiva)

1.1.- Definición y alcance

Establece la Constitución de la República Bolivariana Venezuela (1999) en sus artículos 136 y 137, que el poder público se distribuye en niveles Municipal, Estadal y Nacional, y en ramas: legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadana y electoral. En tal sentido, el ejercicio del Poder Público se materializa con la finalidad de cumplir los fines del Estado en relación a sus ciudadanos, por ello, tal ejercicio implica contar con un poder preventivo, que radica en anticipar o precaver eventuales daños que puedan sufrir los particulares, así como las propias instituciones y entes del Estado.

Al respecto, opina Bello, M (2004), que:

> Seentiende 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. (…) Si bien los órganos por excelencia –llamados a salvaguardar el Estado de Derecho- y por consiguiente la legitimidad del Estado mismo- están agrupados bajo el nombre de poder judicial o jurisdiccional, los demás órganos del Poder Público también cumplen su función protectora y de salvaguarda de todos los derechos ciudadanos; ello se logra a través de la denominada tutela preventiva, la cual es una función de todos los órganos del Poder Público en procura de la defensa del Estado de Derecho (entendiendo este concepto como sujeción del Estado al ordenamiento jurídico) y la tutela reforzada de los derechos fundamentales. (pp. 162-163)

Sostenidas las consideraciones *supra* transcritas, se verifica que la autora *in commento* plasma claramente el alcance de lo que debe concebirse como poder preventivo (tutela preventiva), que viene aparejado con la idea del Estado de Derecho y del ejercicio del Poder Público, el cual debe estar destinado a cumplir con una función protectora y de salvaguarda de los derechos de los particulares,

por ello se hace uso de la tutela preventiva en aras de procurar materializar dicha función sin tener que esperar obligatoriamente a que un juzgado conozca de determinados hechos y se pronuncie con un fin meramente reparador y no preventivo, para ello se despliega la actividad natural de la administración pública, la cual debe contemplar salvaguardar derechos de preventiva.

Igualmente, el autor Reviriego (2005), coincide con Bello, al apuntar que:

> (…) produciéndose un nuevo modo de ver el proceso, que no se limite a reparar los perjuicios, sino que también tenga como finalidad prevenir los eventuales daños, patrimoniales o personales, que puedan producirse como consecuencia de un hecho ilícito (contrario a derecho o prohibido por el derecho) actual o posible; e, incluso, prevenir la amenaza o posibilidad de que un acto contrario a derecho se produzca con las probables, y eventuales, consecuencias dañosas del mismo.
>
> Existiendo la amenaza de lesión de un derecho, el sujeto tiene derecho de acudir ante la justicia y, como corolario de ello, el derecho a una tutela preventiva. (pp. 136-137).

Lo anterior significa que el derecho no puede ser visto como una ciencia que únicamente interviene con un fin reparador, sino que la misma debe intervenir cuando se presentan amenazas probables serias de inferir un daño, por ello, el derecho a la tutela preventiva radica en la posibilidad de acudir ante la justicia a exigir que no se materialice dicha amenaza, empleándose para ello tutelas diferenciadas.

Como corolario, sostiene Zela (2010) que la tutela preventiva tiene como finalidad, lo siguiente:

> Podemos decir que la tutela preventiva tiene como finalidad actuar antes que un daño se concrete, evitando que continúe la acción dañosa, o evitando que la misma se repita. En tal sentido, se trata de una tutela específica, pues busca proteger en sí mismo el derecho o la situación jurídica de ventaja a la cual sirve y no pretende intercambiarla por un mero derecho a una indemnización. (p. 58)

Se evidencia que la mayoría de los autores coincide que la tutela preventiva se concibe con la idea de evitar daños, buscando proteger en sí mismo al derecho o a la situación jurídica que se trate. Por otra parte, cabe destacar que se suele escindir entre procedimientos de tutela definitiva y de medidas preventivas (las

cuales reúnen las características de las medidas), en todo caso, ambas situaciones persiguen un propósito de prevención de daños a los ciudadanos y a las propias instituciones del Estado.

1.2.- Contenido del poder preventivo general

En relación al contenido del poder preventivo, es importante destacar que se suele tratar la materia de las medidas como tutela preventiva, y tal aspecto ciertamente es acertado en el sentido que las medidas persiguen una finalidad netamente preventiva, sin embargo, es necesario hacer dos grandes divisiones en esta temática, la primera dirigida a incluir a todas aquellas medidas preventivas que persiguen o tienen como finalidad prevenir o salvaguardar derechos de los particulares ante una eventual amenaza o daño (medidas preventivas propiamente dichas) y aquellas medidas que tienen como principal fin, salvaguardar la eventual ejecución de un fallo judicial (medidas cautelares), y estas últimas pertenecen a la temática de las medidas preventivas y poseen una finalidad particular cautelar, lo cual se resume en que no todas las medidas preventivas son de carácter cautelar, por ello el autor Ortíz-Ortíz (2015a), realiza la siguiente clasificación, en relación a las medidas en general, con la cual se coincide, la cual queda plasmada al siguiente tenor:

> 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).

De igual manera, se destaca que en la presente tesis se realizó la clasificación de las medidas atendiendo a dos aspectos medulares, por una parte, tomando en consideración el tratamiento dispensado desde la teoría general del proceso y la otra, considerando las medidas que se pueden aplicar en un proceso penal de corte acusatorio, es decir, observando las particularidades propias de estos

sistemas, así como a los de la dogmática procesal penal, en los cuales opera plenamente la propuesta teórica planteada en esta investigación.

2.- Precisiones terminológicas, lo "preventivo" y lo "cautelar"

En aras de establecer diversas precisiones terminológicas, es importante hacer referencia a la denominada hipertrofia nominal, lo cual redunda en la falta de sistematización del estudio de las medidas que debe hacerse conforme a la teoría general del proceso. La hipertrofia nominal, según el profesor Ortíz-Ortíz (2004), está relacionada con:

> (…) el uso incorrecto en el foro procesal y a la multiplicidad de vocablos con los que se quiere identificar a varios fenómenos procesales, con el mismo término jurídico; o como afirma "caso inverso también es notable: a un mismo fenómeno procesal se le ha querido designar con diversos términos (…) (p. 55)"

Tal aspecto se evidencia en el manejo irregular de los términos propios adecuados conforme a la teoría del proceso, en virtud que se observa el tratamiento de cautelar a cualquier medida, sin ninguna conciencia del significado y alcance de lo que significa la misma, en tal sentido, se emplea indistintamente el *nomen iuris* de cautelar, incluso para designar medidas de protección, u otras que son eminentemente preventivas.

De igual manera, surgen otros conflictos nominales, tales como los presentados en el empleo del término "coerción", para denominar de forma general a las medidas en el ámbito penal, que suele ser "medidas de coerción", dicho concepto es una nota que puede estar incluida en diversos fines, entre los cuales se incluye el cautelar, no obstante, no toda medida coerción necesariamente se traduce en una medida cautelar.

Ahora bien, perfectamente puede emplearse el término coerción para acompañar a una medida sin que ello menoscabe el carácter cautelar o preventivo, es decir, puede coexistir con éstos, sin embargo, no se trata de sinónimos y mucho menos se puede construir una teoría de las medidas desde el mismo, únicamente puede realizarse esta construcción bajo el enfoque teórico de la dogmática

procesal, que abarca la institución de la tutela judicial efectiva, que a su vez sirve de sustento del contenido diferenciado de tutelas cautelar y preventiva.

Dicho lo anterior, una de las principales dificultades observadas radica en la consideración de cautelar a todas las medidas que hacen vida en el proceso penal, algo que claramente trastoca los aspectos teóricos que escinden entre medidas preventivas y cautelares, teniendo particularidades cada una, que las hacen distintas, siendo una de ellas la relativa a que la tutela cautelar es una potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales. 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.

Algunos de los autores patrios que incurren en tal error, son los citados a continuación:

Rionero y Bustillos (2004), afirman lo siguiente:

> 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) aduce lo que sigue:

> (…) 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).

Visto los párrafos anteriores, los aludidos autores reconocen expresamente que el Ministerio Público posee un poder cautelar, lo cual no se concibe desde la óptica del poder cautelar, en virtud que la teoría general del proceso divide entre medidas de carácter preventivo y medidas de carácter cautelar, siendo que estas últimas recaen exclusivamente en manos de los órganos jurisdiccional, sin que ello signifique que estos pueden dictarlas de oficio, sin embargo, los únicos que pueden materializar las mismas, son los jueces penales.

Igualmente, se debe destacar que ciertamente en el sistema acusatorio venezolano el Ministerio Público juego aun rol protagónico, siendo una figura medular para el proceso pena y el ente cualificado para ejercer la acción penal, en lo cual se incluye la potestad dictar medidas preventivas, así como la exclusividad de solicitar que se acuerden medidas cautelares, (no proceden de oficio por parte del órgano jurisdiccional) y dicho dictamen, no depende del mismo, es decir, en *última ratio* dependen de la decisión de un órgano jurisdiccional.

Así tenemos que es importante manejar una terminología y categorización clara *ab initio*, en aras de establecer una correcta sistematización de las medidas, conforme a la verdadera naturaleza de cada una de las mismas.

Al respecto, apunta Bello, M (2004) que:

> En esta amalgama de conceptos de acto administrativo, potestades públicas, poder discrecional, interés público y orden público es que emerge la tutela preventiva de la administración. El ejercicio de la función de la administración supone como ya se ha comentado, la satisfacción de necesidades colectivas o la preservación del interés general, y en efecto, esta finalidad es lo que justifica el ejercicio de la potestad pública. Las formas en que se expresa es variada, pero no cabe duda que, el "acto administrativo" es por excelencia, el instrumento a través del cual se verifica, se concreta la voluntad del titular de esa potestad. (…) Cierta tendencia doctrinaria pretende ver en estos actos una naturaleza exclusivamente preventiva, la cual evidentemente es parte inherente a él, pero en modo alguno pueden ser catalogados como "medidas cautelares". (pp. 25-26)

Adicionalmente, se ha sostenido que ambas tutelas se diferencian en su finalidad, siendo que la preventiva persigue un fin de "prevención" o salvaguarda de derechos de los ciudadanos y la tutela cautelar persigue asegurar un eventual fallo, es decir, los efectos que pueden ser proferidos mediante una decisión judicial, lo que significa que persigue un fin de "cautela".

Como corolario, Ortíz-Ortíz (2015a) 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).

Lo cual deja claro que las medidas cautelares son una potestad exclusiva del orden jurisdiccional, lo cual conlleva a excluir que el Ministerio Público o cualquier otro ente que intervenga en el proceso penal (distinto al juzgado), pueda dictar medidas cautelares, siendo únicamente su potestad la materialización de medidas de carácter preventivo y en todo caso la solicitud de aplicación de medidas cautelares.

Por otra parte, existen otras divergencias terminológicas y de categorización, referidas a la confusión entre ciertas medidas preventivas como el decomiso y la pena accesoria de comiso, o con la confiscación. Dichas confusiones serán aclaradas al abordar la clasificación de la tutela preventiva y la tutela cautelar, en el cual se justificará su categorización.

3.- La tutela cautelar como potestad exclusiva del orden jurisdiccional

Anteriormente se destacó lo relativo a la exclusividad de los órganos jurisdiccionales de tutela cautelar, por ello, dicha tutela es una potestad exclusiva del orden jurisdiccional. En tal sentido, 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, lo 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, Bello, M (2004), hace referencia a la 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. (pp. 110-111)

En tal sentido, la tutela cautelar es una potestad exclusiva del orden jurisdiccional, a pesar que se asume que todos los órganos del Poder Público pueden dictar medidas preventivas, y que dentro de ellas, hay algunas medidas de

prevención que tienen un fin determinado, específico y exclusivo, que puede coincidir con las medidas cautelares (por ejemplo medidas de protección que pueden coincidir con la finalidad de las medidas cautelares reales innominadas que radica en una protección de las partes que intervienen en el proceso) pero está claro que bajo ninguna circunstancia se trata de medidas cautelares propiamente dichas, ya que estas se fundan en la garantía de materializar la eventual ejecución efectiva de una sentencia, entonces resulta absolutamente claro que las medidas cautelares sólo pueden ser dictadas por los órganos jurisdiccionales.

En tal sentido, aduce Ortíz-Ortíz (2015a), en relación al tema *in commento* 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 salvaguardia 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).

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

> "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).

Podemos concluir resumiendo que las medidas cautelares conforman el sistema de tutela preventiva, siendo una de estas especies, básicamente

fundamentada en la finalidad de asegurar preventivamente de la sentencia definitiva a dictarse en un proceso principal, teniendo ciertos requisitos y características, que implican una posición jurídica tutelable (*fumus boni iuris*) y un peligro en la infructuosidad del fallo (*periculum in mora*) y van a estar presente en todas las medidas, además de otras propias de cada medida cautelar particular.

4.- La tutela preventiva como herramienta fundamental del Estado de Derecho

La tutela preventiva, incluyendo el contenido de la tutela cautelar, está implícito en la concepción del Estado de Derecho, en virtud que su finalidad radica en proteger a los ciudadanos y garantizar la tutela de sus derechos. Ahora bien, prevenir la lesión de los derechos ciudadanos, está enmarcada en la intervención oportuna del Estado, porque en ocasiones la presencia del Estado es intempestiva, por lo cual es obligatorio que se materialicen medidas preventivas para anticipar los posibles daños o lesiones a los derechos de los administrados.

Asimismo, Venezuela se erige en un Estado de Derecho, en una de sus formas teóricas como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, tal como lo consagra el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

De lo anterior se deduce que Venezuela está reconocido plenamente como un Estado de Derecho y establece como fines esenciales principios y derechos tales como el derecho a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad y el respeto de los derechos humanos, entre otros. Por ello, el Derecho Procesal está inmerso en la idea del Estado de Derecho, ya que todas las ramas e instituciones del derecho deben inscribirse en la línea del respeto de los principios que lo conforman atendiendo a los desarrollos dogmáticos de la doctrina, que son los que sirven de fundamento y contención al ejercicio del *ius puniendi*, en el caso del derecho penal.

Por tal razón, Roxin (1997) indica que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. (p.137), significando que el Estado de Derecho al contar con el Derecho penal, que es el mecanismo más invasivo de un país para ingresar a la esfera de derechos del individuo, debe hacerlo conforme a unos principios limitadores, aspecto que abarca

la temática de las medidas, las cuales no pueden ser empleadas arbitraria o caprichosamente, sino que estas responden a un fin y limitaciones reflejadas en diversos principios.

Al respecto, vale citar el pensamiento de diversos tratadistas de derecho penal, que hacen referencia a la forma de Estado de Derecho y la relación con el Derecho penal, en los siguientes términos. El autor Bacigalupo (1999), arguye 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).

Ante tal planteamiento, ciertamente no es menester que la constitución expresamente reconozca que el Estado es un Estado de derecho, no obstante, en el caso venezolano, tal como se observó *ut supra*, Venezuela es un Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia. Como corolario Muñoz y García (2007), que 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, que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio. (p. 68

En el mismo tenor, Mir (1994), sostiene que:

> 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).

Visto lo anterior, se puede afirmar que la idea de Estado de Derecho es medular para entender la tutela preventiva y cautelar como formas de tutela diferenciada y mecanismos de protección de los ciudadanos, lo que significa que el Estado de Derecho sirve de fundamento para la protección de los ciudadanos y la vez de límite, es decir, con las medidas que se pueden materializar en un Estado de derecho se busca garantizar los derechos ciudadanos, sin embargo, están limitadas por los principios fundamentados en la idea misma del Estado de Derecho.

Ahora bien, expresadas algunas generalidades relativas a la relación de la concepción del Estado de Derecho, con respecto al tema de las medidas, en el mismo sentido sostiene Louzada (2004) que:

> Así, en razón de la imposibilidad temporal de prestación jurisdiccional inmediata - que es natural y que no se puede alejar del estado de derecho apoyado en la contestación a la demanda y en el debido proceso legal - y de la propia máxima de Giuseppe Chiovenda de que "la necesidad de hacerse uso del proceso para obtener razón no debe resultar en daño para quien tiene razón", se abre espacio para una tutela y para un proceso preventivo con el único propósito de alejar el peligro de daño (que resulta de la natural demora en el arreglamiento del derecho material), garantizando la utilidad de eventual resultado positivo al autor de la acción satisfactiva aunque sin intervenir, como regla (7), en el mérito del derecho material deducido en esa. (p. 1)

Al respecto, opina Bello, M (2004), que:

> 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. (…)
>
> Si bien los órganos por excelencia –llamados a salvaguardar el Estado de Derecho- y por consiguiente la legitimidad del Estado mismo- están agrupados bajo el nombre de poder judicial o jurisdiccional, los demás órganos del Poder Público también cumplen su función protectora y de salvaguarda de todos los derechos ciudadanos; ello se logra a través de la denominada tutela preventiva, la cual es una función de todos los órganos del Poder Público en procura de la defensa del Estado de Derecho (entendiendo este concepto como sujeción del Estado al ordenamiento jurídico) y la tutela reforzada de los derechos fundamentales. (pp. 162-163)

Igualmente, Escarrá (2007), se inscribe en la misma línea, pero esta vez apuntando a un sentido más genérico de tutela judicial efectiva (en la cual se incluye la tutela preventiva y cautelar como formas diferenciadas de tutela) al sostener que la tutela judicial efectiva es esencia misma del Estado de Derecho, tal como se observa a continuación:

> "Así las cosas, el derecho a la tutela judicial efectiva tiende en definitiva a asegurar al ciudadano un compromiso por parte del Estado, visto desde la perspectiva de su función jurisdiccional, en función del cual se proveerá a sus derechos la seguridad de ser efectivamente materializados y de mantener su intangibilidad y absoluto resguardo. Es por esta razón que el precepto constitucional previsto en el artículo 26 indica que los mismos serán efectivamente tutelados por los órganos jurisdiccionales cuando pretenden ser vulnerados y se acuda ante ello exigiendo la debida tutela que detentan, para de esta manera hacer prelar la noción de justicia, que constituye el fin último de todo proceso judicial y la esencia misma de nuestro Estado". (p. 12)

Dicho lo anterior, es importante destacar lo apuntado por Bello, M (2004), quien hace referencia a la idea de derechos fundamentales (siendo que la tutela preventiva y cautelar son derechos fundamentales), infiriendo que estos deben ser garantizados por el Estado, tal como se observa seguidamente:

> 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)

En el mismo orden, la autora *in commento*, expresa 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).

Asimismo, Ortíz-Ortíz (2004), expresa con respecto a los derechos fundamentales y su relación con la tutela preventiva, que:

> b) Los derechos fundamentales constituyen fuente de tutela privilegiada por parte de todas las ramas del Poder Público, 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).

Revisado los anteriores extractos, es menester indicar que son claros en el sentido que evocan la idea de concebir a la tutela preventiva y cautelar como un derecho fundamental, siendo de vital importancia para el Estado de Derecho en virtud que no solo estas instituciones se erigen como derechos fundamentales sino que se invocan para prevenir la vigencia de otros derechos fundamentales, es decir, comportan una dualidad, de tratarse de derechos fundamentales y de servir para garantizar otros derechos fundamentales.

En resumen, la tutela preventiva (incluyendo su contenido cautelar), persiguen o tienen como finalidad, prevenir la salvaguarda de determinados derechos, mediante el empleo de medidas que pueden ser materializadas por parte de los órganos integrantes del denominado Poder Público, siendo estas de medular cuidado, ya que interesan al Estado de Derecho, en virtud que es misión del mismo, garantizar los Derechos fundamentales.

Finalmente, concluimos con la idea de Bello, M (2004), que sostiene:

> 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).

En vista de lo anterior, es evidente la existencia de un poder preventivo que tiene como finalidad salvaguardar los derechos de las partes intervinientes en un proceso, el cual se materializa mediante medidas, por parte del Poder Público, tal como se analiza a continuación.

5.- Actividad preventiva y Poder Público

La doctrina ha reconocido que el Estado de Derecho se sustenta en diversos principios básicos, entre los que destacan: 1.- *División de Poderes*, 2.- *Principio de legalidad*, 3.- *Principio de responsabilidad* y 4.- *Reconocimiento de los derechos individuales -incluyendo los colectivos- del hombre*, entre otros principios que caracterizan a un Estado de Derecho .

En el caso venezolano, todos los anteriores principios están reconocidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), siendo uno de ellos el relativo a la División de Poderes, consagrado en el artículo 136.

Ahora bien, el Poder Público está supeditado en su actuación a la legalidad, lo que se traduce en que todos los actos que se realicen por conducto del mismo, están predeterminados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y demás legislación, tal como lo consagra el artículo 137.

Así, cada integrante del Poder Público tiene delimitadas sus atribuciones, entre las cuales destaca un poder preventivo en manos de cada uno de los mismos, y no como se piensa que es exclusivamente judicial, empero, se advierte que este último, si es a quien corresponde acordar tutela cautelar.

Al respecto, opina Bello, M (2004), con respecto a este tema que:

> Si bien los órganos por excelencia –llamados a salvaguardar el Estado de derecho- y por consiguiente la legitimidad del Estado mismo- están agrupados bajo el nombre de poder judicial o jurisdiccional, los demás órganos del Poder Público también cumplen su función protectora y de salvaguarda de todos los derechos ciudadanos; ello se logra a través de la denominada tutela preventiva, la cual es una función de todos los órganos del Poder Público en procura de la defensa del Estado de Derecho (entendiendo este concepto como sujeción del Estado al ordenamiento jurídico) y la tutela reforzada de los derechos fundamentales.
>
> Esta función en tanto que persigue evitar y al mismo tiempo proteger a los particulares de los abusos por parte del Estado (a través de sus funcionarios) y de los propios particulares, tiene como fin último la legitimidad del Estado (p. 14-15).

Visto lo anterior, se verifica que el poder preventivo está íntimamente relacionado con el Estado de Derecho y presenta dos enfoques, uno referido a la función protectora y de salvaguarda de derechos, y otra, en procura de defensa del Estado de Derecho, como función propia de cada órgano que integra el Poder Público.

5.1.- Poder Ejecutivo

Según el artículo 225 de la Constitución de la República Bolivariana (1999) de Venezuela, se ejerce por el Presidente, Vicepresidente, los Ministros y demás funcionarios.

Igualmente, el artículo 141 de la aludida Constitución consagra los diversos principios que rigen en la administración pública, tales como la eficacia, eficiencia, entre otros. Por ello, se denota que el Poder Ejecutivo comprende el más amplio espectro de la Administración Pública, tal como sostienen Enterría y Fernández (cit.p Bello M, 2004), la actividad del Poder Ejecutivo se realiza a través de actuaciones normadas típicas, es decir, los actos administrativos, definida esta situación como “la declaración de voluntad de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria” (p. 17).

En la misma idea se pronuncia Ortíz-Ortíz (2015a), quien sostiene que:

> De todos los órganos del Poder Público, la rama ejecutiva o administrativa es la que tiene mayor y más intenso contacto con los ciudadanos, desde el nacimiento hasta la muerte, y por otro lado, a quien le compete la "administración" de los recursos económicos de la sociedad en función de las necesidades colectivas y el interés general, es precisamente las Administraciones públicas, todo lo cual exige que dentro de sus "potestades públicas" deben contar con la posibilidad de intervenir, sobre todo "preventivamente", para evitar lesiones o daños a ese interés de todos. (p. 94).

Culmina apuntando Bello, M (2004), que:

> El ejercicio de la función de la administración supone como ya se ha contado, la satisfacción de necesidades colectivas o la preservación del interés general, y en efecto, esta finalidad es lo que justifica el ejercicio de la potestad pública. Las formas en que se expresa es variada, pero no cabe duda que, el "acto administrativo" es por excelencia, el instrumento a través del cual se verifica, se concreta la voluntad del titular de esa potestad. En esta amalgama de conceptos de acto administrativo, potestades públicas, poder discrecional, interés público y orden público es que emerge la tutela preventiva de la administración. (p. 25).

En síntesis, uno de los cometidos de la administración pública en general es procurar la satisfacción de necesidades colectivas, así como la preservación del interés general, lo cual está supeditado al cumplimiento de los principios constitucionales, tales como la institución del Debido proceso, en el orden de materializar los mismos.

5.2- Poder Judicial

En relación al Poder Judicial, constitucionalmente está regulado en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que consagra que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y corresponde a los órganos del poder judicial conocer las causas y ejecutar sus sentencias.

Por otra parte, la tutela preventiva por parte del poder judicial, se evidencia a través de 1) *procedimientos especiales o tipificados expresamente* y, como 2*)*

género particular de la función jurisdiccional de las medidas preventivas (preventivas propiamente y las cautelares).

1.- Procedimientos especiales o típicos

El profesor Ortíz-Ortíz (2015a), define los procedimientos especiales típicos, como:

> Aquellos diseñados por el legislador procesal, para evitar la ocurrencia de un fundado temor de daño o un daño que se cierne sobre determinadas situaciones, y como consecuencia, la única y exclusiva finalidad de obtener una medida preventiva que conjure el temor señalado. (p. 109).

De igual manera, cita como ejemplos clásicos (p, 109), el a) procedimiento de amparo frente amenazas "amparo preventivo", o ante lesiones "amparo restablecedor", b) los procedimientos interdictales, c) el retardo perjudicial, d) la prevención autónoma en la administración conyugal y e) la prevención sobre personas.

2.- Tutela preventiva en procesos Jurisdiccionales

Con respecto a la tutela derivada de procesos jurisdiccionales, Bello, M (2004), sostiene lo siguiente:

> Cuando la tutela preventiva es utilizada por órganos jurisdiccionales, entonces la diferencia de ambas tutelas se determina por la "causa" de la tutela y el "objeto" de las decisiones; esto significa que, cuando el objeto de la medida preventiva sea la salvaguarda de la eficacia de un fallo y la efectividad de la sentencia, se trata de una "medida preventiva cautelar" y la causa se da cuando la medida preventiva se dirige a proteger que la ejecución del fallo se haga ilusoria. Paralelamente, cuando la medida se dirige a proteger, a salvaguardar situaciones extraprocesales, de manera preferente, es cuando se denomina medida preventiva no cautelar. (p. 79)

En tal sentido, se observan dos modalidades, como medidas preventivas en sentido estricto y como medidas preventivas cautelares. En el primer grupo se pueden incluir dos ejemplos citados por Ortíz-Ortíz (2015a) (p. 122), a saber: a) las dictadas en el marco de la tutela de niños y adolescentes, dentro o fuera del juicio y las medidas dictadas en materia tributaria, a ser dictadas antes o después del procedimiento.

5.3.- Poder Ciudadano

El Poder ciudadano se encuentra integrado por el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, tal como lo indica el artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

En tal sentido, cada uno de los aludidos entes tiene sus atribuciones delimitadas, siendo que la Contraloría General de la República, es una institución encargada de la fiscalización, control y vigilancia del gasto y patrimonio público, lo cual incluye bienes del Estado, desplegando diversas actividades, entre las que destacan, auditorías, fiscalizaciones y procedimientos administrativos, entre otras, las cuales representan la función preventiva del poder ciudadano.

Ahora bien, según la Ley Orgánica de la Contraloría y del Sistema Nacional de Control Fiscal (2010), la Contraloría puede adoptar medidas preventivas, tal como lo dispone el artículo 112, transcrito a continuación:

> Capítulo V
> De las medidas preventivas
> Artículo 112. El Contralor o Contralora General de la República y con su previa autorización los titulares de los demás órganos de control fiscal externo, podrán adoptar en cualquier momento, mediante acto motivado, las medidas preventivas que resulten necesarias cuando en el curso de una investigación (…)

Por otra parte, en lo atinente a la Defensoría del Pueblo, la misma se concibe como el ente encargado de la protección de los derechos humanos, abarcando su promoción, defensa y vigilancia, incluyendo aquellos consagrados en instrumentos internacionales, así como los intereses colectivos y difusos.

La Defensoría del Pueblo se encuentra regulada por la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (2004), la cual no consagra expresamente un régimen de tutela preventiva, no obstante, existen dos disposiciones referidas a la intervención activa de la Defensoría en relación a la solicitud aplicación de medidas, tal como se observa a continuación:

Artículo 15. Competencias de la Defensoría del Pueblo. (…)

> 2. Interponer, adherirse o de cualquier modo intervenir en las acciones de inconstitucionalidad, interpretación, amparo, hábeas corpus, hábeas data, medidas cautelares y demás acciones o recursos judiciales. (…)
>
> Artículo 29. Atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo
>
> 12. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a las que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la amenaza, del menoscabo o violación de los derechos humanos.

En tal sentido, se observa que no existe un poder preventivo propiamente, sino que actúan indirectamente, siendo principalmente su misión la de participación activa en procura de salvaguardar los derechos humanos.

Ahora bien, en relación al Ministerio Público, notamos que este en términos generales se concibe básicamente como el garante de la legalidad en los procesos judiciales y el encargado de velar por el respeto de las garantías y derechos constitucionales de los individuos, además, se erige como el encargado de ejercer la acción penal en nombre del Estado, tal como se aprecia en artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el cual consagra sus atribuciones, las siguientes:

> 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.
>
> 5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Del artículo anterior se desprende que el Ministerio Público, al tener la atribución constitucional de garantizar el respeto a los derechos y garantías constitucionales, es parte activa en la tutela preventiva, así, legislativamente está facultado en no sólo para solicitar la práctica de medidas preventivas, sino para acordarlas, en casos como las medidas de protección de víctimas y testigos, protección de la mujer, así como en el aseguramiento de los objetos activos y

pasivos relacionados con la perpetración de delitos y faltas, tal como se desprende del numeral 1 y 3, del artículo *in commento*.

5.4.- Poder Legislativo

El Poder Legislativo a nivel nacional se configura en la Asamblea Nacional, la cual, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). De igual manera, entre sus atribuciones, figura la principal referida a legislar, tal como se aprecia en el artículo 187 de la referida Constitución.

Así tenemos que tal función legislativa eventualmente puede abarcar una tutela preventiva, la cual se materializa mediante el principal acto que sanciona la Asamblea Nacional, el cual es la ley, tal como señala el artículo 202 constitucional.

Por ello, Al respecto, Bello, M (2004), aduce que:

> La función legislativa también está facultada para establecer Tutela Preventiva, pero esta protección se realiza a través de los mandatos legales, es decir, la creación de las normas jurídicas, lo cual supone la expectativa de una determinada conducta en aras de evitar la realización de un hecho potencialmente lesivo a los derechos e intereses ciudadanos, ya sea individuales, colectivos o difusos. (p. 76)

Igualmente, se pronuncia con respecto a la tempestividad, que:

> Solamente la tempestividad con la que se cree la norma jurídica es la que podrá determinar la eficacia de la tutela preventiva de dicho órgano. Sin embargo, aun siendo rápido el procedimiento de creación de la norma que dirija a proteger y mantener el orden jurídico del Estado Social y de Derecho, no es suficiente, así como tampoco lo es el procedimiento jurisdiccional sin la existencia de las medidas cautelares. (p. 76).

El profesor (Ortíz-Ortíz p, 130ss. 2015a), cita algunos ejemplos al respecto, entre los que destacan:

1.- Ley de Emergencia Financiera (Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras 2004). Artículo 38; 2.- Suspensión Automática en el Código Orgánico Tributario de 2001. Artículo 173 y 3.- Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), artículo 205.

Ejemplos citados por el aludido autor, que denotan la aplicación directa de medidas por parte del Poder Legislativo, lo cual denota que el poder legislativo

puede dictar medidas preventivas, de manera directa consagrándolo en ley al respecto.

5.5.- Poder Electoral

Por último, Poder Electoral, se encarga de ser el ente rector en los aspectos relacionados con los comicios, así, constitucionalmente, señala el artículo 292. De igual manera, aun cuando no figura entre sus atribuciones una facultad expresa de tutela preventiva, se pueden deducir las consagradas en el artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999):, que dispone la posibilidad de reglamentar leyes electorales, dictar directivas, aplicar sanciones, organizar, administrar los actos relativos a la elección de cargos populares.

En tal sentido, se observa que el Poder público en todas sus ramas, de una u otra manera poseen un poder preventivo, el cual es inherente al poder público encomendado, según la naturaleza de sus funciones, para lo cual es indispensable contar con mecanismos preventivos que propugnen la salvaguarda de derechos de las personas.

De igual manera, es oportuno advertir que dicha tutela está supeditada a los principios y garantías constitucionales, los cuales no pueden ser soslayados o inobservados al materializarse medidas preventivas, asimismo, se denota que en algunos casos se han desnaturalizado algunas medidas e incluso erróneamente, se ha pretendido legislar y otorgar facultadas que son verdaderas cautelas, las cuales únicamente competen a los Tribunales, facultando a órganos administrativos para dictarlas, así, tal imprecisión contraría la Teoría General del Proceso en lo que respecta a la tutela jurisdiccional diferenciada.

6.- Tutela Preventiva en el Proceso Penal

6.1.- Ministerio Público como director de la investigación penal

El Ministerio Público es un órgano integrante del Poder Ciudadano, tal como lo señala el artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), al indicar que: (…) Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (…).

Ahora bien, como órgano integrante del Poder Ciudadano el Ministerio Público tiene sus atribuciones delimitadas, las cuales se encuentran plasmadas en el artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), estando la mayoría relacionadas con la investigación de la presunta comisión de hechos punibles.

Al respecto, se denotan funciones medulares en lo atinente al proceso penal, siendo una de ellas la atribución de ordenar y dirigir la investigación penal de la presunta comisión de hechos punibles de acción pública, en aras de determinar la calificación y responsabilidad jurídica de los responsables. Tal aspecto íntimamente ligado con la naturaleza del sistema procesal predominante en Venezuela, el cual con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal (1998), transitó de un sistema eminentemente inquisitivo que rigió con el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal (1962), a uno predominantemente acusatorio, el cual se caracteriza por la separación entre las funciones de investigar y de juzgar.

Así tenemos que tal cambio de paradigma, generó que el Ministerio Público adquiriera la atribución de rango Constitucional de investigar la comisión de hechos punibles (delitos y faltas) y además, de ejercer la acción penal en nombre del Estado en los delitos de acción pública.

Al respecto, se debe destacar la normativa legal que desarrollan tales atribuciones constitucionales, son el Código Orgánico Procesal Penal (2012) y la Ley Orgánica del Ministerio Público (2007), instrumentos que en consonancia con las disposiciones constitucionales, estatuyen las atribuciones y competencias del Ministerio Público, destacando su principal atribución de ser el encargado de investigar la presunta comisión de hechos punibles. En tal sentido, el Código Orgánico Procesal Penal (2012), señala que el Ministerio Público es el titular de la acción penal, en sus artículos 11, 24 y 111.

Ahora bien, para materializarse el ejercicio de la acción penal, primeramente debe desarrollarse una investigación, la cual de igual manera corresponde al Ministerio Público hacer constar los hechos y circunstancias que inculpan o exculpan a los imputados. Ahora bien, dicha investigación se despliega en una fase

denominada preparatoria, que su misma denominación indica su finalidad, la cual es preparar un eventual juicio oral y público.

En tal sentido, la fase preparatoria se inicia con una investigación de oficio (por parte del Ministerio Público –artículo 265 del Código Orgánico Procesal Penal (2012)- o de la policía –artículo 266 *ejusdem*-), por denuncia o por querella, siendo precedida por una serie de actos de investigación, para culminar con un acto conclusivo emanado del Ministerio Público, que puede ser una solicitud de sobreseimiento, un archivo fiscal o una acusación, debiendo ser realizados y presentados ante el órgano jurisdiccional (cuando corresponda) en cada caso en concreto, debidamente fundamentados.

Vale destacar que a pesar que el Ministerio Público es quien dirige la investigación, los actos desplegados en la misma, están sometidos a control judicial, en tal sentido, en esta fase corresponde a los Jueces de control (jueces de garantías, como se les denomina en otras legislaciones) controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, así como velar por el respeto de los derechos fundamentales de las partes y demás sujetos procesales que intervienen en el proceso.

Dicho lo anterior, el Ministerio Público es el ente facultado constitucional y legalmente, de manera exclusiva, para dirigir la investigación penal por la presunta comisión de delitos de acción pública, destacándose que los demás órganos auxiliares de investigación (autoridades policiales), sólo pueden actuar bajo la dirección del mismo (excepto cuando se trata de la práctica de actos de investigación urgentes y necesarios dentro de las primeras 12 horas a su perpetración).

6.1.1.- Atribuciones del Ministerio Público (especial referencia al aseguramiento con finalidades probatorias)

Vistos los señalamientos *supra* indicados, se evidenció que el Ministerio Público tiene como principal atribución dirigir las investigaciones penales, sin embargo, esta no es la única atribución constitucional que tiene, ya que a pesar que la mayoría están íntimamente relacionadas con la misma, se denota que existen

otras que igualmente le corresponden, tales como la destinada al aseguramiento de objetos activos y pasivos, consagrada en el numeral 3 del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Al respecto, apunta Tamayo (2011), que:

> (…)tenemos que en ambos sistemas se consagra lo atinente al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del delito, con la diferencia que esta labor corresponde ahora realizarla, mercede del sistema adoptado por nuestro país a partir de 1999, al Fiscal del Ministerio Público, quien es ahora el púnico titular de la acción penal en los delitos de acción pública , y excepcionalmente, a las autoridades policiales, que sólo pueden actuar sin la dirección de aquél, durante las primeras doce horas siguientes a la perpetración. (p. 55).

Con relación a lo indicado, ciertamente al Ministerio Público constitucionalmente le corresponde la aludida atribución, la cual igualmente encuentra desarrollo en los numerales 2 y 12 del artículo 111 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), y el artículo 265 *ejusdem*. Así como en el numeral 2 del artículo 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (2007).

En efecto, la normativa constitucional y legal es conteste en atribuir al Ministerio Público la facultad de ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados. Dicha regulación obedece a que en el transcurso de las investigaciones que dirige el Ministerio Público, surge la necesidad de asegurar objetos activos y pasivos de la presunta comisión de tales hechos punibles, con una doble finalidad, la primera, derivada en virtud de la necesidad de conservar elementos o fuentes probatorias, es decir, asegurar la integridad de aquellos elementos que tienen vocación o expectativa probatoria, hablándose de un aseguramiento con finalidad probatoria, generado ante la necesidad, en razón del apremio o circunstancias determinadas, que obligan asegurar los mismos, en aras de dar cumplimiento al derecho constitucional de acceso a la prueba.

Con respecto a la segunda finalidad, de igual manera puede sobre sobre objetos activos y pasivos, así como en otros bienes, sin embargo, responde a otra necesidad, la cual está destinada al aseguramiento preventivo de bienes ante una futura ejecución del fallo, lo que implica que esta segunda categoría sea

considerada en el ámbito de la tutela cautelar, a diferencia del aseguramiento probatorio, que si se inscribe en el ámbito de la tutela preventiva.

Dicho lo anterior, según Acevedo (2003), las medidas probatorias tienen una naturaleza diferente de las medidas cautelares para asegurar bienes, y explana las siguientes diferencias:

> -En primer lugar, podemos decir que estas medidas no persiguen asegurar bienes u objetos con la finalidad de asegurar la ejecución del fallo, en tal sentido podemos decir que no son netamente cautelares, corresponden más bien al derecho de fondo, al derecho que va a ser aplicado para la resolución de la controversia. En segundo lugar, las medidas probatorias obran incluso contra quienes no son parte (o imputados), ya que, si ellas persiguen en definitiva asegurar el derecho de la defensa de las partes, su ejecución puede abarcar incluso a otras personas diferentes de las partes.
>
> -A diferencia de las medidas cautelares sobre bienes, éstas no están sujetas a procedimientos de oposición. No existen en la Ley, un procedimiento especial de oposición a la medida probatoria decretada, como si está previsto para las medidas cautelares sobre bienes, en cuanto a la oposición que pueda ejercer la parte como la delos terceros, cada uno con su procedimiento y efectos especiales.
>
> -Otra característica de estas medidas se refiere a que no son sustituibles, no hay posibilidad de cambiar la medida por otra especie que pueda evitarla como lo sería una fianza o una caución real, por el propio fin que persiguen, asegurar las pruebas.
>
> -Estas medidas en el caso de los juicios penales no las decreta el juez, sino que el Ministerio Público es el encargado de tomarlas a los fines de la investigación como lo establece el artículo 108-1 del Código Orgánico Procesal Penal.
>
> -Las medidas probatorias son manifestaciones procesales de la obtención coactiva de pruebas. Técnicamente no son medidas que se dirigen contra imputados en el proceso penal, no son penitenciares (aseguramiento en general), el Código Orgánico Procesal Penal solo los autoriza.
>
> -Como ya se expresó las medidas preventivas precaven o evitan un daño y permiten o hacen lo posible la ejecución del fallo, las medidas asegurativas no conllevan esta finalidad, sino que capturan material probatorio con el fin que se pruebe el derecho sustancia que se hace valer y no evitan un posible o fututo daño.
>
> Estas medidas forman parte de la instrucción de la causa, a diferencia de las medidas cautelares. (p. 265-266).

De lo anterior, se coincide con el autor y así tenemos que se presenta una problemática con respecto al alcance de la concepción de objetos activos y pasivos, en el entendido que existen medidas cautelares reales que igualmente recaen sobre objetos activos y pasivos, sin que ello se traduzca en que se están asegurando con una finalidad probatoria, sino de aseguramiento de un fallo, es decir, netamente cautelar.

Aquí, a pesar que Tamayo (2011), se maneja con otra clasificación o esquema, coincide con lo señalado, al escindir entre a) medidas de aseguramiento probatorio, b) medidas de aseguramiento cautelar preventivo y, c) medidas de aseguramiento cautelar ejecutivo. (p. 145). En tal sentido, todas pueden recaer sobre objetos activos y pasivos del delito, sin embargo, obedecerán a un fin distinto. Sin embargo, en relación a las últimas (cautelar ejecutivo), las mismas no tienen cabida en el proceso penal, en virtud que las medidas no pueden ser utilizadas para la ejecución en sí, sino para asegurar una eventual ejecución.

Ahora bien, señaladas las anteriores consideraciones, se verifica que constitucionalmente y legislativamente, el Ministerio Público tiene facultades de aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración, con fines probatorios, es decir, un carácter preventivo.

6.1.2.- Participación de los demás órganos de investigación

Con respecto a la participación de los demás órganos de investigación, vale acotar que jurídicamente, el órgano en el cual recae la investigación penal es el Ministerio Público, independientemente de las clasificaciones administrativas que existen en relación a los órganos policiales (policía administrativa preventiva, policía científica o policía de inteligencia o política, entre otras), éstos actúan bajo la dirección del Ministerio Público.

Ante tal escenario, es oportuno hacer referencia al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses (2012), que escinde entre un a) *Órgano principal de investigación penal* (Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y

Criminalísticas, tal como lo dispone el artículo 48 del referido Decreto), 2) *Órganos especiales de investigación penal* (Fuerza Armada Nacional por conducto de sus componentes y cualquier otro órgano al que se le asigne por ley orgánica esta competencia especial, según lo estipulado en el artículo 24 del Decreto *in commento*), y; 3) *Órganos de apoyo a la investigación penal* (entre los cuales se ubican la Contraloría General de la República, el órgano competente en materia de extranjería, Protección civil, Cuerpos de Bomberos, órganos de guardería ambiental, entre otros, según lo dispone el artículo 25 *ejusdem*).

En tal sentido, constitucionalmente la atribución de investigar está en manos del Ministerio Público, no obstante, existen órganos que de una u otra manera intervienen en la investigación penal, siempre de manera subordinada a la dirección del Ministerio Público, con la finalidad de coadyuvar en el desarrollo de la misma, en virtud de los conocimientos especiales y la pericia que poseen en determinadas áreas, ya que el único que dirige, ordena y supervisa la investigación, es el Ministerio Público, siendo el ente por antonomasia a quien corresponde ordenar la práctica de diligencias. No obstante, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) consagra que las autoridades de policía podrán asegurar objetos activos y pasivos derivados de las diligencias necesarias y urgentes, según lo señala el artículo 266 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), siempre que se trate de diligencias necesarias y urgentes, 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.

De lo anterior, se desprende que el aseguramiento de objetos activos y pasivos como forma de tutela preventiva, igualmente abarca a los órganos de policía, únicamente cuando estén dados los supuestos excepcionales plasmados por el legislador, referidos estrictamente a diligencias necesarias y urgentes.

6.2.- Órganos Jurisdiccionales y Tutela Preventiva

Anteriormente se vislumbró la atribución del Ministerio Público de asegurar objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del hecho punible, lo cual responde a una finalidad probatoria, ahora bien, a pesar que se trata de una

atribución constitucional, en principio no se requiere la intervención de ningún otro ente u órgano, en aras de proceder a su aseguramiento, o en palabras de Tamayo (2011), para su ocupación, al aducir que “los objetos activos y pasivos del delito se ocupan generalmente, es decir, se toma posesión de ellos, se capturan o se aprehenden” (p. 65), a través de los diferentes actos de investigación que contempla el Código Orgánico Procesal Penal (2012).

En tal sentido, se debe proceder conforme a la regulación que hace el Código Orgánico Procesal Penal en alusión a cada uno de esos actos, por ejemplo: las inspecciones, los allanamientos, la denominada por el Código como incautación, entre otras. Así tenemos que, tanto en el allanamiento como en la incautación, se exige orden judicial previa, por lo cual, los órganos jurisdiccionales de igual manera intervienen en lo atinente a la tutela preventiva, bien sea acordando orden judicial en los casos que así requieran, o, al intervenir en aquellos casos en los que, al ser asegurados los objetos, se planteen reclamaciones, así como la correspondiente devolución, tal como lo disponen los 291 y 294 del Código Orgánico Procesal Penal (2012). Al regular lo relativo a la devolución de objetos, básicamente indicando que los mismos se devolverán lo antes posibles, y regulándose el procedimiento para tal fin.

Asimismo, el artículo 294, consagrando las reclamaciones o tercerías que se invoquen en el proceso, se tramitarán conforme al Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, de igual manera el Código Orgánico Procesal Penal (2012) hace referencia a la intervención judicial con respecto a los objetos, al referirse a la sentencia, sea absolutoria o condenatoria, tal como se aprecia en el artículo 348, que dispone la restitución de los objetos afectados al proceso, que no estén sujetos a comiso, y el artículo 349, al referirse a la condena, dispone que decidirá sobre la entrega de objetos ocupados a quien el tribunal considera con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan. Igualmente, se pronunciará sobre el comiso, la destrucción o confiscación, cuando proceda.

Dichas disposiciones no operan en los casos en los cuales los objetos se hayan entregado previamente, bien sea por orden del Ministerio Público, o incluso

por el tribunal que conozca de la causa, tal como lo indican los artículos 293 y 294 del Código Orgánico Procesal Penal.

Así se verifica que los órganos jurisdiccionales de igual manera participan en la denominada tutela preventiva relacionada con el aseguramiento de objetos.

7.- Clasificación general del Poder Preventivo

A lo largo de este trabajo se ha insistido en la clasificación general del Poder Preventivo, citando al profesor Ortíz-Ortíz (2015a), quien indica que el Poder Preventivo en General se clasifica al siguiente tenor:

> 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).

Partiendo de esta clasificación, se procede a desarrollar en detalle la clasificación propia de las medidas preventivas en el campo del Derecho Procesal Penal, no sin antes plasmar algunas consideraciones generales, en aras de vislumbrar que se maneja en términos generales, la misma estructura de la clasificación del poder preventivo, traspolada al ámbito penal, en la cual, tal como se observó en la cita anterior, se plasman medias preventivas sobre pruebas y medidas de protección o tutelas de derecho, las cuales son trabajadas de igual manera en esta investigación.

8.- Clasificación y desarrollo del Poder Preventivo en el Proceso Penal (Medidas Preventivas).

8.1.- Precisiones acerca de la ocupación penal y la ocupación civil

La doctrina en materia penal no es unísona al referirse a la teoría general de las medidas preventivas y cautelares, en virtud que no se traba con tal sistematización tomada de la teoría general del proceso, no obstante, en la presente

investigación se procura establecer una estructura y sistema de las medidas atendiendo al capítulo de la temática de las medidas de la teoría general del proceso, en la cual se escinde entre medidas preventivas (que en general persiguen proteger derechos sustanciales en el desarrollo del proceso) y cautelares (cuya finalidad es el aseguramiento de un eventual fallo).

En tal sentido, dentro de la categoría de las medidas preventivas, se ubican en general las 1) *medidas preventivas de aseguramiento*, las cuales 1.1-) *pueden recaer sobre objetos o bienes (reales)* y 1.2) *sobre personas (personales)*, por otra parte, se ubican las 2) *medidas de protección.* E Igualmente, las dirigidas a asegurar preventivamente objetos o personas, pueden ser materializadas principalmente como: a) *aseguramiento de objetos activos y pasivos del delito con fines probatorios*, y las de aseguramiento personal, a) con la *aprehensión en flagrancia*, b) el *mandato de conducción* y c) la *conducción coactiva de testigos*.

Por su parte, las medidas cautelares de igual manera pueden recaer sobre bienes y sobre personas, específicamente sobre el imputado, destinadas a asegurar un eventual fallo (responsabilidad penal en el caso de las personales, y responsabilidad civil derivada del delito, en el caso de las cautelares reales).

Ahora bien, se denota que las medidas de aseguramiento básicamente se incluyen en el ámbito de las medidas preventivas, en virtud que las mismas, a pesar que de cierta manera, su finalidad puede converger con las medidas cautelares, su finalidad principal, no es precaver la futura ejecución de un fallo, sino materializar ciertos fines del proceso, principalmente derechos sustanciales de las partes (derecho a la vida, derecho a la integridad, derecho a la prueba, entre otros).

Por otra parte, cuando se trata de medidas que recaen sobre bienes sean preventivas o cautelares que afectan bienes, la doctrina ha pretendido hacer referencia al concepto de ocupación de bienes para referirse a las mismas, como una especie de institución que se aplica previo al aseguramiento de bienes, en tal sentido, según Tamayo (2011), el aseguramiento de los objetos activos y pasivos del delito se logra previa su ocupación penal, es decir, a través de esta. El aseguramiento viene a ser entonces la consecuencia inmediata de la ocupación. (p. 74).

En tal sentido, la ocupación consiste en términos generales se define, según Tamayo (2011), como:

> Por lo tanto, tal como ya adelantamos, existen dos clases de ocupación: ocupación penal y ocupación civil: en la primera los bienes ocupados lo son a título de decomiso, incautación, recolección y clausura; en tanto que en la segunda los bienes ocupados lo son a título de secuestro, embargo, prohibición de enajenar y gravar y cualquier medida innominada, sin perjuicio que la ocupación civil pueda verificarse durante el devenir del proceso penal a través de la adopción de las medidas de aseguramiento cautelar, conforme al artículo 550 del COPP (antes art. 551).
>
> Luego, la ocupación penal quedaría materializada a través de las medidas de aseguramiento probatorio, como el decomiso o la incautación, en tanto que la ocupación civil a través de las medidas de aseguramiento cautelar, como el secuestro o la prohibición de enajenar y gravar; siendo de advertir que la primera (ocupación penal), más que una función propiamente cautelar, en ocasiones totalmente ausente (v. gr. Las diligencias que recaen sobre el cadáver, y levantamiento planimétrico, etc.), su misión más inmediata es netamente probatoria, esto es, posibilitar determinados actos de investigación dentro de la fase preparatoria o de investigación (v. gr. Autopsias, experticias, dictámenes periciales), así como la de asegurar las futuras fuentes de prueba, en su mayoría indiciarias; en tanto que la segunda (ocupación civil) sí cumple, como fin primordial, una función netamente cautelar.
>
> Por último, el autor concluye indicando que:
>
> En síntesis, en sede procesal penal, la aprehensión, captura, toma de posesión o apoderamiento de objetos activos y objetos pasivos (inmediatos), es más apropiado hacer alusión a ocupación (a título de decomiso, incautación, recolección o clausura, según sea el caso) antes que a secuestro o embargo, términos éstos que solo han de ser empleados en los estrados penales, exclusivamente, para identificar a dos de las especies de aseguramiento cautelar que pueden recaer sobre objetos pasivos (mediatos o efectos) del delito y también sobre bienes de la legítima propiedad del imputado. (p. 73)

En similar sentido Rionero y Bustillos (2004), se refieren a reales (ocupación civil): Embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar y medidas innominadas. Ocupación Penal, objetos activos: Decomiso, incautación, recolección de bienes,

clausura asegurativa. Objetos pasivos: Directos: Producto del delito, piezas de convicción, indirectos: provecho del delito. (p. 256)

Lo anterior denota que la principal doctrina patria que ha abordado el tema (Tamayo, así como Rionero y Bustillos), ha pretendido trasladar un concepto de ocupación civil al ámbito penal, estableciendo algunas diferencias, precisadas en lo atinente al tipo de título con el cual se ocupan, y posteriormente, se materializa la ocupación con las medidas de aseguramiento. Se entiende que algunos códigos siguen tal corriente, sin embargo, diferimos de lo señalado por los aludidos autores, a nivel dogmático, en virtud que la ocupación civil, es un modo originario de adquirir la propiedad de cosas muebles que no pertenecen a nadie, así la doctrina, entre la que figura Graterón (2010) la ha definido como:

> Es un modo originario de adquirir la propiedad de cosas muebles que no pertenecen a nadie, bien porque nunca han tenido dueño (*res nullius*), o bien porque su anterior propietario las abandonó (*res delictae*), de modo que llegará a ser dueño el que primero entre en posición con ánimo de apropiarse de la cosa. (p. 138)

En igual sentido Aguilar (1991), la ocupación propiamente dicha, es el modo originario de adquirir que consiste en tomar posesión de una cosa apropiable y sin dueño, con la intención de adquirir su propiedad. (p. 268).

Como corolario, la ocupación civil se encuentra regulada en el artículo 797 del Código Civil venezolano (1982), no obstante, en materia penal la ocupación no encuentra cobijo en nuestra legislación, siendo únicamente una posición de la doctrina que no encuentra asidero en la teoría general del proceso, específicamente en la teoría de las medidas preventivas o cautelares.

Dicho lo anterior, nos deslindamos de tal concepción y preferimos estructurar el sistema de medidas, en la división entre medidas preventivas y cautelares, abarcando la primera categoría a las medidas que recaen sobre objetos activos y pasivos del delito con la principal finalidad (no es la única) probatoria, que será explicada más adelante.

Finalmente, en esta investigación se hace referencia a la teoría de la tutela preventiva o en su defecto, de la tutela cautelar (esta última incluida en la tutela

preventiva en general), en virtud que la aludida teoría que hace referencia a la ocupación civil o penal, no satisface la esencia de las medidas, pretendiéndose arrastrar un tema eminentemente civil especialísimo, al campo de esta tutela, no obstante, la ocupación atiende a otras consideraciones.

8.2.- Aseguramiento de Objetos Activos y Pasivos del Delito. Cuerpo del Delito.

Generalmente, en materia procesal penal, en virtud del antiguo sistema inquisitivo que regía en Venezuela se hacía referencia al cuerpo del delito, un término que según Chiossone (1989), se relacionaba con el artículo 115 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal (1962), que consagraba que el tipo para que sea punible y diera base al procedimiento penal, debía corresponder a una descripción legal, es decir, la base del procedimiento en materia penal se basaba en la existencia de un tipo penal, lo que aducían los autores, como el antes indicado que eso llevaba implícito una demostración del cuerpo del delito. En tal sentido, el autor *in commento*, expresa que el cuerpo del delito, es:

> La ley no define lo que es el cuerpo del delito, pero si la base del procedimiento (proceso) es un hecho real, producto de una acción u omisión previstos en la ley como delito o falta, el cuerpo del delito no es otra cosa que el hecho mismo, o sea, el tipo-transgresión. Así, en el homicidio, el cuerpo del delito es la persona muerta por la acción u omisión voluntaria de alguien, o sea, del sujeto activo. (p. 137-138)

Por otra parte, diversos autores, como Escriche y Manzini (cit. p, Chiossone 1989, p, 138), que lo relacionan con el efecto inmediato del delito, materialidades del delito, de modo que permiten su comprobación. Además, indica que el cuerpo del delito se comprueba con: a) medios probatorios y b) procedimiento adecuado al sistema probatorio del cuerpo del delito.

En el mismo sentido, Tamayo, (2011, p, 74) quien lo relaciona con el objeto material del delito, que coincide con él. Por ello, se deduce que el cuerpo del delito, de cierta manera, se relaciona con el objeto material del delito, sin embargo, es pertinente realizar las siguientes consideraciones en torno al cuerpo del delito y el objeto material.

Hablar de delito, es hacer referencia a los elementos o categorías que lo conforman, los cuales han sido elaborados por la doctrina clásica y desde hace siglos se han ido delimitando y estructurando, evidenciándose en la actualidad que el delito se conforma por la acción (conducta), tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y para algunos la punibilidad.

Al respecto, la tipicidad, es el elemento que mayor contenido alberga en la actualidad, llegándose a incluir la acción, e incluso la antijuricidad, esta última en virtud de la teoría de los elementos negativos del tipo y por el traslado del dolo y la culpa de la culpabilidad a la tipicidad).

En tal sentido, la estructura de un tipo penal no se limita a la mera descripción de un hecho punible, sino existe una parte objetiva y una parte subjetiva, albergando la primera (tipicidad objetiva) como elementos esenciales: los sujetos, la conducta, el bien jurídico, la relación de causalidad (teniendo presente la imputación objetiva) así como elementos accidentales, a saber: el *objeto material*, elementos normativos, elementos descriptivos y circunstancias de modo tiempo y lugar, es decir, aspectos apreciables externamente; por su parte, el tipo subjetivo posee diversos elementos que conforman su estructura, siendo éstos: el dolo y la culpa, adicionalmente, en algunos casos elementos subjetivos.

Además, se puede afirmar todo tipo penal en su estructura típica subjetiva, únicamente se configura en términos dolosos o culposos, es decir, un tipo penal subjetivamente sólo puede cometerse dolosamente (con conocimiento y voluntad) o culposamente, también denominada imprudencia, (incumpliendo el deber objetivo de cuidado, significando que no existe intención de materializar el resultado), con lo cual se concluye que todo delito es doloso o culposo.

Vale destacar que igualmente el tipo penal alberga otras instituciones, tales como los denominados elementos amplificadores del tipo (tipos de imperfecta realización y tipos de autoría y de participación). Adicionalmente aspectos como el error, el delito putativo, causas excluyentes de la tipicidad, entre otros aspectos.

Ahora bien, anteriormente se explanó que el *objeto material* es un elemento accidental del tipo, lo que significa que no necesariamente debe presentarse en el delito, tal como expresa Mila (2014), quien aduce que:

> El objeto material no es otro que la persona o cosa sobre la cual recae directamente la acción típica.
>
> En fin se distingue en general, entre objeto material y objeto jurídico u objeto de lesión. Por objeto material se entiende la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. A diferencia del sujeto pasivo, el objeto material puede ser tanto el hombre como las cosas, en cuanto uno o las otras constituyen la materia sobre la que recae la actividad física del culpable.
>
> Por otra parte, la falta de objeto material no supone, tampoco, la ausencia de acción punible. La ausencia de ese objeto se revela, en algunos casos de tentativa, de delito imposible, como también en delitos de pura actividad (Jiménez de Asúa). Lo que no puede suponerse es la usencia de objeto jurídico. (p. 305-306)

Dicho lo anterior, se denota que el concepto de cuerpo de delito, relacionado íntimamente con el de objeto material del delito, son conceptos limitados, en el sentido que pueden o no aparecer en el delito, por ello, consideramos que es un término empleado básicamente en los sistemas inquisitivos, y enfocado meramente a un aspecto objetivo que excluye otros aspectos, tales como las armas o instrumento que pudieran emplearse para cometer el delito (objetos activos), o los rastros, huellas que deja el mismo (objetos pasivos). Por ello, preferimos hacer referencia al término objetos activos y pasivos, en consonancia con las disposiciones constitucionales e incluso legales, como el Código Orgánico Procesal Penal (2012) y Ley Orgánica del Ministerio Público (2007), que excluyen la aplicación del término cuerpo del delito y se inclinan por aludido termino de objetos activos y pasivos.

Ahora bien, la materialización de los tipos penales implica objetos activos y objetos pasivos, es decir, la utilización de instrumentos o herramientas empleados para su comisión (objetos activos) o las huellas, rastros, vestigios y producto en general del delito (objetos pasivos). Por ello, Febres Siso (2000), sostiene que los objetos activos se entienden por las armas, equipos, aparatos, capitales,

herramientas y demás bienes e instrumentos utilizados en, para o con ocasión de la comisión del delito. (p 158).

Asimismo, Tamayo (2011) define los *objetos activos* del delito como son aquellos que se utilizan para la comisión del delito, es decir, los instrumentos con los cuales se delinque. Son las armas o cualquier otro objeto de los que hace uso el delincuente para la comisión del delito. (p. 60).

Igualmente, reflexiona en torno a la consideración del dinero como objeto activo, indicando que a pesar que autores consideran que sí, considera que no es del todo correcto incluirlo como objeto activo, en virtud que en principio no se delinque con el dinero, sino que comúnmente este es su producto o resultado, por ello se ubican más en el objeto pasivo. No obstante, advierte que, en ciertos delitos, los capitales (cantidades de dinero) destinados a financiar determinadas actividades delictivas podrían ser considerados como objetos activos. Ejemplo: Ley orgánica de Drogas (2010), artículo 149 y Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada (2012), artículo 7.

Por último, con respecto al punto anterior, aduce que:

> En ambos casos, el verbo rector es financiar, que significa, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, "aportar el dinero necesario para una empresa" o "sufragar los gastos de una actividad, obra, etc." Por lo que el instrumento de comisión de dicho delito vendría a ser los capitales destinados para adquirir la droga o los vehículos destinados para su transporte, o para causar estragos, catástrofes, incendios, etc.
>
> Así tenemos que, verbigracia, son objetos activos del delito, las armas blancas, de fuego y objetos contundentes, en los homicidios y en las lesiones; los vehículos, naves y aeronaves, en el transporte o tráfico ilícito de drogas; los venenos, en los envenenamientos las pociones abortivas y las inyectadoras empleadas en los abortos; las llaves falsas, las ganzúas, las escalas, en los hurtos; las materias combustibles en los incendios; las monedas falsas, los documentos de Banco falsos, las escrituras falsas y todos los objetos de carácter falso que se emplean en las estafas; los contratos fraudulentos, en las usuras, etc.; y como dijimos, los capitales. Son también objetos activos del delito aquellos cuyo uso o posesión puede, a su vez, constituir delito: las drogas e, en la tenencia, tráfico o almacenamiento ilícito de estupefacientes; la moneda falsa, en los delitos de puesta en circulación de moneda falsa, etc., al igual que las armas de prohibido porte. (p. 61)

Ahora bien, con respecto a los *objetos pasivos*, estos son definidos por Febres (2000), como aquellos que comprenden todo lo que constituye el objeto material del delito, que va desde las personas mismas hasta los bienes sobre los cuales recae la acción del sujeto o que son consecuencia o producto de ella, directa o indirectamente. (p. 158)

Por su parte, Tamayo (2011) los define como:

> Todos aquello ser de utilidad para demostrar su perpetración (huellas, rastros, señas o vestigios del delito que quedan estampados en diversas cosas muebles, que constituyen las denominadas piezas de convicción), o que se obtienen directa o indirectamente, por la comisión del hecho punible o con ocasión de ella, es decir, el producto mismo del delito o producto inmediato: bienes hurtados, robados o estafados, tales como muebles, inmuebles, semovientes, sumas de dinero, derechos corporales o incorporales, etc., o el provecho derivado de su perpetración o producto mediato: dinero, la mayoría de las veces, o cualquier otro provento En general, todas las cosas, activos, bienes, valores, ingresos y frutos obtenidos, directa e indirectamente, de la comisión del delito.
>
> Los bienes muebles provenientes del contrabando y el dinero obtenido por la comisión de un delito contra el patrimonio público, o de un secuestro, o de un *pactum sicaris*, son objetos pasivos del delito, pues, en principio, su posesión es lícita per sé y de allí que no pueden ser considerados objetos activos del delito drogas y armas de porte prohibido, cuya sola posesión ilícita, ajena a cualquier conducta o actividad por parte del agente, hace incurrir a éste en la comisión de los delitos de Tenencia Ilícita de sustancias Estupefacientes y Porte Ilícito de Arma respectivamente. (p. 62)

En tal sentido, el aludido autor distingue entre los objetos pasivos relacionados directa o indirectamente con la perpetración del delito y aquellos que constituyen el producto mismo del delito, o sus efectos. Siendo los primeros, los vinculados con elementos de convicción de la comisión del hecho, los cuales pueden ser variados, ya que puede tratarse de una puerta forzada, ropa del autor o la víctima, hasta las impresiones dactilares tomadas en el sitio del suceso.

Esta categoría suele incluirse en las denominadas piezas de convicción, definidas por San Martín (cit. por Tamayo, 2011), como objetos muebles en los que hayan quedado huellas, rastros, señas o vestigios que puedan servir de prueba en

la perpetración del delito o de la responsabilidad del delincuente. En general, todo objeto que pueda servir atestiguar la realidad de un hecho. (p. 62)

En tal sentido, tanto Tamayo como San Martín, insisten en indicar que las piezas de convicción deben recaer sobre muebles, ya que, si se trata de inmuebles u objetos de difícil o innecesaria transportación, no se incluyen como piezas de convicción, empero, no son objetos pasivos del delito, a pesar de su utilidad, no obstante, su ocupación (captura) se logra mediante los medios criminalísticos pertinentes (inspección, fijación, colección de muestras, entre otros).

Por otra parte, en lo atinente a los *objetos pasivos que constituyen el producto del delito*, o sus efectos, a decir de Tamayo (2011), se trata de cosas, bienes, activos y derechos, corporales o incorporales, tangibles o intangibles, obtenidos por la comisión del delito o con ocasión de su perpetración, tales como: dinero, títulos, valores, derechos, joyas, vehículos, muebles de toda índole, inmuebles, semovientes, etc. (p. 63)

Así, Tamayo (2011) realiza una división entre objetos provenientes directamente por la comisión del delito, o con ocasión de ella, luego, hace referencia a los objetos derivados indirectamente y directamente del delito. (p. 63). No obstante, preferimos escindir entre objetos pasivos *provenientes directamente por la comisión del delito* (cosa hurtada, robada, estafada, o peculada) y aquellos objetos pasivos provenientes *indirectamente de la comisión del delito* (cosa adquirida con el dinero producto de la extorsión de la víctima, o de la cosa hurtada o robada que es enajenada, bienes adquiridos en virtud del narcotráfico, etc., es decir, el provecho del delito.)

En tal sentido, los *objetos provenientes directamente o con ocasión del delito (inmediato)*, deben ser restituidos a su propietario, aspecto que se relaciona con la responsabilidad civil derivada del delito, en virtud que dicha responsabilidad implica la restitución del bien o el objeto desposeído en virtud de la comisión del delito, o en todo caso, la reparación del daño, que es el pago equivalente al valor de la perdida de la cosa.

Por otra parte, con respecto a los *objetos pasivos provenientes indirectamente de la comisión del delito (mediato o efectos del delito)*, los mismos están sujetos a la denominada pena de comiso, en la medida que puedan ser restituidos, ya que, si opera la denominada transformación o conversión, serán destinados a la reparación del daño, que es el pago equivalente al valor de la perdida de la cosa.

Sobre este último punto arguye Tamayo (2011), que:

> (…) sin necesidad, según opinamos, de que la víctima intente la acción civil correspondiente, toda vez que, en caso de que el producto inmediato del delito haya sido transformado o convertido y el mismo sea recuperado, lo que se impone es dicha restitución del valor equivalente, que, en este supuesto específico, estaría representada por el producto transformado. De esta manera se le daría plena vigencia y aplicabilidad práctica al artículo 126 del Código Penal, el cual dispone que los condenados como responsables criminalmente, lo serán también en la propia sentencia, en todo caso, a la restitución de la cosa ajena "o a su valor". (p. 64)

Se destaca que se coincide con lo anterior, no obstante, adicionamos que si deben operar medidas cautelares de coerción real, que son las que persiguen asegurar una eventual responsabilidad civil, la cual abarca la restitución, reparación e indemnización de perjuicios, en aras de asegurar la eventual la ejecución del fallo, siendo insuficiente y desnaturalizando, el mantenimiento de una medida de aseguramiento de objetos activos y pasivos, cuya principal finalidad es probatoria.

8.3.- Finalidad de las medidas preventivas de aseguramiento real: *Finalidad probatoria* (Medidas de aseguramiento con fines probatorios)

Ciertamente, uno de los puntos medulares y que sustenta el régimen de las medidas preventivas es que no son de carácter cautelar, sin embargo, pueden recaen sobre bienes u objetos (reales) -lo cual coincide con las medidas cautelares reales- obedeciendo a otra finalidad, a pesar que el constituyente y legislador hacen referencia al aseguramiento de objetos activos y pasivos, sin precisar realmente su naturaleza, por lo cual se pueden desprender diversas finalidades, no obstante, la principal finalidad sigue siendo probatoria, es decir, las medidas preventivas de aseguramiento real procuran asegurar las fuentes de prueba.

Al respecto, Acevedo (2003), aduce que:

> Este proceso, así concebido, supone para su realización la necesidad de lograr la seguridad jurídica. (…) Dentro de esa seguridad que debe existir en el proceso, existe a su vez la necesidad de prevenir que se produzcan desequilibrios en él que redunden en perjuicio de la consecución del fin último, con grave perjuicio para la colectividad o para el individuo.
>
> Así nacen las medidas preventivas asegurativas de bienes, pero también otro tipo de, medidas que tienen a asegurar que, efectivamente, el proceso llegue a una resolución justa de los intereses en conflicto, lo cual da nacimiento a medidas con fines probatorios que permitan obtener medios probatorios que conduzcan a fijar los hechos controvertidos lo más cercano a la verdad. Esta objeción coactiva de elementos probatorios, permite que se aprehendan hechos ante la posibilidad de que éstos se pierdan o desaparezcan posteriormente, contribuyendo de manera definitiva, a la consecución del fin último del proceso; la consecución de la justicia. (p. 225)

Igualmente, finaliza circunscribiendo las medidas de aseguramiento de objetos activos y pasivos, al ámbito probatorio, indicando que:

> La garantía de la defensa que comprende no solamente el derecho a ser oído, sino el de poder afirmar y probar, debe orientar a las más modernas legislaciones, y como está referida al derecho a probar. (p. 226)

Ahora bien, con respecto a la naturaleza jurídica, claramente se trata de medidas distintas a las medidas cautelares, tal como aduce Acevedo (2003):

> Las medidas probatorias tienen una naturaleza diferente de las medidas cautelares para asegurar bienes.
>
> En primer lugar, podemos decir que estas medidas no persiguen asegurar bienes u objetos con la finalidad de asegurar la ejecución del fallo, en tal sentido podemos decir que no son netamente cautelares, corresponden más bien al derecho de fondo, al derecho que va a ser aplicado para la resolución de la controversia.
>
> En segundo lugar, las medidas probatorias obran incluso contra quienes no son partes (o imputados), ya que si ellas persiguen en definitiva asegurar el derecho a la defensa de las partes, su ejecución puede abarcar incluso a potras personas diferentes de las partes.
>
> A diferencia de las medidas cautelares sobre bienes, éstas no están sujetas a procedimientos de oposición. No existe en la Ley, un procedimiento especial de oposición, a la medida probatoria decretada

como si está previsto para las medidas cautelares sobre bienes, en cuanto a la oposición que pueda ejercer la parte como la delos terceros, cada uno con su procedimiento y efectos especiales.

Otra característica de estas medidas se refiere a que no son sustituibles, no hay posibilidad de cambiar la media por otra especie.

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

Como ya se expresó las medidas preventivas precaven o evitan un daño y permiten o hacen posible la ejecución del fallo, las medidas asegurativas no conllevan esta finalidad, sino que capturan material probatorio con el fin que pruebe el derecho sustancial que se hace valer y no evitan un posible i futuro daño. (p. 265-266).

Siendo más preciso, Ortíz-Ortíz (2015a), establece una clasificación de las medidas preventivas, diferenciándolas de las medidas cautelares, estatuyendo las medidas de aseguramiento de pruebas en el ámbito preventivo y no cautelar, tal como se observa a continuación:

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. (…) (p. 87).

En similar idea Tamayo (2011), aduce que las medidas de coerción real tienen por finalidad, escindiendo empíricamente en dos, siendo la primera la que nos interesa, en virtud que la segunda responde a la finalidad cautelar, no preventiva:

a) Capturar y aprehender cosas (ocuparlas), concepto éste que incluye objetos sólidos, líquidos y gaseosos, documentos, bienes muebles, inmuebles y semovientes, al igual que derechos intangibles o incorporales relacionados directa o indirectamente, con la perpetración del delito, salvo casos excepcionales, a objeto de servir como fuentes de prueba;

En igual sentido Rionero y Bustillos (2004), opina que:

En principio, debemos entender que las medidas de aseguramiento probatorias no cumplen una función netamente cautelar, sino que los

> fines de éstas sones meramente probatorios; en otras palabras, el propósito es obtener toda fuente de prueba indispensable que permita establecer la ocurrencia del delito y la responsabilidad de sus autores y participes. (p. 282).

Asimismo, algunos autores extranjeros como López (2012, p. 794), hace referencia a medidas de coerción real sobre bienes que guardan relación con el cuerpo del delito (objetos activos y pasivos), citando tres disposiciones del Código de Enjuiciamiento Criminal español -artículos 334, 338 y 367- que regulan el aseguramiento de armas, instrumentos o efectos relacionados con el delito, abarcando tanto los bienes que constituyen huellas o vestigios del delito o que pueden servir para el descubrimiento de su autor. Lo cual implica que se trata de un aseguramiento para preservar y conservar las fuentes de prueba, separándolas expresamente de las medidas tomadas para asegurar las responsabilidades civiles derivadas del delito.

En similar sentido, Roxin (2000), hace referencia al aseguramiento de elementos de prueba, expresando que el aseguramiento comprende:

> a) objetos que puedan ser de importancia como medios de prueba y b) permisos de conducir sujetos a confiscación. La orden de aseguramiento es obligatoria y presupone, en el marco de la proporcionalidad de la intensidad de la intervención y del grado de sospecha, solo la sospecha inicial simple. A través del aseguramiento oficial se aplica la fuerza estatal sobre los objetos mencionados. (p. 300)

Adicionalmente, expone tres formas de apoderamiento de los objetos asegurados de esa manera:

> 1.- El aseguramiento de objetos (en especial, la toma oficial en depósito de las cosas muebles) que son entregaos voluntariamente o que no están bajo custodia (cf. Kl/M, 94, núm. marg. 12). Es la forma más sencilla de aseguramiento; para ella están autorizados todos los funcionarios que se ocupan de la persecución penal.
>
> 2.- El secuestro, en sentido estricto, esto es, el depósito oficial, u otro aseguramiento, de un objeto, con motivo de una orden expresa. Está indicado en el caso de objetos que no son entregados voluntariamente (94, II), pero que pueden ser hallados por los órganos de la persecución penal (en caso necesario, por medio de un registro).

> 3.- Finalmente, el forzamiento de la entrega de cosas (muebles) que no son presentadas ni entregadas por el obligado a hacerlo (95, I), a través de la imposición de los medios de corrección y de coerción previstos en el 70 (95, II). Tanto para la solicitud de entrega, como para la imposición de las sanciones previstas en el 70 es competente el juez (cf. 70, III), a pesar de que el 98, I, no lo dice expresamente; (p. 300)

Se verifica que parte de la doctrina se inclina por coincidir en la existencia de aseguramiento con un fin principalmente probatorio de las fuentes de prueba, con la diferencia que en otras legislaciones existe una regulación procesal distinta, que en algunos casos implica el requerimiento de orden judicial para que puedan acordarse, no obstante, por la misma dinámica del proceso penal, existen ocasiones en las cuales es menester asegurar un bien con la principal finalidad preservar o conservar las fuentes de prueba, sin que medie previamente una medida cautelar, tal como ocurre en los casos de flagrancia en los cuales se aprehende a una persona y posteriormente se discute ante una autoridad judicial, en relación al procedimiento y continuación de la privación, así las medidas se sustentan en la principal finalidad probatoria, por ello pueden converger finalidades intrínsecas que se solapan con la finalidad cautelar, tales como evitar la libre disponibilidad o modificación de una cosa, sacar del comercio bienes de prohibido porte o ilícita tenencia, garantizar la destrucción de sustancias dañinas, entre otros fines, sin menoscabar el principal fin netamente probatorio.

Por último, es pertinente citar el contenido del artículo 232 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989), que expresamente reconoce las facultades en la investigación de asegurar elementos de prueba necesarios sobre el hecho punible y sus partícipes, lo cual lo distancia de un fin cautelar y lo inscribe en un fin preventivo de los fines del proceso, tal como se observa a continuación:

> 232. Necesidad y alcance de la persecución penal.
>
> Tan pronto el ministerio público toma conocimiento de un hecho punible, por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, debe impedir que produzca consecuencias ulteriores y promover su investigación para requerir el enjuiciamiento del imputado o el sobreseimiento (absolución anticipada), salvo en los casos de excepción mencionados en el art. 229 y las facultades previstas en los arts. 230 y 231. **El ejercicio de las facultades previstas en los arts. 230 y 231 no lo eximirá de la**

investigación imprescindible para asegurar los elementos de prueba necesarios sobre el hecho punible y sus partícipes.
(Resaltado nuestro)

8.4.- Actos de Investigación y Actos de Prueba

A lo largo de esta investigación se ha apuntado que el proceso penal venezolano de corte acusatorio, está conformado por cuatro fases: fase preparatoria, fase intermedia, fase de juicio y fase de ejecución, siendo la preparatoria en la cual se practican actos de investigación (eventualmente actos de prueba como es el caso de la prueba anticipada), dichos actos son realizados bien por el Ministerio Público o por los órganos policiales de investigación (bajo la dirección del Ministerio Público).

En tal sentido, tales actos de investigación no pueden ser considerados prueba como tal, ya que ésta realmente se forma en el juicio, no obstante, los mismos pueden ser considerados como fuentes o elementos probatorios, es decir, elementos con expectativa o vocación probatoria, ante lo cual requieren un tratamiento conforme a ciertos principios que garanticen su mismidad, así como su integridad.

Usualmente la doctrina, encabezada por Ortells (cit. por Rivera 2012) establece ciertas diferencias entre actos de investigación y actos de prueba, las cuales son las siguientes:

> 1.- Los actos de investigación tienen una finalidad de descubrimiento para determinar los hechos que servirán para hacer las afirmaciones ante el órgano jurisdiccional; los actos de prueba tienen como finalidad la verificación de las afirmaciones realizadas en la acusación o descargo.
>
> 2.- Los actos de investigación cumplen el papel de actos preparatorios para el juicio oral. Los actos de prueba es el desarrollo propiamente del juicio oral, salvo la prueba anticipada. 3.- Los actos de investigación pueden fundamentar medidas provisionales sin que sea necesaria la certeza; los actos de prueba conducen a resolución definitiva y en caso de condena se requiere certeza. 4.- En los actos de investigación es posible que no se ejerciten algunos derechos y garantías como la oralidad, publicidad y el contradictorio; mientras que los actos de prueba siempre tienen que realizarse bajo el libre ejercicio de dichas garantías. 5.- En los actos de investigación la dirección y participación corresponde

al fiscal del Ministerio Público; en los actos de prueba la dirección corresponde al juez y la práctica de prueba a las partes. (p. 300)

Por su parte, Miranda (cit. p. Bello 2015), establece otras diferencias, a saber:

a. En cuanto la diferencia estructural tenemos que los actos de prueba presuponen la realización de afirmaciones o enunciados de hechos que constituyen su objeto, afirmaciones o enunciados que las partes –acusador o acusado- realizan en sus escritos de acusación o defensa. Respecto a los actos de investigación se realizan con anterioridad a las afirmaciones o enunciados que fundamentan las diferentes pretensiones, pues como dijimos, en la fase preparatoria, se está realización esencialmente actos de heurística de los hechos y de probática para recabar fuente de pruebas, entre otras funciones. De esta manera es importante destacar, que no pueden considerarse a los actos de investigación como de prueba, cuando en etapa preparatoria no hay una acusación formal realizada, no existe una afirmación de hechos que imputen a un sujeto respecto a la comisión de un hecho punible…b.- Los actos de investigación se ubican en el seno de la investigación preliminar cuya finalidad es la preparación del juicio oral y público, más concretamente averiguar sobre el hecho delictivo, sus autores y recabar las fuentes probatorias, todo lo que tienen a fundamentar la acusación y defensa del acusado; en tanto que los actos de prueba se realizan o ubican en el seno del proceso judicial cuya finalidad es la convicción judicial por verificación a través de comparación….- Los resultados de los actos de investigación sirven durante la fase de preparación para la adopción de decisiones y medidas cautelares y en la dase de preliminar, para fundar la apertura a juicio oral, decisiones que no exigen que el juez tenga pleno convencimiento sobre la responsabilidad penal del imputado o acusado, así como de aquel que se afecte con las resoluciones, estando para este momento con un mero juicio de probabilidad o verosimilitud objetiva, basado en datos fácticos o indicios más allá de meras sospechas o conjeturas; pero al momento de dictar sentencia se requiere de pruebas que conduzcan a un pleno convencimiento más allá de toda duda razonable que destruya la presunción de inocencia. d.- Respecto al cumplimiento de los derechos constitucionales encontramos y especialmente en cuanto a la contradicción, los actos de investigación generalmente se realizan sin contradictorio salvo el caso de anticipación de medios probatorios- vale decir, que en principio la contradicción no es absoluto en fase preparación, hasta el punto que las actuaciones en esta etapa del proceso pueden ser reservadas, lo que no ocurre respecto a los actos de prueba, que necesariamente y en cumplimiento del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, deben ser de carácter contradictorio con inmediación y publicidad en audiencia oral ante el mismo juez que debe sentenciar, so pena de nulidad de la actividad probatoria. (pp. 72-73)

Visto lo anterior, se denotan importantes diferencias entre actos de investigación y actos de prueba, en el entendido que se ubican en etapas distintas, obedecen a un fin distinto, e incluso su valoración difiere, no obstante, no pueden ser menospreciados, en virtud que los actos de investigación revisten cardinal importancia para el proceso penal, ya que necesariamente existe un estadio previo de los actos de prueba, que es precisamente en el plano de acto de investigación, para su posterior oferta como prueba, además, de su aseguramiento depende la prueba, que exista la posibilidad de ser llevado juicio (aseguramiento) y en mismidad (cadena de custodia).

Por otra parte, ciertamente los principios que lo regulan son distintos, en virtud que la prueba posee particularidades que merecen incluso establecer principios en cuanto a su promoción, control, contradicción y valoración, así como otros temas de carga, traslado, y demás temas propios de la teoría general de la prueba, no obstante, los actos de investigación están sometidos a principios, los cuales coindicen con algunos que rigen para las pruebas, además de otros propios de la fase de investigación y propios de un proceso penal de carácter garantista.

Ahora bien, existe discusión en relación al tema de si los actos de investigación se realizan en el marco de un proceso, existiendo la opinión de Bello (2015), quien sostiene que:

> (…) los actos de investigación, que en puridad de verdad no se ubican en el marco de un proceso judicial, pues como tal el mismo inicia es con la acusación y si queremos ser más precisos, por no decir necios, con la admisión de la misma, sea total o parcial y el paso a juicio oral, momento en el cual realmente existe un proceso judicial –se debe igualmente cumplir con un procedimiento contenido en la ley, donde se debe imperar el debido proceso; lo cierto es que y cuando tratamos los actos de investigación, aún regidos por un procedimiento, éste en puridad de verdad no puede adicionársele el adjetivo de “prueba”- procedimiento de prueba- pues la propia naturaleza de los actos de investigación excluye el calificativo de prueba, que sólo y eventualmente puede alcanzarse en el debate oral que garantice el cumplimiento de los principios que hemos mencionado anteriormente. (p. 60)

En el mismo orden Cabrera (1999), aduce que:

> El COPP abandona el sistema inquisitivo del CEC y no contempla una etapa de instrucción de la causa en cabeza de los órganos jurisdiccionales, sino que encomienda la investigación de los hechos presuntamente delictivos, a un organismo no jurisdiccional, cual es el Ministerio Público, por lo que resulta impropio que el Capítulo II del Libro Segundo del COPP exprese que el proceso (penal) se inicia con la investigación de oficio por parte del Ministerio Público o la policía de investigación, o por la recepción de la denuncia por cualquiera de dichos entes (arts. 292, 293 y 294 COPP). (p. 10).

Sin embargo, no coincidimos con los anteriores criterios, ciertamente existen marcadas diferencias entre actos de investigación y actos de prueba, ello no significa que los primeros, se realizan fuera de un proceso, por el hecho que en principio no hay intervención judicial, nada más alejado de la realidad, en virtud que más allá que el Código Orgánico Procesal Penal (2012) disponga expresamente que el proceso penal se inicia con los modos de inicio (investigación de oficio, denuncia y querella), sino que perfectamente en dicha fase preparatoria o de investigación se realizan actos que ingresan a la esfera de derechos fundamentales e igualmente existe un juez de control o garantías para intervenir ante cualquier intervención de dichos derechos, además, dijimos que la nota principal de los procesos viene dada por los principios, así, en esta etapa operan todos los derechos constitucionales y legales, incluyendo el debido proceso, por lo cual evidentemente se trata de un proceso, independientemente que se encuentre judicializado o no, siempre existirá la posibilidad que intervenga un juez de control (o de garantías, como lo denominan en otros países).

Ahora bien, sostenido lo anterior, es menester referirnos a los actos de investigación que requieren orden judicial, en aras de determinar el alcance de las atribuciones del Ministerio Público como director de la investigación penal.

8.4.1.- Actos de Investigación que requieren orden judicial

Los actos de investigación se definidos, según Rivera (2012), como:

> Son aquellos que directamente se dirigen a comprobar la perpetración e un hecho punible presuntamente cometido, así como los que tienden a captar la identificación de los culpables e información sobre los detalles

> y circunstancias en que sucedió. Desde el punto de vista investigativo, con base en la búsqueda de la vedad material, en esta fase se cumplen dos fines fundamentales para la actividad probatoria: La probática, que es la determinación de los hechos, su caracterización y descripción; 2.- Las fuentes de prueba en donde quedaron impresos tales hechos y la forma como pueden ser trasladados –en el sentido metafórico, puesto que no son reproducibles – para ingresarlos al proceso. (p. 418)

En virtud de la anterior definición, se entiende que los actos de investigación se erigen como aquellos destinados a verificar la presunta comisión de un hecho punible (delito o falta), así como dirigidos a identificar a los responsables (autores o partícipes), en tal caso, los mismos se realizan en el marco de una investigación penal, la cual la direcciona el Ministerio Público, en virtud del sistema eminentemente acusatorio que nos rige.

De igual manera, es importante destacar que existe un principio que rige en materia de investigación, aparte de los de legalidad y oficialidad, denominado de investigación integral, el cual es definida por Roxin (2000), como un deber funcional de localizar y escudriñar todos los elementos de evidencia, sean culpantes o disculpantes. Tal aserto tiene fundamento en los artículos 262 y 263 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que consagra:

> Objeto
>
> Artículo 262. Esta fase tendrá por objeto la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación de él o la Fiscal y la defensa del imputado o imputada.
>
> Alcance
>
> Artículo 263. El Ministerio Público en el curso de la investigación hará constar no solo los hechos y circunstancias útiles para fundar la inculpación del imputado o imputada, sino también aquellos que sirvan para exculparlo. En este último caso, está obligado a facilitar al imputado o imputada los datos que lo o la favorezcan.

Ahora bien, vistos los anteriores artículos se verifica que los actos de investigación se despliegan en la fase preparatoria, la cual tiene como objeto preparar un eventual juicio oral y público, así, el Fiscal del Ministerio Público debe practicar todas los actos de investigación (los cuales eventualmente van a implicar

intervención judicial) y excepcionalmente actos de prueba (prueba anticipada para lo cual requiere obligatoria intervención jurisdiccional).

En esta fase preparatoria, según Binder (1999), sustancialmente se producen las siguientes actividades:

> 1.- Actividades puras de investigación;
>
> 2.- Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento;
>
> 3.- Anticipos de prueba, es decir, prueba que no puede esperar su producción en el debate;
>
> 4.- Decisiones o autorizaciones, vinculadas a actos que puedan afectar garantáis procesales o derechos constitucionales. (p. 236).

Ahora bien, con respecto al último punto es preciso referirse, al precisar que en palabras de Binder (1999):

> En algunos casos, por ejemplo, para poder localizar una prueba se vuelve necesario ingresar a un domicilio, o bien se debe secuestrar algún objeto o documento que pertenece a una tercera persona, o bien se debe efectuar alguna investigación corporal o mental sobre el imputado o sobre un testigo. Todos estos actos de investigación afectan el ámbito de intimidad, la reserva de los papeles privados o la propiedad o la integridad física de las personas. Como ya hemos visto en otros capítulos, la protección de esos bienes no es absoluta, sino que exige que cuando ellos puedan ser afectados se tomen decisiones formales, destinadas a provocar sobre ellos la menor afectación posible. Desde el punto de vista procesal, eso significa que se deberán librar órdenes expresas y formales (la Constitución exige que sean expedidas por autoridades judiciales) que permitan realizar esos actos de investigación. A esta clase de decisiones las podemos llamar autorizaciones judiciales (pp. 237-238).

En el sistema procesal penal venezolano, contempla la exigencia de formalidades, tales como en los casos de allanamientos, artículo 196 Código Orgánico Procesal Penal (2012), ocupación e interceptación de comunicaciones (artículo 205 *ejusdem*), incautación de correspondencia (204 *ejusdem*), reconocimiento de imputados (216 *ejusdem*), entre otros.

Así tenemos que, en principio, una gran cantidad actos de investigación no requieren autorización judicial, tales como en los casos de entrevistas a testigos, solicitudes de experticias, entre otros, no obstante, de igual manera se erigen otros

que requieren autorización judicial, en el entendido que ingresan a la esfera de derechos fundamentales de los individuos.

8.5.- Manifestaciones de las Medidas de Aseguramiento con finalidad probatoria

La doctrina procesal penal en general (Tamayo, Febres –denomina ocupación al decomiso-, Acevedo, Bustillos, entre otros) es conteste en que las medidas de aseguramiento con finalidad probatoria se manifiestan mediante *el decomiso*, *la incautación*, *la recolección de bienes*, la *clausura asegurativa*, entre otras formas, en el entendido que todas esas figuras se manifiestan sobre objetos activos y pasivos del delito (excluyendo los objetos pasivos indirectos, los cuales según parte de la doctrina –Tamayo y Bustillos- solo son susceptibles de medidas cautelares), pero con un fin eminentemente asegurar esos elementos que servirán de fuente de prueba.

8.5.1.- Decomiso

Con respecto a todas las manifestaciones de las medidas de aseguramiento, es menester advertir que no hay uniformidad o unidad en la doctrina internacional, con respecto al alcance de los términos, en virtud que sirven para significar distintas instituciones, que en ocasiones emplea como sinónimos de medidas de aseguramientos con penas u otras consecuencias derivadas del delito.

En tal sentido, particularmente a la situación se evidencia de igual manera con el decomiso, término utilizado en distintos sentidos, tal como se observa incluso en el Manual de Cooperación Internacional en el Decomiso del Producto del Delito (2013) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, establece en el Numeral I, denominado: Definiciones y términos empleados:

> I. Definiciones y términos empleados
>
> **(…)**
>
> **“Confiscación”:** véase “decomiso”.**(…)**
>
> **“Decomiso”** es la privación de bienes con carácter definitivo por orden judicial o de otra autoridad competente. A menudo se utiliza indistintamente el término “confiscación”. El decomiso se realiza por

> medio de un procedimiento judicial o administrativo por el que se transfiere al Estado la propiedad de ciertos fondos u otros activos. Las personas o entidades que tenían un interés en esos fondos o activos en el momento del decomiso pierden, en principio, todo derecho a los fondos u otros activos decomisados. Véase el artículo 2 g) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
>
> **"Decomiso administrativo"** es el mecanismo de decomiso de los activos utilizados en la comisión de un delito o relacionados con este que se aplica mientras se realiza una investigación. Invariablemente está autorizado por ley y se lo observa generalmente en los controles aduaneros fronterizos. La urgencia del decomiso hace que no requiera autorización judicial, aunque en la mayoría de las jurisdicciones este tipo de decomiso puede ser impugnado.
>
> **"Decomiso basado en el valor"** es el método de decomiso que permite al tribunal, una vez determinados los beneficios directos o indirectos que haya obtenido una persona a resultas de su conducta delictiva, imponer una sanción pecuniaria (por ejemplo, una multa, cuyo monto usualmente es un múltiplo del valor del producto del delito) que se puede ejecutar respecto de cualquier bien de propiedad de esa persona.
>
> **"Decomiso sin condena"** es el decomiso o la extinción de dominio que se lleva a cabo sin que se haya condenado al autor del delito. También se lo conoce como "decomiso *in rem*", "decomiso objetivo" o "decomiso civil". **(…) (Resaltado nuestro)**

Se denota que se trata de definiciones que incluso equiparan el decomiso con la confiscación -según el tratamiento que se le dispensa en la legislación venezolana-, además, se escinde el decomiso en distintas modalidades, siendo su modalidad básica un decomiso basado en una privación de bienes de carácter definitivo; por otra parte, el decomiso administrativo, otro decomiso basado en el valor, y, por último, el decomiso sin condena, siendo ésta última las más parecida al decomiso en la concepción tratada por la doctrina venezolana, que sería una mixtura entre el decomiso administrativo (empleado en investigaciones) y el decomiso sin condena (cuyo carácter es temporal).

Por otra parte, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989), establece el decomiso, en lo atinente a la condena y la ejecutoriedad de la pena, en sus artículos 326 y 389, a saber:

> 326. Condena. (…)
>
> La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a

> poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondieren ante los tribunales competentes; decidirá también sobre el decomiso y destrucción, previstos en la ley penal. (…)
>
> 389. Ejecutoriedad. (…)
> Ordenará, también, las copias indispensables para que se lleven a cabo las medidas para cumplir los efectos accesorios de la sentencia: comunicaciones, inscripciones, decomiso, destrucción y devolución de cosas y documentos.

Ahora bien, el Código Penal venezolano (2005), de igual manera en un solo artículo hace referencia al decomiso, específicamente en su artículo 3, el cual contempla lo siguiente:

> Artículo 33. Es necesariamente accesoria a otra pena principal, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan; y se la ejecutará así: **las armas serán decomisadas de conformidad con el Capítulo I del Título V del Libro Segundo de este Código**; y los demás efectos serán asimismo decomisados y rematados para adjudicar su precio al respectivo Fisco Nacional, del Estado o Municipio, según las reglas del artículo 30. **(Resaltado nuestro)**

Posteriormente, de la revisión a la remisión que efectúa el artículo anterior, se precisa que en el referido Título, y el respectivo Capítulo, se estatuyen tipos penales relativos a las Armas y Explosivos, así como algunas disposiciones normativas que sin ser tipos penales, inciden en los mismos, así, la única disposición que guarda relación con el referido comiso, es la consagrada en el artículo 278, que hace referencia a la confiscación, con lo cual se evidencia que el legislador emplea ambos términos como sinónimos.

Por otra parte, el Código Orgánico Procesal Penal (2012), no hace referencia al decomiso expresamente, por tanto, tal institución se infiere de la elaboración doctrinaria venezolana. Así, Tamayo (2011), define el decomiso, como la desposesión temporal a su tenedor de bienes u objetos relacionados con la comisión o perpetración de un determinado delito, sean estos activos o pasivos, con el fin de ponerlos a disposición del proceso penal para el logro de sus fines. (p. 79).

Vista la definición plasmada anteriormente, coincidimos con el alcance de la misma, sin embargo, advertimos que la doctrina mundial otorga distintas denominaciones o alcance al decomiso (suelen enunciarlo bajo la modalidad de secuestro, advirtiendo que se trata de un constructo dogmático distinto al secuestro como medida cautelar), en todo caso, para la presente investigación, lo que se quiere destacar con el decomiso de bienes u objetos, es que su finalidad es asegurativa preventiva, en aras que posteriormente se pueda desarrollar la actividad probatoria, en virtud de la naturaleza de la comisión de hechos punibles que traen consigo la obligación del Estado de asegurar preventivamente prima facie tales objetos activos o pasivos derivados del delito.

En tal sentido, el decomiso se traduce en desposesión de tales objetos activos y pasivos, con la finalidad preventiva de conservarlos para la eventual actividad probatoria, e impedir que se siga utilizando con un fin delictivo, con lo cual no se persigue directamente un fin cautelar propiamente dicho, a pesar que los mismos pueden ser sujetos a medidas cautelares, no obstante, estas últimas persiguen otro fin.

Para Rionero y Bustillos (2004):

> El decomiso, como medida de aseguramiento probatorio persigue una única pretensión: la ocupación de determinados bienes cuya cualidad y naturaleza son indispensables para la determinación del hecho punible y sus presuntos responsables. Un bien decomisado es un bien ocupado provisionalmente (en materia penal), con el objeto de garantizar las resultas de la fase de investigación. (p. 296)

Como corolario, Arboleda (2001), a pesar que fusiona los términos comiso y decomiso, opina que el decomiso propiamente dicho, tiene el siguiente sentido:

> Lo que suele denominarse comiso o decomiso de bienes utilizados directa o indirectamente en la perpetración de un hecho punible, presenta dos aspectos que es necesario diferenciar nítidamente: a) el de una medida precautelativa que, como dilo la Corte en Fallo de 10 de marzo último: “no es en sí misma una pena ni representa el despojo estatal del patrimonio del delincuente, sino la aprehensión de los elementos materiales con los cuales se perpetró un delito como medida policiva tendiente a los fines de investigación o a impedir la prosecución de las actividades delictuales”. b) el de una medida accesoria de una pena,

> como lo señaló la Corte en fallo de 3 de agosto de 1972, o más concretamente, el de una pena que puede ser principal o accesoria. (…) No cabe duda de que por ley puede ordenarse el decomiso de tales bienes, con fines investigativos, para impedir que continúen siendo utilizados ilícitamente, o, incluso para garantizar la eficacia de la pena, que pueda decretarse por los hechos de que se trate (Corte Suprema de Justicia, Sala plena, Sentencia del 21 de enero de 1988). (p. 651)

Visto lo anterior, se denota que suele equipararse el decomiso con el comiso, no obstante, tal como *ut supra* se apuntó, se trata de instituciones que dogmáticamente tienen distinto significado, a pesar de su expresión que puede resultar sinónima, en tal sentido, en el próximo apartado se expondrán los aspectos relativos a la diferencia que existe entre el aludido decomiso, y el comiso y la confiscación.

Por último, es importante destacar dos aspectos relativos al decomiso, el primero, referido a que el Código Orgánico Procesal Penal (2012) no regula la institución del decomiso, propiamente dicha, sino que su normativa o alcance se desprende de las disposiciones relativas al aseguramiento de objetos activos y pasivos, así como lo relativo a la devolución de bienes, en tal sentido, esto más allá de representar una solución, se traduce en una dificultad dogmática, en virtud que puede materializarse en excesos o aplicación indiscriminada de aseguramientos que pueden incidir en la esfera de derechos fundamentales de las partes o terceros que intervienen en el proceso. En segundo término, la legislación penal colateral presenta una serie problemática con respecto a la terminología empelada, que confunde el decomiso con el comiso, así como con la incautación, aspecto que de igual manera incide negativamente en su manejo claro, así como el alcance del decomiso.

8.5.1.1.- (Erróneo empleo de comiso, confiscación)

8.5.1.1.1.- El comiso

Tal como se indicó *ut supra*, usualmente se otorga un tratamiento al comiso (incluyendo a la confiscación), tal equiparamiento, obedece en primer término a la sinonimia que existe entre los términos decomiso, y comiso. Además, existen

diversas corrientes en la doctrina venezolana, en la cual se dividen en considerar el comiso como una pena (Tamayo 2011, p. 80), y los que consideran que es una consecuencia de la pena (Arteaga 2006, p. 369).

Visto lo anterior, es menester plasmar cuáles son consideradas las penas en la legislación venezolana, en aras de determinar si el comiso precisamente se trata de una de ellas.

> Artículo 8. Las penas se dividen principalmente en corporales y no corporales.
>
> Artículo 9. Las penas corporales, que también se denominan restrictivas de la libertad, son las siguientes:
>
> 1. Presidio; 2. Prisión; 3. Arresto; 4. Relegación a una colonia penal; 5. Confinamiento; 6. Expulsión del Espacio geográfico de la República.
>
> Artículo 10. Las penas no corporales son:
>
> 1. Sujeción a la vigilancia de la autoridad pública; 2. Interdicción civil por condena penal; 3. Inhabilitación política; 4. Inhabilitación para ejercer alguna profesión, industria o cargo; 5. Destitución de empleo
>
> 6. Suspensión del mismo; 7. Multa; 8. Caución de no ofender o dañar; 9. Amonestación o apercibimiento; 10. Pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan; 11. Pago de las costas procesales.

De lo anterior se verifica el catálogo expreso de penas que consagra la legislación penal ordinaria, en la cual primigeniamente, no figura expresamente el comiso como pena. Sin embargo, parte de la legislación penal colateral contribuye al manejo equivoco del término, al tratarla en su mayoría como una pena, algunas como una consecuencia del delito, e incluso otras, equipararlo con la confiscación. Entre las cuales figuran la como la Ley Penal del Ambiente (2012), la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (2009), Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2005), Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera (1997), Ley sobre el Delito de Contrabando (2010), entre otras.

Ahora bien, a pesar que expresamente el Código Penal venezolano (2005) no contempla expresamente el comiso, sino que tal señalamiento se ha desprendido de lo establecido en el numeral 10 del artículo 10 del Código *in commento*, ello se circunscribe únicamente a los *instrumentos, armas o efectos* que provengan del

delito. Lo cual como ya se apuntó en apartados anteriores, escindimos entre objetos pasivos *provenientes directamente por la comisión del delito* (cosa hurtada, robada, estafada, o peculada) y aquellos objetos pasivos provenientes *indirectamente de la comisión del delito* (cosa adquirida con el dinero producto de la extorsión de la víctima, o de la cosa hurtada o robada que es enajenada, bienes adquiridos en virtud del narcotráfico, etc., es decir, el provecho del delito).

En tal sentido, los *objetos provenientes directamente o con ocasión del delito (inmediato)*, deben ser restituidos a su propietario, aspecto que se relaciona con la responsabilidad civil derivada del delito, en virtud que dicha responsabilidad implica la restitución del bien o el objeto desposeído en virtud de la comisión del delito, o en todo caso, la reparación del daño, que es el pago equivalente al valor de la perdida de la cosa.

Ahora, los efectos que se representan con los *objetos pasivos provenientes indirectamente de la comisión del delito (mediato o efectos del delito)*, los mismos están sujetos a la denominada pena de comiso, en la medida que puedan ser restituidos, ya que, si opera la denominada transformación o conversión, serán destinados a la reparación del daño, que es el pago equivalente al valor de la perdida de la cosa.

Ahora bien, en virtud que la mayoría de la legislación penal colateral maneja el comiso como una pena, surge una problemática, relativa a qué medidas pueden materializarse en el proceso penal que persigan o tengan por finalidad asegurar instrumentos, armas o efectos, con la finalidad de aplicar (en caso que aceptemos que se trata de una pena o incluso, como consecuencia jurídica de la pena) la pena de comiso, en virtud que las medidas de aseguramiento probatorio están circunscritas a asegurar fuentes de prueba o elementos que eventualmente servirán de pruebas en el proceso, y las medidas cautelares civiles aplicadas en el proceso penal, obedecen exclusivamente a la responsabilidad civil derivada del delito, en tal sentido, no existe un bagaje de medidas exclusivas para garantizar la pena de comiso, que no es de carácter personal, en todo caso se incluye en consecuencias reales, lo cual implica que no exista un *tertium genus* en el cual se incluyan las mismas.

Visto lo anterior, por ello advertimos que una posible solución, en vista de la legislación vigente que impera en Venezuela (sin que ello imposibilite realizar propuestas en la siguiente investigación), decíamos que las medidas de aseguramiento probatorio, en principio tienen esa principal finalidad, sin que ello excluya otras implícitas en las mismas, tales como un aseguramiento preventivo, *prima facie* para evitar que se afecte la investigación, la conservación de bienes, entre otras.

Por último, es preciso advertir que algunos autores (Rionero y Bustillos 2004, p. 296) afirman que el comiso entiende como situación precedente, el decomiso previo. No obstante, consideramos que tal afirmación puede conllevar a equívocos, en virtud que pueden generarse excepciones en las cuales no media un decomiso previo, e incluso, el decomiso no implica *per se*, la imposición posterior de un comiso.

Además, los mismos autores informan que los objetos pasivos indirectos (provecho del delito: efectos), no son susceptibles de medidas asegurativas probatorias, únicamente reales, en virtud que limitan derechos fundamentales (p. 256), en tal sentido, es ilógica tal afirmación, en virtud que el mismo adujo anteriormente que necesariamente para que opere el comiso, es menester el decomiso previo.

8.3.1.1.2.- La Confiscación

Ahora bien, en lo que atañe a la confiscación, es importante en primer término, citar las disposiciones constitucionales -Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999- que consagran la figura, las cuales son las siguientes:

> Artículo 116. **No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución**. **Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras**

vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Artículo 271. (…) **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**. (…)

Artículo 317. No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. **Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. (…) (Resaltado nuestro)**

Vistos los artículos anteriores, notamos que se establecen dos artículos (116 y 271) referidos a que operará la confiscación, previa decisión judicial y en los casos permitidos en la Constitución, destacando que se circunscribirá a los delitos contra el patrimonio público, relacionados con actividades financieras, comerciales o cualquiera de las vinculadas con el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Ahora bien, el Código Penal (2005) de igual manera consagra diversas disposiciones relacionadas con la confiscación, entre las cuales figuran las siguientes:

Artículo 103. La muerte del procesado extingue la acción penal. La muerte del reo extingue también la pena, aun la pecuniaria impuesta y no satisfecha y todas las consecuencias penales de la misma, **pero no impide la confiscación de los objetos o instrumentos con que se cometió el delito ni el pago de las costas procésales que se harán efectivas contra los herederos**.

Artículo 107. Ni la amnistía ni el indulto o gracia, ni el perdón de la parte ofendida **dan derecho a la restitución de las armas o instrumentos confiscados**, ni de las cantidades pagadas a Título de multa o por costas procésales, pero no podrán cobrarse las cantidades que aun debiere el procesado. **(Resaltado nuestro)**

Las reglas anteriores no permiten inferir el alcance de lo que debe considerarse por confiscación, únicamente hacen referencia a la persistencia de la

confiscación, en casos de muerte del procesado, de amnistía, indulto, ni el perdón de la parte ofendida. De igual manera, se estatuye un bagaje de tipos penales que implican la confiscación, tales como los consagrados en los artículos 278 (armas), 246 (soborno de testigos), 330 (certificado falso emitido por médico), 448 (difamación e injuria), 532 (juegos de azar), 538 (condenado por robo, hurto, extorsión o estafa) del Código Penal (2005).

De igual manera, el Código Orgánico Procesal Penal (2012), contempla en su artículo 349 una disposición relativa a la confiscación, específicamente en la condena.

Por otra parte, la legislación penal colateral también contempla una serie de disposiciones relativas a la confiscación, tales como la Ley contra la Corrupción (2014), la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012), entre otras.

Visto lo anterior, no existe claridad en relación al alcance de la confiscación, únicamente las disposiciones constitucionales son las que permiten inferir que se trata de una consecuencia que surge de la comisión de determinados delitos, en la cual, determinados bienes pasar a ser propiedad del Estado.

Similar al comiso, la confiscación es tratada por algunos autores como una pena (Rionero y Bustillos, 2004, p. 293), o como una consecuencia de la ejecución de la pena (Tamayo, 2011, p. 90), o incluso como una triada: Pena, Medida de orden público y reparación civil (Mendoza, 1960, p. 247). En todo caso, independientemente que se trate de cualquiera de las instituciones señaladas, se debe advertir que no se trata de una medida ni preventiva, ni cautelar.

Opina el autor Mendoza (1960), que la confiscación recae sobre los siguientes bienes:

> La confiscación no se aplica a inmuebles, de modo que no podría secuestrarse la casa del condenado en donde cometió un homicidio, ni la que sirvió para ocultar a una persona secuestrada tampoco las cosas que no tengan valor alguno, ni las que provengan de hechos culposo y no intencionales, como el automóvil del conductor que ocasiona una muerte por imprudencia, a menos que sean de aquellas que el Estado tiene interés en retirar de la circulación, como las monedas o billetes

falsos recibidos de buena fe por algunos, aunque éste no tenga culpabilidad.

(…)

En el procedimiento de comiso pueden perseguirse las cosas que estén en poder del autor del delito, de sus cómplices, de los herederos o de los detentadores, tratándose de armas y monedas, billetes, piezas y documentos falsificados y demás efectos (art. 103). (p. 246).

En similar línea, advierte Arteaga (2006), que:

(…) el objeto de tal medida solo puede estar constituido por cosas muebles, que han sido utilizadas o han servido como instrumento para la perpetración del hecho delictivo y que forman parte del cuerpo del delito, y por todos aquellos efectos que provengan des u comisión, requiriéndose por demás que tales objetos sean propiedad del condenado o bienes de ilícito comercio o recibidos por razón del hecho punible, y no objetos pertenecientes a terceros, extraños al delito, sustraídos, estafados o de otra manera obtenidos de forma que sus dueños puedan ejercer las acciones legales pertinentes. A título de ejemplo, podrán ser confiscadas las sustancias adulteradas, las monedas o billetes falsificados, el *pretium sceleris*, o sea, la cantidad entregada para la comisión del delito, o el dinero y objetos dados en un hecho de corrupción de funcionarios públicos. (p. 416-417)

Ahora bien, con respecto al alcance de lo que debe entenderse por confiscación, Tamayo (2011) opina lo siguiente:

"(…) es el acto procesal en virtud del cual determinados objetos o bienes pasan a ser legitima y definitiva propiedad del Fisco Nacional o de cualquier otro ente del estado, cuyo acto se verifica generalmente una vez ejecutada la sentencia que impone la pena de comiso de dichos objetos o bienes, previamente decomisados, siendo necesario proceder a su ejecución para que la confiscación se produzca efectivamente.

Dicho de otra forma: la confiscación de bienes se verifica efectivamente con la ejecución de la pena de comiso, y, por tanto, mientras no se haya ejecutado esta pena, no podrá hablarse con precisión de bien confiscado, máxime aún si se toma que el comiso de objetos, no conlleva necesariamente a su confiscación, pues, en ciertos casos, los bienes comisados no pasan directamente a engrosar como tales el acervo patrimonial del Fisco Nacional, sino que pueden ser previamente vendidos, tal como ocurre, por ejemplo, en el supuesto del el último aparte del artículo 5 la Ley Penal del ambiente, que: "los objetos e instrumentos decomisados (comisados) se venderán, si son de ilícito

comercio, y su producto se aplicará a cubrir las responsabilidades civiles del penado" (p. 88-89).

En similar idea, Rionero y Bustillos (2004) quien aducen lo siguiente:

> Confiscar supone la acción de "privara uno de sus bienes y aplicarlos al fisco". Como pena en materia c criminal, la confiscación ha desaparecido en numerosas legislaciones; no obstante, la Constitución de 1999 rotundamente advierte: "…previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades con los delitos contra el patrimonio público y con el tráfico de estupefacientes". La propia letra constitucional –en criterio de quien suscribe- delata un sentido claro: se refiere a los objetos pasivos indirectos provenientes de la perpetración del hecho punible. Conforme a la terminología usada en apartados desarrollados supra, tales objetos fungen como provecho o efectos de la comisión del hecho criminal, verbigracia, el inmueble adquirido con ocasión del dinero obtenido en la venta de sustancias prohibidas. Por tanto, el mandato constitucional aludido únicamente es susceptible de ser impuesto respecto a los objetos pasivos indirectos –y no otros objetos- vinculados con la conducta consolidada. (p. 293-294).
>
> (…) la pena de comiso es una sanción accesoria, la cual podrá ser o no decretada, dependiendo del arbitrio del judicial. Por tanto la propia letra constitucional impone un mandato expreso: los bienes provenientes de los delitos contra el patrimonio público y el tráfico de drogas necesariamente suponen su confiscación, siempre y cuando exista una resolución judicial definitivamente firme de naturaleza condenatoria. La norma contenida en el Texto fundamental de modo alguno supone un exceso del constituyente; a lo sumo, supone una estrategia (política criminal) mucho más represivo respecto la comisión de tales delitos, pero nunca una disposición superflua o redundante conforme el actual contexto jurídico. En apartados ulteriores pretendemos diferenciar nítidamente las diferencias obvias entre la pena de comiso y la confiscación. Sin embargo, basten estas líneas para advertir que la ejecución de la pena de comiso supone necesariamente la confiscación de los bienes afectados. La confiscación de un objeto entiende su privación y consecuente destinación al fisco; precisamente es ese el propósito del comiso. (…) (p. 294)

Vistas las líneas anteriores, notamos que parte de la doctrina insiste en que el decomiso, el comiso y la confiscación son instituciones diferentes, no obstante, van de la mano, particularmente lo atinente al comiso y a la confiscación, siendo la primera necesariamente precedente (con sus respectivas excepciones de la ley

penal colateral) en aras a que posteriormente se acuerde la confiscación, en virtud que no pasan directamente al Estado, sino mediante o previo comiso.

Por último, vale advertir que el comiso que permite la confiscación, según Tamayo (2011), se ejecuta de tres formas básicas, a saber:

> a) Remate de los efectos del delito, siendo adjudicados al Estado, según lo señalado en el artículo 33 del Código Penal. Salvo lo expresado en leyes penales colaterales. b) Adjudicación directa, sin que sea necesario el remate, de los efectos del delito. Adjudicación sin remate en casos como el expresado en el artículo 3 de la Ley de la protección a la actividad ganadera y 183 de la Ley Orgánica de Drogas. c) Destinando las armas de fuego con las que se cometió el delito, al parque de Nacional, por disposición de los artículos 33 del Código Penal y 278, ejusdem. (p. 92)

Por último, aduce el referido autor, que la ejecución de la pena de comiso ha de realizarla el Tribunal de Ejecución, conforme al Código Orgánico Procesal Penal. (p. 92) aspecto con el cual se coincide y se sigue la idea del autor citado.

8.5.2.- Incautación

Con respecto a la incautación, se entiende que técnicamente la incautación es una desposesión a su tenedor de bienes u objetos relacionados con la comisión de un hecho punible, muy similar al decomiso, con dos diferencias básicas, 1) que en el caso de la incautación se trata de bienes u objetos de ilícito comercio y 2) por tratarse de bienes de ilícito comercio, los cuales se desposeen de manera definitiva, con la finalidad de ponerlos a disposición del proceso con fines probatorios y además, en aras de evitar su circulación o proceder a su destrucción, según sea el caso.

Ahora bien, con la incautación se presenta el mismo fenómeno que con el decomiso, que radica en que la legislación otorga su uso de manera indiscriminada, llevando a confusiones en relación a su terminología correcta, así, el principal instrumento que incentiva tal manejo erróneo, es el Código Orgánico Procesal Penal (2012), que dispone en el artículo 204, lo siguiente:

> **Incautación**
> **Artículo 204**. En el curso de la investigación de un hecho delictivo, el Ministerio Público, con autorización del Juez o Jueza de Control, podrá

> incautar la correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor o autora del hecho punible o dirigidos por él o ella, y que puedan guardar relación con los hechos investigados. De igual modo, podrá imponer la incautación de documentos, títulos, valores y cantidades de dinero, disponibles en cuentas bancarias o en cajas de seguridad de los bancos o en poder de terceros, cuando existan fundamentos razonables para deducir que ellos guardan relación con el hecho delictivo investigado. (…) **(Resaltado nuestro)**

Visto lo anterior, se evidencia que lo que realmente es un decomiso de correspondencia y otros documentos, se les otorga el tratamiento de incautación, no obstante, ya se advirtió que la incautación realmente es muy similar al decomiso, en el sentido que ambos procuran asegurar bienes u objetos con la finalidad que se prosiga con la investigación y se empleen los mismos como fuentes de prueba, con la diferencia que cuando se trata de bienes de ilícito comercio, los mismos no regresaran o se entregaran al propietario, tales como en los casos de arma sin debido porte, drogas, los cuales serán destruidos, inutilizados, o dispuestos por el Estado según la normativa vigente que regule su posesión o uso.

De igual manera, sostiene Tamayo (2011) que:

> El Decomiso no persigue un apoderamiento definitivo de los bienes sino temporal, en tanto que la incautación sí, pues lo incautado no está sujeto a devolución, ni siquiera en caso de absolución del imputado. Ambas son medidas de aseguramiento probatorio que generan consecuencias jurídicas diferentes. (p. 101).

8.5.3.- Recolección de Bienes

El Código Orgánico Procesal Penal (2012) dispone en el artículo 186, lo siguiente:

> **Inspección**
>
> **Artículo 186.** Mediante la inspección de la policía o del Ministerio Público, se comprueba el estado de los lugares, cosas, los rastros y efectos materiales que existan y sean de utilidad para la investigación del hecho, o la individualización de los partícipes en él.
>
> De ello se levantará informe que describirá detalladamente esos elementos y, cuando fuere posible, **se recogerán y conservarán los que sean útiles.** (…) (Resaltado nuestro)

Se verifica que expresamente el Código consagra la recolección de bienes, al expresar que, en las inspecciones, se recogerán y conservarán los elementos que sean útiles para la investigación, es decir, evidencias, por tanto, rigen todos los aspectos relativos a la normativa de la cadena de custodia, que rige desde su localización en el lugar relacionado con el suceso, hasta su disposición final.

La recolección de bienes es según Tamayo (2011):

> (…) cuya noción parte del artículo 202 (actual 186), referido a las inspecciones que puede realizar la policía o el Ministerio Público, con el fin de comprobar "el estado de los lugares, cosas, los rastros y efectos materiales que existan y que sean de utilidad para la investigación del hecho, o la individualización de los partícipes en él". (p. 104).

De igual manera, a pesar que algunos autores como Cabrera (1999) afirma que bien recogido no corresponde a ningún concepto jurídico. (p. 156. Tamayo (2011) considera que:

> La recolección de bienes es un término útil para hacer referencia a la ocupación de aquellos objetos que tienen poco o escaso valor económico o carecen del mismo (v. gr.., un lápiz, in cepillo de dientes, n cable, etc.); o no tienen dueño conocido o identificable (v. gr., una cuerda, una moneda, una hoja de papel manchada, una caja de cartón, etc.) o que forman parte del ambiente natural del sitio del suceso v. gr., un trozo de madera, una piedra, la rama de un árbol, etc.), pero que, sin embargo, pueden resultar útiles para investigación el hecho, e, inclusive, tener relevancia o significado probatorio. (p. 105).

Se coindice parcialmente con lo anterior, en virtud que no es la ausencia de dueño, o que se trate de bienes que forman parte del ambiente natural de un sitio de suceso, ni su escaso valor, lo que determinará si estos serán asegurados mediante la recolección e bienes, en virtud que pueden verificarse bienes que pueden ser decomisados, e igualmente ser de escaso valor, o no tener dueño, en tal sentido, lo que determinará su aseguramiento por la recolección, su carácter propio de una evidencia (termino para la jerga criminalística) o fuente de prueba (jerga jurídica) que es obtenida mediante la inspección técnica y requerirá el apoyo o auxilio de profesionales de las ciencias forenses, con el empleo de mediante

técnicas y/o procedimientos que permitan asegurar, colectar y preservar cualquier tipo de evidencia.

En tal sentido, puede coincidir este aspecto con lo aludido por Tamayo, en relación a que puede tratarse de bienes de escaso valor económico, sin embargo, tendrán un gran valor para la investigación, así como tratarse de aspectos naturales propios del sitio, o dejados por los presuntos autores o participes, en el sitio del suceso.

En cambio, con respecto al decomiso, estos bienes serán más genéricos en el sentido que puede tratarse de dinero, bienes producto del contrabando, cuchillos, armas, entre otros, que implican privar de posesión de bienes a determinada persona, aspecto que no se presenta en la recolección, en virtud que su naturaleza no es la de desposeer a persona alguna, sino colectar evidencias útiles para el esclarecimiento de la investigación.

En tal dirección se apunta Rionero y Bustillos (2004), al aducir que:

> Toda escena del crimen entiende un ambiente, un escenario susceptible de albergar piezas de convicción útiles en la fase investigativa del proceso. Corresponde a los órganos encargados de la investigación penal la práctica de diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de sus autores y partícipes, potestad que convalida la recolección de toda fuente de prueba que contribuya con el esclarecimiento de los hechos investigados. La recolección de bienes, como medida de aseguramiento probatorio, no supone la desposesión de bienes en detrimento de persona a alguna, a diferencia de lo que ocurre en el decomiso o la incautación, no es posible sostener, bajo un razonamiento lógico y racional, que los objetos recolectados en la escena del delito, dispersos y abandonados, o pertenecientes al mismo ambiente del hecho, o perteneciente a determinada persona. (p. 303)

Lo anterior se corresponde con lo indicado, en virtud que la naturaleza de la manifestación no es desposeer sino colectar evidencias, es decir, fuentes de prueba, a diferencia del decomiso o la incautación que se realiza en aras de desposeer bienes propiamente dicho.

8.5.4.- Clausura Asegurativa y otras formas de clausura

Con respecto a la Clausura Asegurativa, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989), establece en el artículo 168, la denominada clausura de locales, al siguiente tenor:

> 168. Clausura de locales. Cuando para la averiguación de un hecho punible grave fuere indispensable la clausura de un local o la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza o dimensiones no puedan ser mantenidas en depósito, se procederá a asegurarlas, según las reglas del secuestro.

Así, se verifica que la tendencia es permitir que, en aras de la averiguación de la presunta comisión de un hecho punible, se permita clausurar un local o la inmovilización de muebles que reposen en depósitos, en aras que se mantengan inalterables. De igual manera, para Tamayo (2011), la clausura asegurativa consiste en:

> El cerramiento y custodia del acceso al mueble (de gran tamaño) o el inmueble, para impedir el ingreso de personas a su interior. Tiene por finalidad, por una parte, evitar que se alteren las huellas o rastros que el delito hubieres dejado o que se destruyan o adulteren las pruebas de su comisión que allí puedan existir, asegurando el éxito de la práctica de registros, reconocimientos, inspecciones, etc.; y por la otra, capturar armas, instrumentos y objetos relacionados con el delito.
>
> De manera que la clausura asegurativa es una medida temporal destinada a garantizar la debida adquisición de fuentes de prueba para evitar su contaminación, mientras se realizan las diligencias de inspección, constatación y periciales necesarias para la investigación. (p. 106).

Por otra parte, Rionero y Bustillos (2004) apuntan que la clausura asegurativa no la contempla en modo expreso el Código Orgánico Procesal Penal (p. 303), sin embargo, consideramos que la misma se desprende de la actividad investigativa, como es el caso de las inspecciones, estatuida en el artículo 186 del Código Orgánico Procesal Penal, así como las normas referidas a la cadena de custodia consagradas en el artículo 187 y 188 ejusdem, el allanamiento, regulado en el artículo 196 y siguientes, entre otras instituciones, que implican que cuando se

materializan, las mismas procuran la obtención de elementos de convicción o fuentes de prueba, aspecto que obligatoriamente conlleva una clausura asegurativa temporal del bien, en aras que no se alteren los mismos, y asimismo se procure realizar las actuaciones propias de los procedimientos que acompañan la cadena de custodia.

En tal sentido, la clausura es temporal, únicamente durante la realización o materialización de cualquiera de las actividades investigativas amparadas por la legislación procesal, por lo cual no se posibilita realizar clausuras, fuera de las mismas, en virtud que se estaría ingresando a la esfera de derechos fundamentales, como es en este caso la propiedad. Al respecto, Tamayo (2011) y Bustillos (2004), han asomado la posibilidad que se maneje alternativamente la medida de secuestro, no obstante, por supuesto que sobre un mismo bien pueden materializarse ambas medidas (la probatoria de aseguramiento y la cautelar de secuestro), no obstante, el secuestro cautelar obedece a una finalidad distinta, la cual es el aseguramiento de la eventual responsabilidad civil, por ello, consideramos que debe atenderse a la naturaleza y fin de cada medida.

Igualmente, erróneamente, aducen Rionero y Bustillos (2004) que la ocupación penal, entendida como género dentro de las potestades cautelares atribuidas al Ministerio Público, admite una cuarta modalidad conocida como Clausura Asegurativa (p. 303). Debemos resaltar que de ninguna manera se trata de una potestad cautelar del Ministerio Público, en virtud que la potestad-deber cautelar, es exclusiva del orden jurisdiccional, lo que implica señalar que el Ministerio Público aun cuando participa como parte y como ente protagónico al solicitar las medidas, siendo estas las únicas que puede acordar el órgano jurisdiccional y únicamente a petición del Ministerio Público, ciertamente la potestad cautelar es exclusiva del orden jurisdiccional, tal como se ha indicado a través de este trabajo investigativo.

Así, cabe destacar que la finalidad de esta medida temporal y preventiva, tal como apunta Rionero y Bustillos (2004), la finalidad de la clausura asegurativa es la custodia de determinados bienes (muebles e inmuebles) tendente a evitar el acceso

corriente de personas al mismo. (p. 303). De igual manera, Tamayo (2011), expone que la finalidad de la clausura asegurativa consiste en:

> El cerramiento y custodia del acceso al mueble (de gran tamaño) o el inmueble, para impedir el ingreso de personas a su interior. Tiene por finalidad, por una parte, evitar que se alteren las huellas o rastros que el delito hubiere dejado o que se destruyan o adulteren las pruebas de su comisión que allí puedan existir, asegurando el éxito de la práctica de registros, reconocimientos, inspecciones, etc. Y por la otra, capturar armas, instrumentos y objetos relacionados con el delito. (p. 206)

Por último, cabe destacar que la legislación penal colateral ha incluido otras formas de clausuras, sin embargo, las ha regulado expresamente, tal como el artículo 179 de la Ley Orgánica de Drogas (2010), artículo 25 de la Ley sobre el Delito de Contrabando (2010), 6 de la Ley Penal del Ambiente (2012), y el 21 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012), que básicamente dan sustento expreso a lo indicado, a diferencia del caso del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que no entra a detallar lo indicado.

8.6.- Problemas relacionados con las medidas aseguративas reales

Vale destacar que estas medidas son las que presentan mayores problemas en relación a su construcción dogmática, así como en lo atinente a los aspectos normativos, en virtud que la doctrina mundial no es unánime al tratarlas, además, en el ámbito venezolano su desarrollo normativo es casi nulo, es decir, no presenta una regulación sistemática y profunda que permita delimitar su ámbito de aplicación; únicamente su materialización se desprende del postulado constitucional del numeral 3 del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), del numeral 12 del artículo 111 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), de los artículos 265, 266 *ejusdem* (aseguramiento de objetos por parte del Ministerio Público y de la Policía Científica), 293 y 294 *ejusdem* (que contempla el régimen de devolución de objetos) y 204 *ejusdem* (consagra la incautación, que realmente se trata de un aseguramiento que puede traducirse en decomiso), sin que pueda deducirse claramente el alcance del referido aseguramiento.

Dicho lo anterior, se denota la regulación dispersa e incompleta en el aludido Código adjetivo y, además, la legislación penal colateral contribuye con su desarrollo. En tal sentido, se debe ampliar y sistematizar la regulación, en aras que se establezca claramente la finalidad y alcance de las mismas y adicionalmente, por tratarse de medidas que inciden en la esfera de derechos individuales fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, en este manejo de medidas se denota una hipertrofia nominal acentuada, en virtud que existe un manejo de términos que confunden la pena de comiso o la confiscación, con el decomiso, así como la confusión entre la incautación y este último.

Ahora bien, más allá de los aspectos anteriores, surgen otras interrogantes, tales como la duración de las mismas (que por supuesto se entiende que están supeditadas a las respectivas fases del proceso) se establece de forma muy genérica que los objetos serán devueltos lo antes posible y una vez que no sean de utilidad para la investigación. Sin embargo, existe otra normativa relacionada con la exhibición de objetos en otras fases del proceso como la de juicio, en tal sentido, tales normativas evidencian una antinomia, ya que, si los objetos son devueltos, pierde vigencia la exhibición.

Igualmente, en virtud de la falta de delimitación o alcance de las medidas de aseguramiento reales (medidas de aseguramiento con fines probatorio), la doctrina generalmente ha argüido que se trata de un aseguramiento con la finalidad de materializar el derecho a prueba, es decir, asegurar fuentes de prueba, en tal sentido, sobre un mismo bien puede coincidir una medida de aseguramiento, con una medida cautelar real, sin que ello signifique que las mismas tienen la mismas finalidades, ya que estas últimas recaen exclusivamente sobre una eventual responsabilidad civil (que legislativamente incluye la restitución del bien).

Ahora bien, existe en el estudio de las formas de manifestación de las medidas de aseguramiento probatorio (decomiso, incautación, recolección de bienes o clausura), de las cuales, las dos primeras (decomiso e incautación), son totalmente similares, variando únicamente la calidad o condición del bien, si se trata de bienes de ilícito comercio o prohibida circulación, que por lógica no pueden ser devueltos

sino destruidos, a diferencia del decomiso, que si implica su devolución, por lo cual este último es temporal, a diferencia de la incautación que es de carácter permanente.

Por otra parte, la recolección de bienes, perfectamente puede coincidir con el decomiso, no obstante, parte de la doctrina ha insistido en indicar que se trata de bienes de escaso valor, sin embargo, consideramos que tal diferenciación no es suficiente, únicamente en atender el valor de un bien, en virtud que pueden recogerse bienes de alto valor que albergan piezas o elementos de convicción, tales como huellas, rastros o cualquier otra evidencia, por ello, tal construcción dogmática consideramos que puede incluirse en lo que sería el decomiso, más allá que en este trabajo expongamos otra denominación como propuesta teórica en aras de manejarnos de manera unísona con la legislación mundial.

Asimismo, en lo atinente a la clausura asegurativa, debemos advertir que tal clausura debe contar con un sustento legislativo, ya que no se puede incidir en derechos fundamentales tales como la propiedad y otros derechos reales, que implique su menoscabo, por ello, sólo se ingresara a esta esfera de derechos cuando encuentre sustento normativo (siempre que de igual manera esa norma cumpla o respete otros principios propios del Estado de Derecho) que justifique su aplicación.

Igualmente, se debe indicar que lógicamente se aplica una especie de clausura momentánea en relación a diversos bienes muebles, pero que es propia o derivada de una investigación, por ejemplo cuando se practica una inspección, un allanamiento, o se requiere obtener un elemento de convicción, implica que momentáneamente se asegure el bien, sin embargo, no puede permanecer clausurado un local o inmueble, sin que previamente exista una normativa que así lo permita, además, se ha pervertido la aplicación de algunas disposiciones que lo contemplan, por ejemplo: Ley Orgánica de Drogas (2010) que no pueden aplicarse al procedimiento ordinario o materia ordinaria, en virtud que el objeto y ámbito de la ley está delimitado a ciertos tipos penales en materia de drogas, sin que ello puede aplicarse extensivamente a otros, ya que toda la tutela preventiva al igual que la cautelar, rige el principio de interpretación y aplicación restrictiva de las mismas.

Otro caso palpable se ubica la Ley contra el Secuestro y la Extorsión (2009), en su artículo 23, que estatuye el aseguramiento de bienes muebles o inmuebles empleados o provenientes de la perpetración de los delitos tipificados en la referida ley, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su aseguramiento en la investigación penal, sin delimitar el alcance de tal aseguramiento, o cuál finalidad obedece.

Dicho lo anterior, se ratifica la necesidad de regular el tema de forma medular en el instrumento rector a nivel procesal, la cual es el Código Orgánico Procesal Penal (2012).

Por otra parte, en vista que la doctrina suele estudiar la pena de comiso y la institución de la confiscación, en la temática de las manifestaciones de las medidas de aseguramiento probatorio, es menester indicar que en la legislación venezolana no existe un régimen de medidas que justifiquen su aplicación para imponer la eventual pena de comiso, y en su defecto, la posterior confiscación.

Tal señalamiento obedece a que las medidas de aseguramiento con fines probatorios, persigue principalmente asegurar bienes u objetos, con la finalidad de asegurar las fuentes de prueba generadas con la presunta comisión del delito, sin menoscabo que al practicarse tales aseguramiento, en principio pueden coincidir con un fin de conservación de las mimas, con un fin preventivo para que no se siga cometiendo delitos mediante el empleo de determinados objetos o con el fin de sacar de circulación bienes o sustancias peligrosas, entre otros, así como un aseguramiento preventivo *prima facie* de objetos, que posteriormente pueden ser asegurados cautelarmente.

Por otra parte, las medidas cautelares reales recaen o se materializan exclusivamente para asegurar una eventual responsabilidad civil derivada del delito, siendo discutido la aplicación de las medidas innominadas, en virtud que estas últimas surgen para precaver un daño a cualquiera de las partes, no obstante, para ello en sede penal se generan las medidas preventivas de protección o de aseguramiento de personas, tal como se explicará más adelante.

Así tenemos que no se justifica la aplicación de las medidas antes mencionadas, con la finalidad de garantizar exclusivamente la imposición de una pena de comiso, en virtud que no contamos con un bagaje de medidas exclusivas para ello, siendo las preventivas de aseguramiento destinadas a asegurar fuentes de prueba, las cautelares personales destinadas a la imposición de una pena corporal y las cautelares reales destinadas a garantizar la responsabilidad civil derivada del delito, que no puede ser confundida con la aplicación de penas de carácter pecuniario. De esa manera surge la necesidad de ampliar las medidas cautelares reales a la finalidad de asegurar la imposición de penas de carácter pecuniario, teniendo presente que una de las tendencias modernas del derecho penal es el de imponer penas no necesariamente corporales sino pecuniarias, incluyendo las multas.

8.7.- Medidas de aseguramiento personal

8.7.1.- Sobre el Imputado

8.7.1.1.- Aprehensión en Flagrancia

Antes de hacer referencia a la aprehensión en flagrancia, es menester referirnos al derecho fundamental a la libertad personal el cual se encuentra regulado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que expresamente indica el artículo 44 que La libertad personal es inviolable; en consecuencia ninguna persona puede ser arrestada o detenida sin una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti.

En tal sentido, se verifica que constitucionalmente una persona puede ser aprehendida sino en virtud de una orden judicial o al ser sorprendida in fraganti. En el mismo orden se expresa Borrego (2002), que existen dos postulados constitucionales para aprehender a una persona, 1) el fenómeno vivaz del delito (flagrancia) y 2) el mandato de captura de carácter jurisdiccional, una vez verificados los extremos de ley incluida la motivación (p. 103).

> No existe otro planteamiento que, como en potras constitucionales como la italiana o la española, establecen mecanismos excepcionales justificados en la urgencia y el ineludible cumplimiento del acto de detención para preservar la presencia del imputado para la investigación. El problema radica en entender que bajo el signo de la nueva Constitución no hay lugar para “terceras vías” extrañas que impliquen afligir el derecho protegido. (p 103)

Según Cafferata (2012), en términos generales la flagrancia es concebida como:

> La flagrancia alude a la sorpresa en la perpetración el crimen. Se considera que hay flagrancia, según la interpretación autentica del legislador, cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito. (p. 382).

Ahora bien, la aprehensión en flagrancia es concebida según Vásquez (2016) como:

> De lo anterior puede deducirse que la aprensión por flagrancia es una medida de coerción personal limitativa de la libertad personal, que obligatoriamente debe adoptar la autoridad y que facultativamente puede ejecutar un particular, si sorprendieren a una persona en el momento de ejecutar un particular, si sorprendieran a una persona en el momento de ejecutar un delito instrumentos que fundadamente hagan presumir su participación en el hecho, a fin de ponerlo a disposición de la autoridad judicial que deberá pronunciarse acerca del mantenimiento, revocación o sustitución de la medida. (p. 61)

En igual sentido se pronuncia Febres (2000), quien la clasifica como una medida de coerción personal, que consiste en la aprehensión sin orden judicial. (p. 138). En virtud de lo anterior, la flagrancia es una medida de coerción personal que incide en la libertad personal, que según la concepción teórica asumida en este trabajo se traduce en una medida preventiva, que no debe ser considerada cautelar, en virtud que la flagrancia no puede ser tenida como una medida que persigue la futura ejecución de un facho, en todo caso persigue el aseguramiento de la persona presuntamente autora o participe de la ejecución de un delito, por ello puede ser

aprehendida con la finalidad de colocarla a disposición de la autoridad judicial, en aras a que sea esta quien se pronuncie acerca de la medida.

Como corolario, en palabras de Roxin (2000), existen diversos fines en la detención provisional, la detención en flagrante para asegurar la presencia y la identificación, así como para la realización del procedimiento acelerado y eventualmente asegurar la prisión preventiva. (p. 278).

Opina Rionero y Bustillos (2002) que:

> Cuando una persona es sorprendida bajo los supuestos de la flagrancia, obligatoriamente el funcionario público o facultativamente un particular, efectúan la detención del sorprendido sin necesidad de una orden judicial, pero con la única finalidad de conducirlo ante la autoridad correspondiente. (p. 169)

Por otra parte, es menester clarificar que en la flagrancia hay que distinguir dos situaciones, la flagrancia *per se*, como hecho vivaz o real, y la consecuencia de la aprehensión en virtud de tal situación.

Así, Vásquez (2016), distingue tales aspectos, al indicar que:

> Por tanto, la flagrancia y la aprehensión son dos situaciones distintas, toda vez que frente a un hecho flagrante puede no verificarse la aprehensión, tal es el caso en que el particular no haga uso de la facultad que la ley le reconoce. De allí que la flagrancia no sea más que la evidencia procesal de la perpetración de un hecho punible mientras que la aprehensión es una consecuencia de aquella que puede, por excepción, materializarse sin previa orden judicial. (p. 61)

En igual tenor Arteaga (2007) expone que por lo que respecta al concepto de delito flagrante (situación de hecho), cuya realidad hace posible la detención de sus autores o partícipes por parte de cualquier persona y sin mandato judicial (consecuencia). (p. 71). De igual manera, continúa arguyendo que:

> De acuerdo a esta descripción de flagrancia se imponen algunas precisiones y aclaratorias que pueden contribuir a determinar el concepto y sus implicaciones: La flagrancia del delito es una realidad o un hecho del cual surge como consecuencia la posibilidad o facultad para detener al sorprendido in fraganti.
>
> Al respecto cabe señalar que se confunde muchas veces el hecho de la flagrancia o de la comisión del hecho, la inmediatez de su percepción y

> la individualización el autor, con la detención de éste en esa circunstancia por la certeza del hecho y de su participación, lo cual debe ser diferenciada y negada la consecuencia, no siempre necesaria…
>
> La flagrancia o el delito flagrante no es una categoría de delitos o una nota que corresponda, por el hecho de su comisión, a ciertos delitos.
>
> En ese sentido debe señalarse que siendo así que todo delito tiene un momento en el que se comete o en el que es actual, esta nota carece de sentido o es intrascendente, si no se la relaciona con alguna persona que se vincule al hecho y a su autor en el momento de su comisión, definiéndose entonces la flagrancia, no tanto por la actualidad, sino por la visibilidad del delito. (p. 71-72)

Vistas las anteriores precisiones, el autor es claro en hacer referencia a la inmediatez, lo cual es una realidad, no cabe posibilidad de otra interpretación, es decir, debe existir adicionalmente, la individualización y atiende a un momento específico, no tanto por la actualidad sino por la visibilidad del mismo. Ahora bien, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) establece qué debe entenderse por flagrancia, tal como se verifica a continuación.

> 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 él o ella es el autor o autora. (…) **(Resaltado nuestro**

Del anterior artículo se desprenden varios supuestos en los cuales se configura la flagrancia, no obstante, antes de abordar los mismos, es menester hacer referencia a los requisitos que ha elaborado la doctrina para que se materialice la flagrancia, en cualquiera de sus supuestos, para luego analizar los tipos de flagrancia que operan en nuestra legislación, así como los constructos dogmáticos elaborados en torno a la misma.

8.7.1.2.- Requisitos

La autora Vásquez (2016) invoca dos extremos, 1.- Actualidad en la ejecución del hecho que motiva la aprehensión y 2.- Identificación o individualización. (p. 67)

Arteaga (2007), invoca ambos extremos señalados por la autora Magaly Vásquez, empero, incluye un tercer requisito, 3.- Carácter delictivo específico del hecho punible. (p. 76).

De igual manera, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en decisión Nº 076, de fecha 22 de febrero de 2002, expuso con respecto a los requisitos de la flagrancia, lo siguiente:

> (…)
> Entonces: **siendo que la naturaleza del delito flagrante presupone la notoriedad de los hechos y la indubitable identificación del imputado**, es a todas luces inútil y contrario al principio de celeridad del proceso penal el anular el fallo dictado por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida por la nulidad de esa prueba. (…) (Resaltado nuestro)

Por su parte, Rivera (2012), aduce que se exige:

> 1) el acto sea tipificado como delito; 2) se sorprenda al autor ejecutándolo o acabándolo de ejecutar; 3) que haya inmediación personal, esto es, que el aprehendido se encuentre en el lugar relacionado con el hecho o tenga en su poder evidencias materiales del mismo; 4) que el hecho merezca pena privativa de libertad; 5) necesidad de intervención inmediata. (p. 912)

Ahora bien, en aras de determinar el alcance de cada uno de los aludidos requisitos, se procede a explicar su alcance.

1.- Actualidad en la ejecución del hecho que motiva la aprehensión

De todos los requisitos de la flagrancia este se erige como uno de los medulares, incluso, el término flagrante está relacionado etimológicamente con “llameante o resplandeciente”, que significa en caliente, lo que se traduce que la flagrancia presupone que la misma se genera cuando se observa de manera actual.

Infiere Arteaga (2007), que además de la actualidad y certeza del hecho, se requiere la actualidad de la observación, que debe ser hecha de manera directa y,

a través de sus sentidos, por alguien, funcionario o particular, que ha tenido la oportunidad de presenciar el hecho y de adquirir certeza o evidencias de su comisión. (p. 73).

2.- Identificación o individualización

Para Vásquez (2016), radica en las circunstancias en que se comete el hecho que genera la aprehensión que permiten que se pueda establecer con certeza que fue la persona aprehendida y no otra quien perpetró el hecho. (p. 68)

En igual sintonía Arteaga (2007), opina que se requiere la individualización y certeza de la persona que lleva a cabo la conducta y que resulta, por ello, "sorprendida", no subjetivamente, sino objetivamente, esto es, "agarrada con las manos en la masa", cometiendo el hecho.

3.- Carácter delictivo específico del hecho punible

En relación a este apartado, ciertamente la aprehensión debe derivarse por la presunta comisión de un hecho punible, lo que excluye las faltas u otras contravenciones de carácter administrativo, civil, entre otras. En tal sentido, debe tratarse de un hecho que por sí solo determine que se trata de un presunto delito.

Al respecto, adiciona Arteaga (2007), que:

> (…) el hecho debe aparecer como evidente, imponiéndose a los sentidos de quien lo percibe, siendo por ello susceptible de ser percibido en forma manifiesta, lo cual lógicamente no puede dar ante un hecho punible o tipo penal cuya conducta deba ser determinada por elementos que requieran de una completa valoración que exija conocimientos o comprobaciones técnicas o valoraciones o criterios de especialistas (…) (p. 76)

8.7.1.3- Clasificación de la Flagrancia

Existe una división en la doctrina en relación a la clasificación de la flagrancia, indicando un sector que existe la *flagrancia* propiamente dicha, la *cuasiflagrancia* y la *flagrancia presunta*, no obstante, otro sector divide la flagrancia real, o propia, y la cuasi flagrancia, obviando o rechazando la existencia de la flagrancia presunta, en tal sentido, se procede a definir cada una de las modalidades de la aludida clasificación:

1.- Flagrancia real o *strictu* sensu

La flagrancia real, propia o *strictu sensu*, se encuentra consagrada en el primer supuesto indicado en el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) al siguiente tenor:

> Artículo 234. Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante **el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse**. (…) **(Resaltado nuestro)**

Al respecto, se entiende que la flagrancia real se caracteriza por la inmediatez o actualidad en la ejecución del hecho punible, con lo cual se habla de la flagrancia clásica o verdadera flagrancia. Esta flagrancia puede indicarse que materializa la máxima "con las manos en la masa", es decir, el sujeto está cometiendo el hecho, o acaba de cometerlo, entendiendo este último, de igual manera inmediata y flamante.

Arteaga (2007) expresa que el delito flagrante propio es aquel que se está ejecutando o cometiendo en el momento por una persona y alguien lo verifica y observa de manera inmediata. (p. 77)

Igualmente, Vásquez (2016), lo define como:

> El sujeto es aprehendido "en el momento mismo de cometer el hecho", situación que abarca no sólo el hecho consumado sino inclusive a los actos preparatorios en la medida en que estos sean punibles. En estos casos la aprehensión in fraganti podría interrumpir el proceso ejecutivo del delito conduciendo a que quede en fase de frustración. De la misma manera, si se trata de un delito continuado o permanente, debe entenderse que mientras se mantenga la continuidad o permanencia el sujeto está cometiendo el hecho y por tanto sería factible la aprehensión. (p. 68).

2.- Cuasiflagrancia

La cuasiflagrancia en principio ha sido un concepto creado por la doctrina, el cual ha ampliado la concepción clásica de la flagrancia, abarcando dos supuestos: verse el imputado perseguido por la autoridad policial o por particulares, o al sorprendérsele a poco de haberse cometido el hecho, en el lugar o cerca, con armas u objetos que hagan presumir que el autor o partícipe. Tales supuestos encuentran

cobijo en el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), de la siguiente manera:

> (…)
> 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 él o ella es el autor o autora. (Resaltado nuestro)

Según Vásquez (2016):

> El sujeto es perseguid por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o se le sorprende a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o ceca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. La aprehensión en este último caso exige que existan una serie de elementos objetivos que lleven al aprehensor al convencimiento de que la persona a quien retiene es autora o ha participado en la comisión de un hecho punible. (p. 68)

Asimismo, en el mismo orden Borjas (cit. por Vásquez (2016), expone que:

> Al estado de flagrante corresponden, no únicamente los momentos de la ejecución del hecho, sino los inmediatamente posteriores, y así se dice, que el delito es in fraganti cuando se comete actualmente o acaba de cometerse; y al estado de cuasi flagrante corresponden los momentos posteriores a la ejecución del delito en que el culpable se vea perseguido del agraviado, de los representantes de la autoridad o del clamor público, o en que sea sorprendido cerca del sitio en que lo cometió, con armas, instrumentos u objetos tales que hagan presumir con fundamento la culpabilidad de quien los tiene. (p. 69)

Se denota que la autora (Vásquez 2016, p. 69), agrupa los dos supuestos restantes de modalidades de flagrancia consagrados en el Código Orgánico Procesal Penal, como supuestos de cuasiflagrancia, de igual manera advierte, que no debe confundirse la sorpresa del aprehendido a poco de haberse cometido el hecho y en poder de armas, instrumentos u objetos que hagan “presumir” con fundamento de aluna manera que él o ella es el autor o autora, con la llamada

flagrancia presunta. La exigencia de una presunción fundada trata de evitar situaciones equivocas, por lo cual la apreciación debe ser objetiva.

En similar línea se anota Arteaga (2007), quien expone:

> En cuanto a la cuasiflagrancia, ésta se define, en una de sus modalidades, no con referencia al hecho que se está ejecutando o metiendo, sino al hecho que acaba de cometerse, expresión con la cual se alude a una etapa posterior al momento de la comisión o de la consumación del hecho punible, pero inmediato a éste. (p. 77-78)
>
> La otra modalidad de cuasiflagrancia o de flagrancia impropia se da cuando el sospechoso, como dice el COPP, se vea perseguido por la autoridad policial por la víctima o por el clamor público. En este caso, se trata, asimismo de la proximidad temporal entre el momento de la comisión del hecho y la captura del presunto autor o sospechoso, según el texto del dispositivo procesal determinada por la persecución. (78)

Se evidencia que se invoca la denominada flagrancia presunta, como una modalidad de la cuasiflagrancia, no obstante, algunos autores defienden la existencia autónoma como tercera categoría de la flagrancia presunta, entre los cuales se ubican Rionero y Bustillos (2002), al aducir que: La doctrina es pacífica al sostener que existen tres tipos fundamentales de flagrancia, a saber, la flagrancia real o estricta, la cuasi flagrancia y la presunción de flagrancia o flagrancia presunta. (p. 144).

Definiéndola al siguiente tenor:

> Es aquella que se verifica cuando la persona detenida es encontrada con objetos que de alguna u otra forma hacen presumir que fue el autor del delito que se acaba de cometer. Como ejemplo tenemos a la persona que observa el vidrio de su vehículo roto y que falta su equipo de sonido el cual le es encontrado a un sujeto a dos cuadras del lugar dentro de un bolso que a su vez contenía un martillo, un destornillador y un alicate. (p. 146)

En similar posición se destaca a Rivera (2012), quien sostiene que:

> En el citado artículo 234 existe lo que se denomina a cuasi flagrancia. No hay objeción con relación a la real (*in ipsa perpetratione facinoris*). El código hace extensión de la flagrancia a lo que se conoce en la doctrina como cuasi flagrancia (el sospechosos perseguido por la autoridad policial o por el clamor público) y lo denominado flagrancia presunta a posteriori cuando se sorprenda a poco de haberse cometido el hecho,

> en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. En nuestra legislación no tenemos la flagrancia presunta a priori; basarse en ello sería privación ilegítima de libertad. (p. 911).

Ahora bien, ya precisamos que autores como Vásquez (2016), rechazan la existencia de la misma y la ubican como una modalidad de cuasiflagrancia, al expresar (cit. a Borjas), que:

> Al estado de flagrante corresponden, no únicamente los momentos de la ejecución del hecho, sino los inmediatamente posteriores, y así se dice, que el delito es in fraganti cuando se comete actualmente o acaba de cometerse; y al estado de cuasiflagrante corresponden los momentos posteriores a la ejecución del delito en que el culpable se vea perseguido del agraviado, de los representantes de la autoridad o del clamor público, o en que sea sorprendido cerca del sitio en que lo cometió, con armas, instrumentos u objetos tales que hagan presumir con fundamento la culpabilidad de quien los tiene. (p. 69)

En similar sentido, Arteaga (2007), opina que:

> Además se plantea el supuesto de la denominada flagrancia presumida, cuando se sorprende a la persona, a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar en que se cometió, con armas instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. En este caso, ya no se da el elemento de la relación estricta de inmediatez entre la comisión del hecho y la captura del presunto autor, sino que se trata de la constatación de determinadas circunstancias que permiten inferir lógicamente y con serios elementos, que el sujeto que se aprehende es el autor, por haber transcurrido un breve lapso después de ocurrido el hecho, y por encontrarse el sujeto en el lugar del suceso o cerca de este, con armas, instrumentos u otros objetos que lo relacionen con el hecho cometido. Por lo tanto, en este caso, no se ha sorprendido al sujeto cometiendo el hecho o cuando acaba de cometerse, ni se le persigue inmediatamente, una vez realizado o consumado, sino que se presume su autoría o participación por las circunstancias de proximidad en el tiempo y lugar con la comisión del hecho y por las evidencias materiales en su poder que lo relacionan, naturalmente, con este. (p. 80)

Por ello, el autor (Arteaga 2007, p. 80) considera que en este supuesto no se trata de admitirla y hacer posible la detención de una persona por considerarla

sospechoso, sino por la presunción de autoría o participación, fundamentada en la evidencia de la proximidad en el tiempo y lugar con la comisión del hecho y en la evidencia de los objetos en su poder, a todo lo cual se infiera lógicamente su relación de autoría o participación en el hecho.

Así, es preferible la concepción de Vásquez y Arteaga que escinden entre la flagrancia propiamente dicha y la cuasiflagrancia, siendo que esta última abarca a la denominada flagrancia presunta.

8.7.1.4.- Aspectos procedimentales

8.7.1.4.1.- Aprehensión deber-facultad y responsabilidad del aprehensor

La aprehensión en la flagrancia se manifiesta en una dualidad, por una parte, se erige como un deber por parte de los funcionarios de los órganos policiales y por otra, para los particulares, como una facultad, no siendo imperiosa su materialización en este último caso.

Opina Rionero y Bustillos (2002) que:

> Cuando una persona es sorprendida bajo los supuestos de la flagrancia, obligatoriamente el funcionario público o facultativamente un particular, efectúan la detención del sorprendido sin necesidad de una orden judicial, pero con la única finalidad de conducirlo ante la autoridad correspondiente. (p. 169)

De igual manera, Vásquez (2016), que:

> La posibilidad que particulares puedan efectuar aprehensiones se funda en el deber de solidaridad social de estos para con el Estado, en su anhelo de mantener o restablecer el orden social, si no efectúan la detención no pueden ser objeto de represión penal alguna. (p. 77).

Ahora bien, en lo que respecta a los funcionarios, opina que:

> En el caso de la autoridad las funciones propias de su cargo y por tanto su posición de garante, les impone asumir los riesgos que puedan derivarse de la aprehensión de un ciudadano que está cometiendo o acaba de cometer un delito. (p. 77).

De igual manera, vale destacar que las autoridades pueden ser cualquiera, ya que expresamente el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), lo

señala, no obstante, se entiende que debe tratarse de aquellas que ejercen función pública policial, que incluya entre obligaciones tal deber. Asimismo, se resalta que la aprehensión debe tratarse de delitos tipificados con pena privativa de libertad, posteriormente corresponderá al juez competente determinar si se trata de un delito, si merece pena privativa y además y si se mantiene la medida privativa, mientras se desarrolla el proceso. Por otra parte, en todo caso, la aprehensión primigenia presupone la condición de imputado del sujeto individualizado.

Por último, en relación a la responsabilidad del funcionario o ciudadano aprehensor, señala Rionero y Bustillos (2002) que:

> En cuanto a la valoración del hecho y la manera de saber su merece o no pena privativa de libertad, no pueden ser exigidas al funcionario y menos aún al particular, éstos no están obligados a conocer el derecho. Tampoco se puede responsabilizar al aprehensor en todos los casos en que posteriormente se determine que el hecho no cubre los supuestos de la flagrancia. (p. 169).

A lo expresado anteriormente adicionamos que, tanto el funcionario como el ciudadano, que se extralimiten o en todo caso, practiquen aprehensiones temerarias, se debe tener presente que está en juego el bien jurídico penal libertad, el cual está tutelado constitucionalmente, siendo excepcional su relajación, cuando verdaderamente se trata de un delito en flagrancia, incluso, se tipifican tipos penales tanto para el ciudadano como para el funcionario en caso de materializarse una privación ilegítima de libertad, siendo esta ilegítima cuando no se presentan los presupuestos de la flagrancia, comprobación objetiva de una presunta materialización del delito.

8.7.1.4.2.- Actuaciones a realizar posterior a la aprehensión

Con respecto a las actuaciones posteriores a la aprehensión, dispone el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), dispone que posterior a la aprehensión, si se trata de la realizada por un ciudadano, éste debe poner a disposición de la autoridad más cercana al imputado, quien posteriormente lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas contadas a partir del momento de la aprehensión.

De igual manera, se regula lo relativo al tratamiento cuando se trata de diputados de la Asamblea Nacional o de Consejos Legislativos de los estados los cuales deben seguir las normas constitucionales relativas a la inmunidad.

Por otra parte, se establece la obligación del Estado de brindar protección al ciudadano que colabore con la aprehensión, ante lo cual se puede hacer uso de las denominadas medidas preventivas de protección.

Ahora bien, establece el artículo 253 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que el procedimiento a seguir en casos de flagrancia, es el procedimiento especial consagrado en el título II del Libro tercero, del aludido Código, el cual es el referido al procedimiento abreviado.

8.7.1.4.3.- Presentación el aprehendido

Según el artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), se ratifica lo señalado anteriormente con respecto a la aprehensión, indicándose que el imputado se pondrá a disposición del Ministerio Público, posteriormente, el Ministerio Público dispone de 36 horas para poner a disposición del juez competente (Juez de control) al aprehendido, en virtud de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que consagra un plazo máximo de 48 horas a partir de la detención para que sea presentado ante el Juez.

Posteriormente, el procedimiento es resumido por Arteaga (2007) de la siguiente manera:

> Presentado ante el Tribunal de Control, que tiene 48 horas para decidir sobre los pedimentos del Fiscal, una vez puesto el aprehendido a su disposición, éste expondrá como se produjo la aprehensión y la relación del detenido con el hecho ocurrido, hará referencia a los hechos y su calificación jurídica y, de acuerdo a las circunstancias y complejidad del caso y elementos de convicción, planteará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado. Asimismo, solicitará que el tribunal decrete una mediad de coerción personal, de privación de libertad u otra medida cautelar, sobre la base de los requisitos de la verificación de las exigencias legales que les sirven de fundamento y las exigencias del proceso. De la misma manera, solicitara la libertad del aprehendido, si no se cumplió con los requerimientos para proceder a la detención infraganti, sin perjuicio de las acciones a que hubiese ligar, acciones que podrían ser procedente ante detenciones arbitrarias de los cuerpos policiales en supuestos que no son de flagrancia o que, sencillamente,

> se concretarán en la prosecución de la investigación que puede concluir la presentación de una acusación , en la solicitud de sobreseimiento o en el archivo de las actuaciones. (p. 82-83)

Ahora bien, el Juez de Control debe decidir en relación a la petición fiscal, posterior a escuchar los alegatos del imputado, víctima, testigos de ala aprehensión y si fuese calificada la flagrancia, debe imponer al imputado de los derechos que le asisten, así como las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso.

8.7.1.4.4.- Determinación del Procedimiento aplicable

En relación a la determinación del procedimiento aplicable, es preciso indicar una antinomia existente en el Código Orgánico Procesal Penal (2012) relacionada con los artículos 235, que consagra que en los casos de flagrancia se aplicará el procedimiento especial previsto en el Título II del Libro Tercero, y el artículo 372 (artículo que marca el comienzo del procedimiento especial antes señalado) que indica que el Ministerio Público podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado, cuando se trate de delitos flagrantes, con lo cual ya no es imperativo “se aplicará”, sino alternativo “podrá”, el Ministerio Público proponer la aplicación del procedimiento abreviado, tal como lo disponen los artículos 235 y 372 ejusdem.

Al respecto, (Vásquez 2016, p. 81-82) realiza un resumen en el cual indica que en un principio, decisiones como la 266, de fecha 15 de febrero de 2007, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia indicaban que una vez calificada la situación de flagrancia, la consecuencia es que se debía continuar bajo las reglas del procedimiento abreviado, siendo ratificado en decisiones Nº 1054 de fecha 07 de mayo de 2003, y Nº 2228 de fecha 22 de septiembre de 2004, Nº 2134 de fecha 29 de julio de 2005, por la misma sala.

Posteriormente, (Vásquez 2016, p. 82) indica que en fallo Nº 2217 de fecha 07 de diciembre de 2007, la Sala Constitucional, en relación a una decisión de instancia que confirmaba la decisión de seguir la causa por el procedimiento abreviado, no obstante, el Ministerio Público no lo había solicitado, en tal sentido, declaró que si bien debe seguirse el procedimiento abreviado en los casos de flagrancia, excepcionalmente se puede aplicar el ordinario, cuando así lo solicite el

Ministerio Público y existan diligencias pendientes por practicar, lejos de implicar desmejora procesal, permite una investigación judicial, criterio que se colige con el término podrá, en el cual se puede proponer el procedimiento abreviado empero no es obligatorio.

Ahora bien, en caso que no se acuerde la flagrancia, el trámite consiste en el levantamiento de acta por parte del juez, y se siguen las reglas del procedimiento ordinario.

8.7.1.4.5.- Acto Conclusivo

Dispone el artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que si se solicita y se decreta la aplicación del procedimiento abreviado, se remiten las actuaciones al tribunal de juicio, convocándose una audiencia directa al juicio oral, a celebrarse dentro de los diez a quince días siguientes, en tal caso, hasta cinco días antes de la audiencia de juicio, el fiscal presentará acusación directamente ante el tribunal de juicio, manejándose en lo demás, las reglas del procedimiento ordinario.

Vale destacar que anteriormente el Código Orgánico Procesal Penal (2009) no indicaba expresamente que se trataba de cinco días antes, dicho lapso se creó mediante sentencia vinculante Nº 2075, de fecha 05 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fundamentándose entre otros aspectos, que se vulneraba el derecho a la defensa el hecho que se presentara la acusación en la oportunidad de celebración del juicio oral, no obstante, posteriormente fue incluido normativamente el referido lapso.

Por otra parte, existe discusión en relación a si el Ministerio Público, una vez decretada la aplicación del procedimiento abreviado, obligatoriamente debe presentar un acto conclusivo de acusación, o en su defecto, si puede presentar un acto conclusivo diferente (archivo fiscal o solicitud de sobreseimiento).

Al respecto, afirma Vásquez (2016) que:

> Ahora bien, no obstante que el COPP prevé que la acusación debe presentarse hasta cinco días antes de la audiencia de juicio, habría que preguntarse cuál sería el trámite a seguir si en lugar de la acusación estima el fiscal que procede hacer uso de un criterio de oportunidad o

> solicitar el sobreseimiento, pues resultaría contrario al carácter de parte de buena fe que ostenta el Ministerio Público que éste se vea forzado a presentar una acusación si de la investigación realizada aprecia que el hecho cometido encuadra dentro de algún supuesto de oportunidad o que resultó acreditada una causal de sobreseimiento. Estimamos que en este caso el fiscal a cargo puede solicitar autorización para prescindir del ejercicio de la acción; igualmente si las resultas de la investigación realizada resultan insuficientes para acusar, podrá decretar el archivo, el cual comportará las consecuencias previstas en el art´. 297, una de las cuales es la cesación de toda medida cautelar decretada contra el imputado o imputada; si el acto conclusivo presentado fuere una solicitud de sobreseimiento, corresponderá al Juez de Juicio pronunciarse en otro a su procedencia o improcedencia conforme al trámite previsto en el art. 305 del COPP.
>
> Si al término de la audiencia de presentación se ordena la continuación del trámite por el procedimiento ordinario, con ello se ahora la competencia del Juez de Control, caso contrario le correspondería intervenir durante el curso de la investigación si fuere requerida su autorización para la realización de algún acto de investigación o prueba (prueba anticipada) y celebrar la audiencia preliminar. (p. 75-76)

Visto lo anterior, se coincide con la autora Vásquez, quien es conteste en abordar lo atinente a la presentación de la acusación y los demás detalles posteriores a nivel procedimental.

8.7.1.4.6.- Fases del proceso y Flagrancia

Por tratarse de un procedimiento especial, la flagrancia implica que se apliquen de manera diferenciada las fases del proceso penal ordinaria, en tal sentido, se entiende que no hay propiamente una fase preparatoria y tampoco intermedia, siendo que la primera fase se orienta básicamente a la investigación, y en teoría, los casos de flagrancia se caracterizan porque los elementos de convicción y fuentes de prueba se encuentran en el hecho propiamente dicho, lo cual debe ser suficiente para sustentar una acusación.

Al respecto, aducen Rionero y Bustillos (2002) que:

> El hecho de sorprender a una persona en delito in fraganti es garantía de obtener, en ese mismo hecho, todas las pruebas necesarias para solicitar al juez de control la calificación de la flagrancia, pero eso no es así en todos los casos; …

> En razón de lo anterior, cuando un sujeto es detenido in fraganti el fiscal debe observar, entre otras cosas, los medios de prueba con los cuales cuenta para fundar su acusación; medios éstos que extraerá únicamente del acta de detención in fraganti y los que ordene hasta que presenta al imputado ante el juez de control. De no contar con suficientes elementos de convicción es porque los hechos no están claros y siendo una finalidad legítima del proceso establecer la verdad, deberá iniciar una investigación y por consiguiente, optar por el procedimiento ordinario, (p. 154)

Por otra parte, en lo que respecta a la fase intermedia, esta es inexistente, tal como lo expresa Vásquez (2016), quien aduce que debe tenerse presente la ausencia de fase intermedia en el procedimiento abreviado (p. 91)

En igual línea Rionero y Bustillos (2002), expresan que, en efecto, "La calificación de flagrancia emitida por el juez de control, equivale a la orden de abrir a juicio. Esa orden debe contener necesariamente la indicación del hecho objeto del proceso y la calificación jurídica del mismo. (p. 161-162).

Ahora bien, en relación a la Fase de Juicio, esta se maneja según las reglas del procedimiento ordinario, en virtud que el procedimiento especial de flagrancia de una u otra manera, establece normas únicamente hasta el inicio del juicio, tal como lo consagra el artículo 373 del Código Orgánico procesal Penal (2012), que establece que se deben seguir las reglas del procedimiento ordinario.

8.7.1.4.7.- Medios de Impugnación y Flagrancia (Inconstitucionalidad del efecto suspensivo del recurso de apelación fiscal)

Establece el artículo 374 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), lo siguiente:

> Recurso de Apelación
>
> Artículo 374. La decisión que acuerde la libertad del imputado es de ejecución inmediata, excepto, cuando se tratare delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, o cuando el delito merezca pena privativa de libertad que exceda de doce años en

> su límite máximo, y el Ministerio Público ejerciere el recurso de apelación oralmente en la audiencia, en cuyo caso se oirá a la defensa, debiendo el Juez o Jueza remitirlo dentro de las veinticuatro horas siguientes a la Corte de Apelaciones.
>
> En este caso, la corte de apelaciones considerará los alegatos de las partes y resolverá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes contadas a partir del recibo de las actuaciones.

Visto lo anterior, se debe destacar que el Código Orgánico Procesal Penal (2012), establece dos modalidades de efecto suspensivo del recurso de apelación contra el auto que acuerda la libertad del imputado, los cuales están regulados, el primero en el artículo anteriormente transcrito y la otra modalidad en el artículo 430 *ejusdem*.

Con respecto a la primera modalidad, que es la que nos ocupa, existiendo pequeñas diferencias entre amos que estriban básicamente en que el del artículo 374 impone un aspecto adicional relativo a delitos que en su límite máximo superen los doce años, manteniendo lo demás en igualdad de condiciones en relación al catálogo de delitos que validan su aplicación.

Ahora bien, la última reforma de 2012, fue la que consagró en tales términos la referida institución, la cual ha sido controvertida por parte de la doctrina que asoman su inconstitucionalidad, entre los cuales figuran Vásquez (2016), quien indica que:

> Si bien la reforma de 2012 limitó notablemente el efecto suspensivo del recurso de apelación que puede proponer el Ministerio Público contra la decisión que acuerda la libertad del imputado aprehendido in fraganti, se mantiene la inconstitucional de la figura lesiva al derecho a la libertad y al dispositivo contemplado en el artículo 44 Constitucional, según el cual una vez dictada orden de excarcelación por parte de la autoridad competente, aquella debe ejecutarse de inmediato sin consideración alguna al delito o la pena. En este sentido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nº 370 de fecha 4 de julio de 2007, declaró que “el efecto suspensivo que produce la interposición del recurso de apelación contra el auto que acuerda la libertad del imputado, no debe ser aplicado por mandato del artículo 44, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.
>
> Por lo tanto, “si el juez acordó la libertad de una persona aprehendida, no existe, en consecuencia, una orden de privación de libertad que sustente la privación material o corporal de esa persona, por lo que, mantener la

> privación por el efecto suspensivo de la apelación contra el auto que acuerda la libertad, sería colocar el derecho a la impugnación por encima del derecho fundamental a la libertad". (p. 87)

En tal sentido, a pesar del señalamiento de su inconstitucionalidad, tal institución se encuentra en vigencia. Finalmente, la aludida autora concluye indicando que:

> Aun cuando el citado fallo estaba referido a la anterior previsión del art. 374, el fundamento para sostener la inconstitucionalidad de dicho efecto suspensivo, está plenamente vigente (p. 89).

En virtud de lo sostenido, es evidente que es inconstitucional del denominado efecto suspensivo, incluso, se inscribe en la línea de la interpretación y aplicación restrictiva de aspectos relativos a afectar la libertad, como se denota en tal caso.

8.7.1.4.8.- La Flagrancia establecida en la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Tanto la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015) como la Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014) contemplan aspectos relativos a la flagrancia, que se aplican normas que inciden en la institución de la flagrancia.

Con respecto a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015), consagra el artículo 557, en relación a los adolescentes (Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes) que presuntamente comentan delito, serán conducidos de inmediato ante el Fiscal del Ministerio Público, quien dentro de las 24 horas siguientes lo presentará al juez de control.

Al respecto opina Vásquez (2016, pp. 81-82), que hay similitudes con el procedimiento de adultos, no obstante, se precisan diferencias en relación a que debe ser conducido dentro de 24 horas siguientes a su aprehensión ante el juez de control, una vez admitirá la acusación, antes de celebrarse el juicio, el juez debe instar a las partes a la solución mediante las fórmulas anticipadas, entre otras diferencias.

Por último, en lo atinente a la Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014), consagra el artículo 96, la aprehensión en flagrancia en los casos de violencia de género.

8.7.1.5.- Problemas identificados en relación a la flagrancia

Uno de los aspectos a considerar, es la regulación de la aprehensión en flagrancia en diversos instrumentos normativos, entre los que destacan el Código Orgánico Procesal Penal (2012), la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a un Vida Libre de Violencia (2014) y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015), notándose que todas presentan regulaciones distintas básicamente en lo atinente a lapsos y aspectos procedimentales, siendo lo relativo a los lapsos un aspecto alarmante, en virtud que teóricamente desde el punto de vista del derecho procesal, la aprehensión en flagrancia es una medida de coerción personal que incide en la libertad personal, que según la concepción teórica asumida en este trabajo se traduce en una medida preventiva, que no debe ser considerada cautelar, en virtud que la flagrancia no puede ser tenida como una medida que persigue la futura ejecución de un fallo, en todo caso persigue el aseguramiento de la persona presuntamente autora o participe de la ejecución de un delito, por ello puede ser aprehendida con la finalidad de colocarla a disposición de la autoridad judicial, en aras a que sea esta quien se pronuncie acerca de la medida.

Asimismo, tal como se apuntó *ut supra*, según palabras de Roxin (2000), existen diversos fines en la detención provisional, la detención en flagrante para asegurar la presencia y la identificación, así como para la realización del procedimiento acelerad y eventualmente asegurar la prisión preventiva. (p. 278).

Ahora bien, dicha medida atiende a una particularidad, la cual es el factor sorpresa en la perpetración del delito, en tal sentido, existe flagrancia, según interpretación de la doctrina mundial, cuando el hecho es sorprendido en el momento de cometerlo, inmediatamente después, mientras es perseguido, o aprehendido a poco con objetos que hagan presumir su autoría o participación en la comisión. Con lo cual, es inadmisible lo estipulado en el artículo 96 de la Ley

Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a un Vida Libre de Violencia (2014), que contempla lo siguiente:

> (…)
> Se entenderá que el hecho se acaba de cometer cuando la víctima u otra persona que haya tenido conocimiento del hecho, acuda dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del hecho punible al órgano receptor y exponga los hechos de violencia relacionados con esta Ley. En este supuesto, conocida la comisión del hecho punible el órgano receptor o la autoridad que tenga conocimiento, deberá dirigirse en un lapso que no debe exceder de las doce horas, hasta el lugar donde ocurrieron los hechos, recabará los elementos que acreditan su comisión y verificados los supuestos a que se refiere el presente artículo, procederá a la aprehensión del presunto agresor, quien será puesto a la disposición del Ministerio Público, según el párrafo anterior. (…)

Visto el párrafo anterior, se verifica la desnaturalización de la figura de flagrancia manejada universalmente, al estatuirse una consideración temporal de veinticuatro horas posteriores a la comisión del hecho para que se considere flagrante, aspecto que no debe ser compartido según la dogmática procesal, en virtud que ya al estatuirse lo comentado, se pierde la esencia de la flagrancia que alude al factor sorpresa, o casi inmediato de la misma.

De igual manera debe advertirse que ciertamente la víctima mujer, que puede ser considerada vulnerable, ciertamente debe ser objeto de protección, e incluso contar con normas especiales para garantizar su protección, sin que ello signifique que debe soslayarse otras figuras procesales que tienen una naturaleza específica, tales como la flagrancia, por ello, el manejo de la flagrancia debe ser unificado en un instrumento, en virtud que la misma obedece a un fin particular, sin menoscabo del establecimiento de normas especiales en casos particulares.

Por otra parte, un aspecto que de manera similar presenta una problemática, es el de la denominada flagrancia presunta, la cual doctrinariamente es definida por Arteaga (2007), como:

> Además, se plantea el supuesto de la denominada flagrancia presumida, cuando se sorprende a la persona, a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar en que se cometió, con armas instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. (p. 80).

En tal sentido, notamos que en esta modalidad de flagrancia se rompe con la línea de la inmediatez o sorpresa en el acto, no obstante, tal supuesto puede admitirse, siempre que existan suficientes elementos, que se traduzcan en la posibilidad de detención de una persona no por considerarla sospechoso, sino por la presunción de autoría o participación, fundamentada en la evidencia de la proximidad en el tiempo y lugar con la comisión del hecho y en la evidencia de los objetos en su poder, a todo lo cual se infiera lógicamente su relación de autoría o participación en el hecho. En tal sentido, no se trata de ampliar el margen de aplicación de la aprehensión en flagrancia, en cualquier caso, sino cuando efectivamente exista relación de proximidad en tiempo y lugar de la comisión del hecho.

Ahora bien, existe otra problemática con respecto al procedimiento a seguir posterior a la aprehensión, por ello, es preciso indicar una antinomia existente en el Código Orgánico Procesal Penal (2012) relacionada con los artículos 235, que consagra que en los casos de flagrancia se aplicará el procedimiento especial previsto en el Título II del Libro Tercero, y el artículo 372, que marca el comienzo del procedimiento especial antes señalado, el cual que indica que el Ministerio Público podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado, cuando se trate de delitos flagrantes, con lo cual ya no es imperativo “se aplicará”, sino alternativo “podrá”, el Ministerio Público proponer la aplicación del procedimiento abreviado.

Ante tal escenario, resulta imperioso destacar que debe tomarse en consideración que la existencia de un procedimiento especial no es azarosa o casual, sino que su consagración y regulación obedece a una finalidad, que, en este caso, es, según Roxin (2000): existen diversos fines en la detención provisional, la detención en flagrante para asegurar la presencia y la identificación, así como para la realización del procedimiento acelerado y eventualmente asegurar la prisión preventiva. (p. 278).

Tales fines deben tomarse en consideración, en virtud que la aprehensión en flagrancia contempla la aplicación de un procedimiento especial, que a pesar que fue reformando, estableciéndose su discrecionalidad, consideramos que no debe contemplarse un procedimiento especial si el mismo no va a ser aplicado, es decir,

al establecerse el carácter de opcional, en la *praxis* se estila obviarlo, en virtud que el mismo por ser de carácter acelerado, implica obviar la realización de actos y con lapsos más breves, lo cual se traduce en que se suele optar por la última opción que implica la aplicación del procedimiento ordinario.

Por otra parte, debemos realizar una crítica a otro aspecto relacionado el efecto suspensivo del recurso de apelación fiscal, contra la decisión que acuerde la libertad del imputado, tal como lo dispone el artículo 374 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), el cual establece un catálogo de excepciones y, además, dicho ejercicio es discrecional por parte del Fiscal del Ministerio Público. En tal sentido, se debe destacar que dicha normativa ha sido controvertida por parte de la doctrina que asoman su inconstitucionalidad, entre los cuales figuran Vásquez (2016), quien indica que:

> Si bien la reforma de 2012 limitó notablemente el efecto suspensivo del recurso de apelación que puede proponer el Ministerio Público contra la decisión que acuerda la libertad del imputado aprehendido in fraganti, se mantiene la inconstitucional de la figura lesiva al derecho a la libertad y al dispositivo contemplado en el artículo 44 Constitucional, según el cual una vez dictada orden de excarcelación por parte de la autoridad competente, aquella debe ejecutarse de inmediato sin consideración alguna al delito o la pena. En este sentido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nº 370 de fecha 4 de julio de 2007, declaró que "el efecto suspensivo que produce la interposición del recurso de apelación contra el auto que acuerda la libertad del imputado, no debe ser aplicado por mandato del artículo 44, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

Asimismo, indica la aludida autora que:

> Por lo tanto, "si el juez acordó la libertad de una persona aprehendida, no existe, en consecuencia, una orden de privación de libertad que sustente la privación material o corporal de esa persona, por lo que, mantener la privación por el efecto suspensivo de la apelación contra el auto que acuerda la libertad, sería colocar el derecho a la impugnación por encima del derecho fundamental a la libertad". Insiste la Sala en que el Juez de control "tiene la facultad y la capacidad de dictar la decisión que acuerde o niegue la libertad del justiciable, sustentado en las leyes, y la parte que se encuentre en desacuerdo con dicha decisión tiene el derecho a impugnar", sin embargo, tal derecho no puede conculcar el de la libertad personal, "ni mucho menos en razón de las supuestas

> finalidades del proceso", concluyéndose que "no existe razón para aplicar el efecto suspensivo del recurso de apelación ejercido contra el auto que acuerda la libertad del imputado, pues el Estado tiene la capacidad de aprehender nuevamente a una persona que haya sido previamente liberada". (p. 87)

En vista de lo plasmado, seguimos los postulados anteriores que pregonan la inconstitucionalidad de dicha figura, en contravención del espíritu y propósito de la disposición constitucional plasmada en el artículo 44, numerales 1 y 5, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que se traducen en el derecho a la libertad personal que una vez dictada orden de excarcelación por parte de la autoridad competente, aquella debe ejecutarse de inmediato sin consideración alguna al delito o la pena.

Por otra parte, actualmente se han generado casos que implican una involución con respecto a la aprehensión de altos funcionarios, particularmente de diputados, quienes constitucionalmente, según el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), gozan de inmunidad.

Del artículo anterior mencionado, se desprende claramente que la inmunidad opera para los presuntos delitos que comentan los diputados, de cuyo particular deberá conocer el Tribunal Supremo de Justicia, no obstante, en casos de flagrancia, la autoridad competente lo pondrá en custodio en su residencia comunicando inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, se conservan dos aspectos medulares, el primero referido a que la inmunidad opera para los diputados, quienes, para ser detenidos o juzgados, se requiere autorización de la Asamblea Nacional, y segundo, cuando se trate de flagrancia, se procederá a custodiarlos en su residencia comunicando al Tribunal Supremo de Justicia, no obstante, no se explanan los trámites posteriores, ya que el artículo 115 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) dispone que cuando uno de los aludidos funcionarios, fuere sorprendido en flagrancia, se le pondrá bajo custodia en su residencia y se comunicará inmediatamente al Fiscal General de la República, como a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y

esta última, decidirá sobre la libertad. Al respecto, no se determina el trámite aplicable posterior, por ello, apunta Vásquez (2016) que:

> En el caso de que un diputado o diputada incurra en delito flagrante, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia (art. 200 Const.). Siendo que la aprehensión en flagrancia es una de las excepciones a la inviolabilidad del derecho a la libertad personal consagrado en el art. 44 Constitucional, se permite la detención de un diputado o diputada que sea sorprendido en estas circunstancias, correspondiéndole a la a Sala Plena pronunciarse sobre el mantenimiento o no en ese estado. En este caso, ante la ausencia de disposición expresa que norme la materia, la decisión del Máximo Tribunal debe verificarse en el lapso previsto en el numeral del citado art. 44, es decir, en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas contadas a partir del momento de la detención.
>
> Si la Sala Plena calificare el hecho como flagrante se prescindirá del trámite del antejuicio de mérito, pues precisamente la sorpresa *in fragranti* evidenciará la existencia de méritos que justificarían el enjuiciamiento, previo allanamiento de la inmunidad parlamentario. (p. 163)

En tal sentido, con respecto al tema *in commento*, en decisión Nº 66, de fecha 16 de agosto de 2017, se decidió lo siguiente:

> **Decisión**: 1.Que, de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Público, se evidencia que existen suficientes elementos de convicción para determinar la responsabilidad del ciudadano GERMAN DARIO FERRER de haber incurrido de manera permanente (sic) en los delitos de (…) 2. **Que, en los casos de los delitos en flagrancia, no es procedente la institución del antejuicio de mérito**, de conformidad de lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución y 116 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. 3. Que, por tratarse de delitos comunes y de conformidad con la decisión Nº 1684 del 4 de noviembre de 2008, dictada por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, el enjuiciamiento del mencionado ciudadano deberá hacerse por ante los tribunales ordinarios competentes, según lo dispuesto en el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal. (…)
>
> 5. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia **declara procedente la detención del ciudadano Diputado GERMÁN DARÍO FERRER**. 6. Remítase copia certificada de las presentes actuaciones al Ministerio Público a los fines de que continúe la tramitación de la causa penal correspondiente.

Ante tal escenario, cabe destacar que más allá de discutir el tema del procedimiento posterior a la flagrancia de altos funcionarios, particularmente diputados, la Sala Plena calificó una flagrancia inexistente, en virtud que por la naturaleza de la flagrancia que se analizó en el presente trabajo doctoral, la misma no se materializa en el presente caso (no se explanan los elementos de actualidad e inmediatez, que implican el hecho llameante, es decir, que se está cometiendo, acaba de cometerse, o la aprehensión a poco de haberse cometido con elementos que impliquen su autoría o participación), con lo cual se erige como una burla a la normativa al respecto, en aras de obviar la respectiva autorización de la Asamblea Nacional para proceder a la detención y enjuiciamiento de un alto funcionario, por tanto, tal decisión no se corresponde con las disposiciones constitucionales y legales, las cuales disponen expresamente que para proceder a la detención y enjuiciamiento de un diputado en ejercicio de sus funciones, es menester la autorización de la Asamblea Nacional, por tanto, tal aprehensión que se pretende materializar no es en flagrancia.

8.7.2.- Sobre la víctima y otros sujetos procesales

8.7.2.1.- Mandato de Conducción (Fase preparatoria)

Otra de las medidas preventivas que operan en el proceso penal, es la relativa al aseguramiento de víctimas u otros sujetos procesales, es decir, el mandato de conducción cuyo aseguramiento va dirigido a la realización de los cometidos de la fase preparatoria, que se caracteriza principalmente por el desarrollo de la investigación. En tal sentido, tal conducción de víctimas, testigos o expertos, específicamente obedece a la finalidad de lograr ser entrevistados, con lo cual el único fundamento de tal mandato, es conducir, a la víctima, testigos o expertos, a fin que sean entrevistados por el Ministerio Público.

Dicho lo anterior, se debe destacar el carácter de medida preventiva, en virtud que la conducción no va dirigida a una ejecución de un fallo, tal como ocurre en las medidas cautelares, sino un aseguramiento preventivo en uno de los fines del proceso, que en este caso es la investigación penal.

Ahora bien, opina Vásquez (2009), que el mandato consiste en la conducción por la fuerza de los referidos ciudadanos y sean puestos ante el Ministerio Público, previa orden judicial, con la finalidad de ser entrevistados:

> El tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que cualquier ciudadano sea conducido por la fuerza pública en forma inmediata ante el funcionario del Ministerio Público que solicitó la conducción, con el debido respeto de sus derechos constitucionales, a fin de ser entrevistado por aquel sobre los hechos que se investigan. (p. 180)

Igualmente, la regulación del mandato de conducción se encuentra en el artículo 292 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que estatuye lo siguiente:

> Mandato de Conducción
>
> Artículo 292. El tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar que cualquier ciudadano o ciudadana sea conducido o conducida por la fuerza pública en forma inmediata ante el funcionario o funcionaria del Ministerio Público que solicitó la conducción, con el debido respeto de sus derechos constitucionales, a fin de ser entrevistado o entrevistada por aquel sobre los hechos que se investigan. Será llevado o llevada en forma inmediata ante el Ministerio Público para dar cumplimiento al objeto de su requerimiento, en un plazo que no excederá de ocho horas contadas a partir de la conducción por la fuerza pública.

No obstante, a pesar de tal consagración, es menester cotejar tal institución con lo señalado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en relación al derecho fundamental a la libertad individual y su respectiva privación, el cual está regulado principalmente en el artículo 44. Sobre la base del artículo anterior, se infiere que la Constitución expresamente prevé que una persona puede ser detenida únicamente en virtud de una orden judicial o a menos que sea sorprendida *in fraganti*. En tal sentido, debe advertirse que un sector de la doctrina ha asomado la inconstitucionalidad del mandato de conducción, alegando que tal orden judicial debe provenir o generarse en virtud de la comisión de un hecho punible, tal como es el caso de Pérez (2003), quien arguye en términos generales que solo la comisión de un delito o su sorpresa flagrante, permitirá la detención:

> (…) constitucionalmente sólo será legítima la orden judicial de detención o de arresto emanada de un órgano jurisdiccional contra un ciudadano a quien se le imputa un hecho punible y por ello un motivo o causa distinta que sirva de fundamento y presupuesto fáctico a la orden judicial, la hace legítima y violatoria en consecuencia del artículo 44.2 de la CRBV. (p. 18-19)

En igual línea se inscribe Borrego (2002):

> Se reconoce el derecho al a libertad como bien fundamental y capital del ciudadano como derecho esencial para su desenvolvimiento, pero también se destaca que ese derecho de libertad encuentra su demarcación frente a razones de proporcionalidad y necesidad allegadas por la preexistencia de un delito cuya pena tenga establecido el encarcelamiento. (p. 103)

Ciertamente la orden juncial se genera por la presunta comisión de un delito, pero esta vez la persona no es privada en virtud que presuntamente se considera que es autor o partícipe del mismo, sino en otra condición, en condición de víctima, testigo, experto u otro sujeto procesal que incluye a los intérpretes.

Ahora bien, uno de los principios que rige la materia de medidas privativas, es precisamente el de interpretación restrictiva, con lo cual se podría inferir que la privación de libertad debe interpretarse restrictivamente y en todo caso, operar únicamente por la presunta comisión flagrante de un delito o en su defecto, su presunta comisión con lo cual se genera una orden privativa por vía judicial.

Sin embargo, el referido artículo 44 constitucional no hace referencia o exige que la orden judicial debe provenir de la presunta comisión de un delito, por supuesto que lógicamente una orden proviene o se genera por la presunta comisión de un hecho punible, que no necesariamente debe tratarse del presunto autor o partícipe a quien se debe privar judicialmente, existiendo distintos escenarios que generan una privación de libertad que persigue otra finalidad distinta a la de la privación judicial preventiva de libertad.

En virtud de las consideraciones expuesta, dicha norma encuentra sustento constitucional en virtud que el artículo 44 analizado, plasma expresamente que debe tratarse de una orden judicial, sin especificar el motivo, por supuesto, que en virtud

de una simple orden no es suficiente para que opere la privación de libertad, esta debe presentar supuestos fácticos y jurídicos concretos que la deben respaldar, que en este caso es motivado a una investigación penal que requiere indagación sobre el conocimiento de la presunta comisión el hecho punible que pueden tener los aludidos sujetos procesales.

Además, no se concibe un proceso en el cual no existan ciertas coerciones que permitan conducir a la orden del Ministerio Público (titular de la acción penal) en aras que indague y direccione la investigación en virtud de lo que puedan aportar los referidos sujetos procesales, ya que los mismos son fuentes de prueba, coadyuvan con el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.

Uno de los principios que modernamente la doctrina ha venido empleando es el de la búsqueda de la verdad, con lo cual se puede fundamentar un mandato de conducción en aras de asegurar los cometidos del proceso penal.

Por otra parte, existen diversos autores que dan cabida al mandato de conducción como una medida de coerción, por ello, Tamayo (2011), incluye el mandato de conducción como una medida de coerción que opera sobre la víctima y terceros (p. 27).

Por su parte, Bello (2015), infiere que se trata de una conducción por la fuerza pública en los términos del anterior 292 del Código Orgánico Procesal Penal, sustentado en lo dispuesto en el artículo 238 del Código Penal, que castiga la incomparecencia de testigos por causas no justificadas. (p. 440). Coincidimos en parte con lo aducido por el autor, sin embargo, tal fundamento opera precisamente para la comparecencia coactiva de testigos que procede en juicio, en virtud que se trata de una verdadera declaración que si es castigada penalmente y no una entrevista con la finalidad de orientar la investigación.

Ahora bien, otro punto que representa divergencias en la doctrina es el referido a si el mandato de conducción opera contra el imputado, existiendo un sector que lo apoya y otro que lo niega. Entre los que afirman que procede, se ubica a Vásquez (2009), quien afirma que:

> Por cuanto esta institución que se incorporó a la reforma al COPP del año 2001 no distingue entre las personas que podrían ser objeto del mandato de conducción, consideramos que podría ser aplicada no sólo a los testigos sino incluso al imputado contumaz. (p. 180).

En igual sentido Borrego (2002), opina que el mandato de conducción como la autorización dada por el juez de control al Fiscal para que procesa a garantizar la presencia, no solo del imputado, sino de otras personas que guarden relación con los hechos inquiridos. (p. 121).

Dicho lo anterior, a pesar que los anteriores autores fundamentan que procede contra cualquier ciudadano incluyendo al imputado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 292 del Código Orgánico Procesal Penal que consagra la institución del mandato de conducción hace referencia al término "cualquier ciudadano", y el mismo pueda interpretarse que procede contra cualquier persona, ergo, debe colegirse tal disposición con el derecho constitucional que tiene el imputado a no declarar.

Por ello surge un fuerte sector de la doctrina entre los que figuran autores como Moreno (2003), quien niega la procedencia del mandato de conducción contra el imputado, en razón de los artículos 44.1 y 49 constitucional. (p. 429)

Asimismo, tales disposiciones posibilitan que el imputado tiene el derecho constitucional a declarar, estando eximido de declarar en causa propia, o bajo coacción, en tal sentido, le asiste el derecho de abstenerse a declarar, al respecto la doctrina extranjera, entre los que figuran Montero (1997) expone que:

> "Surge así el que pudiéramos calificar de derecho al silencio, que no es sino una manifestación de la presunción de inocencia... en las normas reguladoras del proceso penal no sólo no puede imponerse al acusado ante cualquier situación que pudiese asemejarse a ella, los juzgadores penales prefieren omitir su valoración y juzgar con fundamento en cualquier otro medio de convicción que encuentre refugio en el expediente obligación ni carga alguna relativa a la declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquél del ejercicio de su derecho al silencio..." (p. 156-157)

En el mismo sentido, Maier (2004) sostiene que:

> La ley rodea al acto de la declaración del imputado de un sinnúmero de garantías para evitar su utilización como medio de obtener la confesión, significado de origen histórico (inquisición) que determinó su nombre inicial (indagatoria): concede al imputado los derechos básicos de omitir toda declaración e impide toda forma de coacción o amenaza para torcer su voluntad o logar su confesión (incluso prohíbe el juramento o la promesa de decir verdad, los cargos o la reconvenciones); establece el deber del funcionario ante el cual se cumple el acto de informarlo convenientemente acerca de su derecho de abstenerse de declarar y sobre el hecho y los elementos de prueba que fundan la imputación, antes de su primera declaración sobre el hecho, para evitar toda sorpresa y posibilitar su defensa (p. 247-248)

Y Binder (1999), aduce lo siguiente:

> (…) A partir del momento en que una persona es imputada, es decir, cuando existe algún indicio acerca de que ella es una posible autora o partícipe de un hecho punible, ésta adquiere el derecho inalienable a defenderse de tal imputación.
>
> Ahora bien: una manifestación privilegiada de ese derecho a defenderse es el derecho a declarar, es decir, el derecho a introducir válidamente al proceso la información que el imputado considera adecuada. Por lo tanto, sólo si se considera la declaración como una de las manifestaciones del derecho del imputado a defenderse, se puede comprender que nadie puede ser obligado a declarar en su contra. (p. 181)

Sostenido los anteriores criterios, queda claro que el imputado no puede ser conducido mediante el referido mandato, sustentado en la finalidad que declare de manera obligatoria, tal como ocurre con los demás sujetos procesales, que en determinadas circunstancias si están obligados, en tal sentido, el mandato de conducción no representa un arresto o detención como tal, sino únicamente debe ser concebido como una comparecencia coactiva, previa orden judicial, mediante la fuerza pública, respetándosele la integridad de sus derechos fundamentales, limitada temporalmente (no excederá de ocho horas), con la finalidad que esa persona que acarrea información la exponga ante el Ministerio Público, lo cual no puede extenderse al imputado, sino a informante.

8.7.2.1.1.- Problemas identificados acerca del mandato de conducción

Debe destacarse con respecto al mandato de conducción que a pesar que un sector de la doctrina pregona su inconstitucionalidad, consideramos que la

institución es constitucional, siempre que se persiga el fin para la cual fue concebida, es decir, tal aseguramiento va dirigido a la realización de los cometidos de la fase preparatoria, que se caracteriza principalmente por el desarrollo de la investigación. En tal sentido, tal conducción de víctimas, testigos o expertos, específicamente obedece a la finalidad de lograr ser entrevistados, con lo cual el único fundamento de tal mandato, es conducir, a la víctima, testigos o expertos, a fin que sean entrevistados por el Ministerio Público, de lo contrario, no podrían lograr los cometidos de la investigación.

Ahora bien, el punto polémico o más resaltante de esta institución, radica en que el mismo no procede contra imputados, en virtud que el imputado no puede ser conducido mediante el referido mandato, con la finalidad que declare de manera obligatoria, tal como ocurre con los demás sujetos procesales, que en determinadas circunstancias si lo están, en tal sentido, el mandato de conducción no representa un arresto o detención como tal, sino únicamente debe ser concebido como una comparecencia, previa orden judicial, mediante la fuerza pública, respetándosele la integridad de sus derechos fundamentales, limitada temporalmente (no excederá de ocho horas), con la finalidad que esa persona que acarrea información la exponga ante el Ministerio Público, lo cual no puede extenderse al imputado, sino a informante.

8.7.2.2.- Comparecencia coactiva de expertos y testigos

En similar sintonía del mandato de conducción se inscribe la comparecencia coactiva de testigos y expertos, no obstante, dicha comparecencia opera en fase de juicio, y acarrea otras consecuencias tales como la tipificación penal de la incomparecencia, en tal sentido, la regulación de la aludida institución se encuentra en el artículo 340 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que dispone:

> Incomparecencia
> Artículo 340. Cuando el experto o experta, o testigo oportunamente citado o citada no haya comparecido, el Juez o Jueza ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública, y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. (…)

En tal sentido, la comparecencia coactiva de testigos o expertos, radica en la conducción por medio de la fuerza pública, previa orden judicial, con la finalidad que declare en juicio sobre lo que sabe, en su condición de testigo o experto.

Vale destacar que dicha incomparecencia está tipificada en el artículo 238 del Código Penal (2005). En vista de los aspectos señalados, esta institución se trata de una medida preventiva, cuya finalidad gira en torno al derecho a la prueba judicial, en virtud que es necesaria la comparecencia de diversas personas que poseen información que debe ser expuesta.

8.7.2.2.1.- Problemas identificados en relación la comparecencia coactiva de testigos o expertos

La comparecencia coactiva de testigos o expertos, radica en la conducción por medio de la fuerza pública, previa orden judicial, con la finalidad que declare en juicio sobre lo que sabe, en su condición de testigo o experto.

En tal sentido, con respecto a la incomparecencia de los aludidos sujetos, dispone el primer aparte del artículo 340 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), lo siguiente:

> Artículo 340
> (…)
> Se podrá suspender el juicio por esta causa una sola vez conforme a lo previsto para las suspensiones, y si él o la testigo no concurre al segundo llamado o no pudo ser localizado o localizada para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiéndose de esa prueba.

Se evidencia que se establecen dos llamados para localizar al testigo para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiéndose de esa prueba, aspecto que consideramos que puede traducirse fácilmente en una burla a la conducción coactiva, es decir, deben establecerse mayores mecanismos que impliquen la comparecencia obligatoria, tales como incrementar la cantidad de llamados, e incluso, extenderse su lapso de recepción, en aras de no prescindirse se la aludida prueba.

8.7.3.- Disposiciones inconstitucionales referidas a las medidas preventivas de aseguramiento de personas

Vale destacar que se derogaron dos disposiciones inconstitucionales referidas a las medidas preventivas de aseguramiento de personas que se manifestaban en tres formas básicas: a) aprehensión por parte del Ministerio Público; b) aprehensión preventiva por parte del Ejecutivo y los c) arrestos administrativos de los órganos de policía.

La aprehensión por parte del Ministerio Público se encontraba consagrada en el artículo 309 del Código Orgánico Procesal Penal de 2001, que establecía como facultad del Ministerio Público de ordenar la aprehensión de personas que perturbaran el cumplimiento de determinados actos, lo cual no excedería de 06 horas. Tal derogatoria de la comentada norma inconstitucional, ratifica nuestra construcción teórica con respecto al manejo de las medidas, en la cual se ha destacado que el Ministerio Público no tiene poder o potestad cautelar (a pesar que es indispensable para su materialización en virtud que únicamente pueden acordarse cautelas en materia penal a solicitud del Ministerio Público).

Con respecto a la potestad de ordenar la aprehensión por parte del Poder Ejecutivo en los procedimientos de extradición, tal como contemplaba el artículo 396 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2000, la cual fue derogada, ratificando lo sostenido en esta tesis, que enarbola la concepción que el Poder Ejecutivo no tiene poder Cautelar, mucho menos en materia penal, en el cual para que una persona sea aprehendida, es menester cumplir los extremos constitucionales para su privación de libertad, así esta sea de naturaleza preventiva.

Por último, las detenciones o arrestos administrativos han sido declarados inconstitucionales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en tal sentido, las autoridades administrativas no están facultadas para aplicar arrestos, pues dicha atribución exige la intervención judicial, tal como lo dispuso la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Nº 191, de fecha 08/04/2010.

8.8.- Medidas de Protección

8.8.1.- Derecho Penal Colateral

El derecho penal venezolano se ha caracterizado por la gran cantidad de leyes con incidencia tanto en el derecho penal material (tipificación de delitos o faltas) como en el procesal (aspectos procedimentales que incluyen medidas), llegando casi al centenar de instrumentos, aspecto que colide con lo dispuesto en el artículo 202 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone la sistematización de las normas sobre una materia.

En tal sentido, actualmente hablamos de una gran cantidad de leyes que regulan temáticas penales que no encuentran cobijo en un instrumento único, sino de manera dispersa, que en su mayoría están desvinculadas con el derecho penal o procesal penal, tal crecimiento desordenado ha generado lo que la doctrina denomina derecho penal colateral (Bello, C,1998) o derecho penal de delitos innominados (Chiossone, 1977), lo cual más allá de dificultar la operatividad del sistema de justicia, afecta al ciudadano, en virtud que incluso se trastoca el principio de legalidad que es piedra angular del Estado de Derecho, en el sentido que se incrementa la inseguridad e incertidumbre en la aplicación de las instituciones penales.

Dicho lo anterior, es menester que las normas relativas a una materia encuentren cobijo en un código que reúna sistemáticamente su regulación, sin embargo, al precisarse que tal premisa no se cumple en el derecho penal venezolano, al encontrarse el fenómeno de la descodificación penal que se traduce en que la mayoría de las instituciones se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico, ello nos obliga a pasearnos por distintas leyes en aras de sistematizar la tutela preventiva en su derivado de protección, aspecto que se analizará a continuación.

8.8.2.- Medidas preventivas de protección

Constitucionalmente, toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado, ante cualquier situación que constituya amenaza o riesgo para su

integridad psíquica o física, siendo extensible a sus bienes, familiares, e incluso a sus derechos.

En tal sentido, el artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) ha regulado en términos generales tal aspecto, al plasmar lo siguiente:

> Artículo 55. **Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado**, a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, **frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.** (…) (Resaltado nuestro)

Por tal razón, el constituyente expresamente reconoce el derecho a la protección por parte del Estado a toda persona, lo que incluye la protección en el marco de los procesos. Igualmente, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) se inscribe en la misma línea, al estatuir el respeto de su dignidad humana a toda persona en el proceso penal y garantizarse su protección de los derechos que de ella derivan.

Ahora bien, la referida protección de las personas que intervienen de uno u otro modo en el proceso penal, atiende o se escinde según la naturaleza de los sujetos u objetos de protección, entre los cuales ubicamos principalmente, a) protección de víctimas y testigos, b) protección de la mujer, c) protección de niños, niñas y adolescentes, d) protección del ambiente, e) protección de víctimas o familiares en casos de secuestro o extorsión, entre otras.

En tal sentido, se plasma la legislación de los referidos sujetos u objetos de protección, así como el bagaje de medidas que operan en relación a cada uno de los mismos.

8.8.2.1.- Protección de Víctimas y Testigos

En relación a la protección de víctimas y testigos, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) reconoce como un principio o valor informador velar por su integridad. Así tenemos que los artículos 23, 120 y 122, disponen la obligación de protección de las víctimas, indicándose que es uno de los objetivos del proceso penal.

Como corolario, posterior a la entrada en vigencia de la primera versión del Código Orgánico Procesal Penal, que se remonta al año 1998, con su respectiva *vacatio*, se generó un instrumento especial que contempla las medidas de protección de víctimas, ampliando su ámbito de aplicación a víctimas, testigos y demás sujetos procesales, denominada, Ley de protección de víctimas, testigos y demás sujetos procesales (2006), la cual consagra las una gran cantidad de medidas de protección, extraproceso e intraproceso.

Entre las medidas figuran, artículo 21, medidas extraproceso (custodia personal o residencial, alojamiento temporal, cambio de residencia, suministro de medios económicos, asistencia para reinserción laboral, cambio de identidad, orden al víctimario de acercarse, o entrega de armas, así como cualquier otra medida para garantizar la protección de la víctima), artículo 22 (medida de desalojo), artículo 23, medidas intraproceso (preservar la identidad de la víctima, evitar su identificación, otro domicilio para citaciones y notificaciones), artículo 24 (protección policial), artículo 25 (otras medidas para evitar identificación de la víctima), artículo 26 (traslado de víctimas, testigos y demás sujetos procesales) y el artículo 27 (videoconferencias o sistemas de grabación para proteger a las víctimas).

Ahora bien, explanadas la clasificación de medidas de protección que contempla la ley *in commento*, la aludida ley regula los procedimentales y sustantivos que circundan las aludidas medidas, en el artículo 17.

Entre otros aspectos, se hace referencia al carácter provisional en el artículo 19 *ejusdem*, y en el artículo 18 *ejusdem* se insta a respetar los principios de celeridad, inmediación, concentración, economía procesal y oralidad. Igualmente, el artículo 28 *ejusdem* se refiere al mantenimiento de las medidas y, por último, los aspectos procedimentales se encuentran consagrados del artículo 29 al 43 *ejusdem*.

8.8.2.2- Defensa de la Mujer (Violencia de Género)

Constitucionalmente se consagró expresamente el derecho a la igualdad, no en los términos que lo contemplaba la Constitución de 1961, que establecía una igualdad en el sentido político, no obstante, la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela (1999) consagró la igualdad de todas las personas ante la ley. Incluyendo la adopción de medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables,

Se denota que se plasmó una regulación amplia del derecho a la igualdad, detallándose que debe tratarse de una igualdad real y efectiva, sobre las apariencias y además, incluye en tales planos de igualdad, la protección de grupos de personas que puedan ser vulnerables, los cuales deben ser protegidos, grupo en el cual se insertan las mujeres víctimas de violencia de género.

Ahora bien, es preciso advertir que históricamente, las mujeres han sido uno de los grupos más desprotegidos socialmente al ser consideradas vulnerables, tal como lo establece la Declaración y Plataforma de acción de Beijing (1995), que exige taxativamente que se adopten medidas para las mujeres por tratarse de un grupo vulnerable, por ello, los Estados se han visto en la necesidad de incorporar dentro de sus ordenamientos jurídicos, normas que propenden a la erradicación de la violencia que ellas sufren, así como a través de la celebración y suscripción de tratados internacionales, tales como la Convención de Belém Do Pará (1995), que se erigió como el punto de partida a nivel internacional en la protección integral de la mujer.

En ese contexto, la legislación venezolana ha ido evolucionando, contando en primer término con la Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia (1998), siendo reformada en el año 2007, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007), instrumento que amplió mucho más el catálogo de medidas existentes en 1998, e incluyendo las denominadas medidas de protección.

Posteriormente, en el año 2014 fue reformada nuevamente dicha Ley, siguiendo la misma denominado de Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014), la cual en esencia mantuvo el régimen de protección preventivo existente en la Ley de 2007, contemplando el siguiente catálogo de medidas de protección, que se inscriben la tutela preventiva.

El artículo 9 de la ley estudiada, contempla y engloba en una definición a las medidas de seguridad, protección y cautelares, indicando que las impone la autoridad competente, para salvaguardar la vida, proteger la integridad física, emocional, psicológica y los bines patrimoniales de las mujeres víctimas de violencia. Luego, en el artículo 87 *ejusdem*, contempla las denominadas medidas de protección y seguridad, que preferimos denominar de protección, siendo acordadas de manera inmediata por parte de cualquier órgano receptor (policías, jefaturas, Ministerio Público, entre otros), que consisten en: referir a centros especiales, tramitar el ingreso a casa de abrigo, ordenar la salida del presunto agresor del domicilio, reintegrar al domicilio a las mujeres víctimas, prohibir el acercamiento del presunto agresor, o que realice actos de persecución, apostamiento policial en la residencia, retener armas, suspensión de porte de armas, imponer al presunto agresor la obligación se suministrar sustento a la mujer, suspensión del régimen de visitas y cualquier otra medida de protección en beneficio de la mujer o demás integrantes de la familia.

En relación a las anteriores medidas, el foro jurídico suele realizar duras críticas a las mismas, particularmente la referida ordenar la salida del presunto agresor de la residencia común, independientemente de su titularidad, aspecto que consideramos que puede debe ser analizado en cada caso concreto, ya que se puede desnaturalizar su aplicación y por ende, al ser citado como justificación de la protección de la mujer, se traduzca en la violación de derechos fundamentales del denominado presunto agresor.

Por otra parte, se contempla en el artículo 88 *ejusdem*, la subsistencia de las medidas de protección y de seguridad, pudiendo ser sustituidas, modificadas, confirmadas o revocadas por el órgano jurisdiccional competente, de oficio o a solicitud de parte. Igualmente, el artículo 89 *ejusdem*, consagra la preferencia de aplicación de medidas de protección, seguridad y cautelares, ante las establecidas en otras disposiciones legales, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar las medidas cautelares sustitutivas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal (2012).

Este último artículo representa una norma inédita en la legislación, en virtud que no se entiende la finalidad de establecer gradaciones en relación a las medidas, si se entiende que cada medida tiene su finalidad atendiendo a la especialidad.

Por otra parte, se contemplan disposiciones procedimentales, tales como el trámite en caso de necesidad y urgencia contemplado en el artículo 93 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014), que incluye el arresto, destacándose que siempre será fundado y el articulo 94 *ejusdem*, relativo a las disposiciones comunes sobre las aludidas medidas, mereciendo ser comentado el parágrafo único, que erróneamente hace referencia a que en caso que no se cuente con el resultado del examen médico correspondiente, se podrá subsanar con cualquier otro "medio probatorio", término que consideramos descontextualizado en virtud que en materia de medidas, *prima facie* no se hace referencia a medios probatorios, sino a elementos.

8.8.2.3.- Protección de Niños y Adolescentes

La Constitución de 1999, cónsona con la gran cantidad de instrumentos internacionales que rigen en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), reconoció constitucionalmente la protección de niños, niñas y adolescentes, como sujetos plenos de derecho, estableciendo la obligación del Estado de protegerlos mediante aspectos legislativos, administrativos y judiciales, destacándose el predominio de su interés superior, así, el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), por lo cual estarán protegidos por la legislación y órganos especializados.

Ahora bien, en armonía con la anterior disposición constitucional, Venezuela materializó un instrumento normativo que marcó un antes y un después en la legislación que regula lo atinente a los niños, niñas y adolescentes, en tal sentido, surgió la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes (1998), siendo reformada en el año 2007, denominándose Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y luego en el año 2015, bajo la misma denominación.

La referida Ley contempló en su artículo 4 que es una obligación del Estado, tomar las medidas de cualquier índole, administrativas, judiciales o legislativas, para asegurar el disfrute pleno y efectivo de las garantías y derechos de los niños y adolescentes.

Ahora bien, con respecto al tema de las medidas de protección, su regulación no ha variado desde la publicación de la Ley de 1998, quedando en la actualidad recogida en los artículos 125 y 126, destinadas a prevenir ante amenazas, la protección, estatuyéndose un catálogo de medidas, incluyendo un numerus apertus, que permite aplicar cualquier medida.

Luego, los artículos 127 y 128 *ejusdem*, regulan el abrigo y la colocación familiar, respectivamente. Posteriormente, se indica que el órgano competente para dictarlas, en sede administrativa, es el Consejo de Protección de Niños, Niñas y adolescentes, salvo en el caso de los literales i) y j), que son impuestas por el Juez competente.

Posteriormente, los artículos 130, 131 y 132 *ejusdem*, contemplan aspectos procedimentales de las medidas, tales como la aplicación, los principios, su modificación y revisión, así como los aspectos administrativos de las entidades de atención.

Se observa de lo anterior que, a pesar que se esté tramitando una causa en sede penal, en la cual un niño sea víctima o afectado indirectamente, se pueden aplicar medidas de protección que impliquen su protección integral con prioridad absoluta, incluso, dispone el artículo 532 *ejusdem*, que cuando un niño o adolescente menor de 14 años se encuentre incurso en un hecho punible, sólo se aplicarán medidas de protección en razón de su inimputabilidad.

8.8.2.4.- Protección Ambiental

Los derechos ambientales se inscriben en la denominada tercera generación de derechos humanos, también conocidos como derechos de la solidaridad, los cuales están reconocidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), expresamente en el artículo 127, es un derecho y deber de cada generación proteger el ambiente, incluyendo la obligación del Estado.

Igualmente, es importante destacar que, según Blanco-Uribe (1998), el derecho ambiental, a diferencia de las ramas tradicionales del ordenamiento jurídico, interno e internacional, tiene un carácter eminentemente preventivo y no represivo, o meramente restablecedor, de conductas contrarias al orden jurídico. (p. 7).

En tal sentido, tales postulados constitucionales preventivos son recogidos en la Ley Penal del Ambiente (2012), la cual se caracteriza por penalizar o consagrar los denominados tipos de peligro, es decir, aquellos que ponen el peligro bienes jurídicos, sin que necesariamente ello implique una verdadera lesión. Así, Mila (2014), los define como aquellos que colocan en riesgo el bien jurídico, sufre, sin embargo, no llega a precisarse un menoscabo. (p. 288).

Ahora bien, la Ley Penal del Ambiente (2012) contempla un catálogo de medidas que denomina precautelativas, que en realidad se trata de medidas preventivas de protección, ciertamente en materia ambiental se ha estilado emplear la referida terminología, no obstante, de la misma finalidad plasmada en el artículo 8 de la ley en referencia, se desprende que su finalidad no está dada al aseguramiento del fallo, tal como se observa en el artículo 8, que se permite al juez, a solicitud del Ministerio Público, en cualquier fase del proceso, acordar medidas necesarias para eliminar peligro o impedir la continuación o reaparición de un daño, figurando la prohibición de instalaciones hasta que se corrijan las alteraciones, interrupción de la actividad contaminante, ocupación temporal, total o parcial de las fuentes contaminantes, ejecución de trabajos a fin de eliminar o impedir los daños, retención de materiales o sustancias que presuntamente contaminan, destrucción de las mismas si se demuestra su contaminación, retiro de vehículos u objetos que alteren el ambiente, ocupación o eliminación de elementos que afecten los recursos, prohibición de movilización de vehículos, instalación de dispositivos para evitar la contaminación y cualquier otra medida.

Por otra parte, el artículo 26 *ejusdem*, contempla un bagaje de medidas destinadas a asegurar el resultado de las sentencias, las cuales si son propiamente medidas cautelares, que incluyen las novedosas figuras del *astreinte*, que consiste

en pechar una especie de penalidad que consiste en un monto por cada día de retraso.

8.8.2.5.- Protección en casos de Secuestro y extorsión

En lo atinente a los casos de protección en casos de secuestro y extorsión, pensamos que perfectamente podrían ser incluidos en la protección en general a víctimas, testigos y demás sujetos procesales, no obstante, debido al incremento de normativa penal colateral, en el año 2009 se aprobó una denominada Ley Contra el Secuestro y la Extorsión (2009), cuya finalidad radica en materializar la política criminal de prevenir y sancionar tales tipos, así como sus modalidades circundantes.

En tal sentido, se estatuyeron una serie de medidas preventivas de protección destinadas a salvaguardar a la víctima, así como a sus familiares, incluyendo sus bienes, incluso en casos de amenazas que una persona pudiera ser víctima de secuestro, tal como se observa en el artículo 12 de la aludida ley, que consagra la facultad del Ministerio Público de ordenar la protección personal a cualquier ciudadano.

Igualmente, contempla el artículo 15 de la denominada Ley, la actuación de protección, que consiste en atribuir al Ministerio Público la facultad de verificar el patrimonio de la víctima y parientes cercanos, que sean considerados igualmente como víctima de los delitos estatuidos en la ley, en aras de solicitar medidas de protección.

En tal sentido, vale destacar que en un principio dicho artículo generó debate en un sector de la academia que se cuestionaba tal injerencia en el patrimonio de la víctima, al crear limitaciones de sus derechos fundamentales con la excusa de evitar que se paguen rescates a los sujetos activos de los tipos, suprimiendo la posibilidad de cancelar dicho rescate en aras que sean liberadas las personas secuestradas, o en cierto modo, evitar pagos extorsivos.

Se debe considerar que ciertamente se pueden realizar controles y solicitar medidas de protección, sin embargo, ello no puede plasmarse en unos términos tan amplios que ni siquiera delimitan su aplicación a un espacio temporal provisional, igualmente, consideramos que se mezclan las medidas de protección con medidas

que pudieran tener un fin cautelar, ya que van más allá de una protección, para limitar el patrimonio de la víctima. Por otra parte, se plasma una protección psicológica y psiquiátrica a las víctimas del delito de secuestro, en el artículo 13 de la ley en cuestión.

8.8.3.- Problemas identificados en relación a las medidas de protección

Con respecto a las medidas de protección, vale acotar que las mismas generalmente han estado abandonadas por el estudio de la doctrina, siendo imperiosa su regulación en los procesos penales, en virtud de la existencia de diversos tratados e instrumentos internacionales suscritos por los Estados integrantes de los sistemas internacionales y regionales de protección de Derechos Humanos, no obstante, usualmente, por el hecho que son dictadas judicialmente (con sus respectivas excepciones) se piensa que pertenecen al sistema cautelar, aspecto que no se colige con la elaboración teórica de esta investigación doctoral, ya que como se ha indicado, las mismas pertenecen al ámbito de la tutela preventiva que procura salvaguardar derechos de las partes en el desarrollo de un proceso, que en este caso es penal y por tanto, implica una realidad particular, en la cual se hace necesaria la protección de ciertos sujetos en el marco del mismo.

Así, el Código Orgánico Procesal Penal (2012), como instrumento procesal penal principal, no establece un régimen de medidas de protección para la víctima, a pesar que pregona que uno de los fines del proceso es la protección de la víctima y la reparación del daño. Dicha regulación principal se encuentra en una Ley especial suscrita con la finalidad de honrar compromisos internacionales, la cual abarca un catálogo amplio, en su regulación que abarca a diversos sujetos procesales, obviándose una protección más profusa a los denunciantes que no necesariamente son víctimas.

Ahora bien, además de la referida normativa, cada materia penal colateral ha ido ampliando el catálogo de medidas, lo cual ha implicado que cada materia o catálogo de tipos penales, tenga su propio catálogo de medidas, tal como ocurre en materia de protección a la mujer, víctimas de secuestros o extorsión, protección del

ambiente, entre otras, siendo que otras materias carecen de regulación de protección penal, tal como ocurre con la protección al patrimonio cultural, cuya ley data del año 1993 y no contempla una regulación que implique la protección de los bienes sujetos a ser salvaguardados en virtud de su carácter de patrimonio cultural.

Todo lo indicado implica que se debe realizar una codificación del bagaje de medidas de protección que conforman la tutela preventiva, en virtud que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico. En todo caso, tal codificación, debería encontrar cobijo en un capítulo del Código Orgánico Procesal Penal (2012), o en su defecto, en una ley que reúna todo lo atinente a dichas medidas de protección, en aras de no contar con diversas leyes que así las consagren.

Por otra parte, en materia de protección de la mujer (Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia -2014-), se evidencian graves fallas a nivel dogmático, al estatuir como medidas de protección (artículo 90) medidas que son cautelares personales, tales como el arresto, y otras, que inciden en la esfera de derechos individuales, tales como la retención de armas, a pesar del oficio que tenga el imputado, salida del inmueble que pueda ser de su exclusiva propiedad, imposición de sustento, además de estatuir medidas indeterminadas, como facultad extensiva y de interpretación amplia, y de aplicación extrajudicial, por parte de los órganos receptores de denuncia, que puede ser desde un órgano de policía, hasta una jefatura, aspecto que ha sido constátenme criticado por parte del foro penal, en virtud del ligero tratamiento a ciertos derechos fundamentales, empleado como excusa la protección de la mujer.

En todo caso, debemos advertir que ciertamente las mujeres requieren una protección absoluta y prioritaria por parte del Estado, no obstante, ello no puede traducirse en la violación de otros derechos que son fundamentales, así como la inobservancia de la dogmática que rige en materia preventiva y cautelar, inspirada en principios que de igual manera no se deben relajar, en tal escenario, lo ideal es que se establezcan otras medidas alternativas que no impliquen el menoscabo de derechos fundamentales y en todo caso, de ser necesario ingresar o interferir en los mismos, que se haga desde el punto de vista procesal respetando las etapas y fases

procesales que permiten el ejercicio de las garantías procesales superiores, tales como el derecho a la defensa y al debido proceso.

Situación similar ocurre con las medidas de protección consagradas en la legislación de secuestro y extorsión (Ley contra el Secuestro y la Extorsión -2009-), en su artículo 15, consagra una denominada actuación de protección, indicando que está destinada a proteger la integridad física de la víctima, de sus parientes y patrimonio, siendo este último, sujeto susceptible practica de medidas de protección, que radica en la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de los bancos, entidades de ahorro, y otras instituciones financieras, así como notarías y registros, en aras de evitar que se cancele suma alguna por pago de rescate en secuestro o pagos de extorsiones.

Tal situación de ninguna manera representa una medida de protección, ya que se afecta es al patrimonio, y éste, la única forma en la cual deba ser asegurado en materia penal, es en virtud de una orden judicial, destinada a asegurar la eventual responsabilidad civil derivada del delito y contra le imputado, o personas interpuestas (a pesar de la pobre legislación en Venezuela), de ninguna manera contra la víctima o parientes, que no pueden ser limitadas en sus derechos, más allá de las razones de política criminal, no puede exigírseles actuar de otra manera (teoría del Delito, institución del miedo insuperable).

Así, se evidencia otro erróneo manejo de las medidas, que puede dar paso a arbitrariedades, en virtud que ni al menos se establece un tiempo de duración o alcance de la misma, así como la indeterminación de referencia a parientes cercanos.

Por otra parte, en el caso de la materia de protección de niños y adolescentes, no es claro el tratamiento que se otorga mediante las medidas de protección, es decir, no puede inferirse claramente si se trata de medidas administrativas o medidas de protección que son abarcadas por el ámbito penal, en virtud que los artículos 127 y 128 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015), regulan el abrigo y la colocación familiar, respectivamente. Posteriormente, se indica que el órgano competente para dictarlas, son en sede administrativa, el Consejo de Protección de Niños, Niñas y adolescentes, salvo los

literales i) y j), que son impuestas por el Juez competente -sede judicial-. Luego, los artículos 130, 131 y 132, contemplan aspectos procedimentales de las medidas, tales como la aplicación, los principios, su modificación y revisión, así como aspectos administrativos de las entidades de atención.

En tal sentido, a pesar que se esté tramitando una causa en sede penal, en la cual un niño sea víctima o afectado indirectamente, se pueden aplicar medidas de protección que impliquen su protección integral con prioridad absoluta, incluso, dispone el artículo 532 *ejusdem*, que cuando un niño o adolescente menor de 14 años se encuentre incurso en un hecho punible, sólo se aplicarán medidas de protección en razón de su inimputabilidad.

Por otra parte, en materia ambiental, la Ley Penal del Ambiente (2012), contempla un catálogo de medidas en su artículo 8, que denomina “precautelativas”, al respecto, debemos advertir que tal término no encuentra cobijo en nuestra construcción teórica, en virtud que una medida es o no, de carácter cautelar, en todo caso, aquellas que no son cautelares, en las cuales entraría esta categoría terminológica, preferimos denominarlas preventivas, ya que la teoría del proceso no emplea dicha terminología.

Ahora bien, de la revisión del aludido catálogo, ciertamente encontramos algunas medidas que son de naturaleza preventivas de protección y que en virtud de la particularidad de la protección del ambiente, son variadas sus manifestaciones, algunas destinadas a eliminar un peligro, o a interrumpir un daño, sin embargo, algunas implican el ingreso a la esfera de derechos individuales y establecen cargas a las personas investigadas, tales como ejecución de trabajos, orden de retiro de vehículos u objetos, instalación de dispositivos, entre otras, que no se corresponden con las naturaleza de las medidas preventivas, sino se inscriben en el orden de una sanción. Además, uno de los aspectos que no compartimos, es el atinente a la posibilidad de dictar de oficio tales medidas, en todo caso, consideramos que debe ser a solicitud del Ministerio Público, en virtud del principio de oficialidad de las medidas que prohíbe acordar medidas de oficio.

Asimismo, se denota el establecimiento de una medida indeterminada, es decir, que se puede dictar cualquier otra medida que considere el juez, aspecto que

puede soslayar el principio que rige en materia de medidas de interpretación y aplicación restrictiva de las medidas, prohibiéndose cualquier aplicación analógica de medidas.

Sostenidas las anteriores consideraciones, observamos el tratamiento asistemático de las medidas de protección, las cuales no han encontrado en la doctrina un lugar para su tratamiento, siendo generalmente englobadas en la tutela cautelar, no obstante, las mismas pertenecen al ámbito preventivo en general, lo cual es un aspecto de la propuesta teórica generada en esta investigación doctoral.

CAPÍTULO IV
TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

1.- Tutela Cautelar en el Proceso Penal

1.1.- Cautela y Tutela Judicial Efectiva

En líneas anteriores se delimitó el alcance y definición de la tutela judicial efectiva y las distintas posturas en relación a su contenido básico, entre las cuales destacan sus manifestaciones diferenciadas. Tales manifestaciones implican a su vez la aplicación de la tutela cautelar. Al respecto, expresa Ortíz-Ortíz (2015a), que la tutela jurisdiccional diferenciada en su aspecto de tutela cautelar es un contenido o derivado directo de la tutela judicial efectiva, al expresar que:

> "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).

En el mismo sentido se pronuncia Escarrá (2007), al indicar que:

> (…) la eficacia de la justicia depende en gran parte de la rapidez con la cual se otorgue, así como también es evidente que la realización de un proceso con todas las garantías debidas que requiere tiempo para su correcta y debida tramitación. Desde luego la justicia tardía también puede traducirse en una violación a la tutela judicial efectiva. (p. 27).

Continúa arguyendo que expresamente la tutela cautelar conforma una de las manifestaciones de la tutela judicial efectiva, tal como se aprecia a continuación:

> La cautela se nos presenta como una de las manifestaciones más directas e importantes dentro del ámbito de la concepción de la tutela judicial efectiva, en el entendido que esta actuación por parte del juez se encuentra orientada en su concepción finalista, al aseguramiento de la efectiva ejecución y materialización en el orden de lo fáctico de las disposiciones contenidas en los mandamientos de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, lo cual se traduce en la efectividad de la tutela

> judicial que impone el texto constitucional en su artículo 26 como un derecho de los particulares y como un deber del Estado. (p. 27).

Asimismo, Parra (2000), sostiene que la materia cautelar está inserta en la tutela judicial efectiva, al sostener que:

> Nos interesa por ahora la segunda, es decir, la efectividad de las decisiones judiciales. Lo cual significa que una tutela judicial efectiva, significa, sin lugar a dudas, el derecho a utilizar medidas cautelares. Y que esa medida sea oportuna, como lo veremos adelante. Además, muchas veces la verdadera tutela es la preventiva o inhibitoria y no meramente resarcitoria, pues se trata de derechos no restaurables ex post, cuya violación carece de un equivalente monetario. (p. 3).

No cabe duda que la administración de justicia implica la posibilidad que una sentencia tenga eficacia, por lo cual es inherente el empleo de cautelas, ante lo cual apunta Taruffo (cit. por Parra, 2000):

> En cuanto a la necesaria efectividad de la tutela jurisdiccional, es un principio cuya validez se encuentra ya uniformemente reconocida, pero que tiene contenidos todavía inciertos y mal definidos en muchos aspectos. Así, por ejemplo, no es claro si el derecho a una tutela judicial efectiva comprende también el derecho a servirse de medidas cautelares adecuadas, cómo deberán configurarse éstas para adaptarse a las diversas situaciones concretas. (p. 4).

Por otra parte, Araujo-Juárez (2000), igualmente relaciona a la tutela cautelar como una forma de manifestarse la tutela judicial efectiva al apuntar que:

> (…) el campo de acción del derecho a la tutela judicial efectiva abarca tres (03) momentos: el derecho a la jurisdicción; el debido proceso o derecho a la defensa; y la eficacia de la sentencia. Así la efectiva de la sentencia surge entonces como una garantía constitucional procesal del justiciable frente al Estado. Éste debe por todos los medios posibles, so sólo brindar a los justiciables el efectivo funcionamiento de la rama jurisdiccional para que sean atendidas todas las pretensiones que deseen hacer valer ante los jueces y tribunales, sino también garantizarles de alguna forma que los efectos de la sentencia se cumplirán, pues de lo contrario estaríamos ante una clara inefectividad del derecho a la tutela judicial.
>
> Precisamente, el sistema conducente a garantizar los efectos de la sentencia es el sistema cautelar, que deriva como garantía sine qua non

> del derecho a la tutela judicial efectiva. En definitiva, las medidas cautelares constituyen una garantía para los justiciables, las cuales aseguran los efectos resultantes de la sentencia; es decir, son aquellos actos que tienden al aseguramiento de las pretensiones y que llegado el momento, si le son estimadas, están aseguradas las resultas del fallo judicial y, a su vez, satisfecho en debida forma el derecho a la tutela judicial efectiva. (p. 85-86)

Dicho lo anterior, se desprende claramente que al hacer referencia a la tutela judicial efectiva, se está abarcando o incluyendo entre sus manifestaciones a la tutela preventiva y cautelar. Ahora bien, jurisprudencialmente también se ha sostenido tal aspecto, como se evidencia en la siguiente decisión emanada del Tribunal Constitucional Español, en sentencia Nº 238/1992, FJ 3:

> Ciertamente, el artículo 24.1, no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional "efectiva", y en la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del Poder Judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demande. Por ello, es preciso reiterar ahora lo que afirmamos en nuestra STC14/92, fundamento jurídico 7, esto es, que la <<la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso>>

Igualmente, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se pronunció mediante Sentencia Nº 788, de fecha 10/04/2000, emanada de la Sala Político-Administrativa, en los siguientes términos, incluyendo entre las manifestaciones de la tutela judicial efectiva a la tutela cautelar:

> En todo caso, debe indicarse, que la garantía a la tutela judicial efectiva, actualmente consagrada en el Artículo 26 de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, obliga a reconocer que el Juez cuenta con un poder cautelar general, amplio, que le permite adoptar, con prudencia y sin excesos, e independientemente de la pretensión principal, la medida cautelar provisional pertinente o adecuada para garantizar la eficacia de la sentencia principal.

Igualmente, debe destacarse que actualmente en la ciencia procesal las medidas preventivas y cautelares se erigen como instituciones de obligatorio estudio, en virtud que son un derivado directo de la institución 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, que propugna la obtención de satisfacción jurídica, por ello, el Estado debe estar en capacidad de dictar sentencia eficaces, para lo cual debe asegurar las resultas de los procesos, así como los derechos de las partes, mediante el uso de medidas tanto preventivas como cautelares como manifestaciones de la tutela judicial efectiva.

1.2.- Definición y alcance

En términos generales, sobre la tutela cautelar, sostiene el autor Fernández (2013), que:

> La actividad jurisdiccional tiene como fin materializar y garantizar el sistema axiológico de un ordenamiento jurídico. A su vez, la vía a través de la cual se ejerce la actividad jurisdiccional es el proceso; en ese sentido, atendiendo a que el proceso puede concebirse en la mayoría de casos, como el instrumento que brinda el ordenamiento jurídico para tutelar las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja reconocidas por el Derecho objetivo, el mismo tendrá como fin posibilitar que el titular de una situación jurídica de ventaja lesionada o amenazada obtenga protección jurisdiccional. La tutela cautelar constituye en la actualidad una garantía central en la configuración de un esquema procesal efectivo. (p. 391)

En vista de tal señalamiento, se deduce que el proceso implica un transcurso de tiempo considerable hasta que se obtenga una decisión definitiva, en virtud que debe garantizarse un adecuado ejercicio del derecho a la defensa, sin embargo, pueden materializarse en ese transcurso lesiones graves o puestas en peligro a situaciones jurídicas determinadas, que implican la aplicación de medidas cautelares, tal como se observa a continuación:

> El proceso, lejos de ser perfecto, tiene muchas falencias; una de sus principales debilidades, propia de su naturaleza, es su despliegue en el tiempo. El tiempo es necesario, qué duda cabe, para dotarlo de las mayores garantías de justicia: posibilita, por ejemplo, un adecuado ejercicio del derecho de defensa, la valoración de las pruebas, la

> impugnación, etc. Sin embargo, el transcurso del tiempo, en su faz patológica, puede ser el responsable directo de las más graves lesiones a las situaciones jurídicas de ventaja.
>
> Desde muy temprano en el siglo XX, ya Chiovenda sostenía el principio en virtud del cual la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.6 Frente a esta tensión entre proceso y tiempo, diversos institutos y mecanismos se han diseñado, siendo la figura paradigmática y con mayor desarrollo: la tutela cautelar. (p. 392).

Igualmente, sostiene Restrepo (2005), en relación a la tutela cautelar, lo siguiente:

> Así, la tutela cautelar judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, a fin de que la sentencia que en su día declare el derecho pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtenerse por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección son declaradas por el ordenamiento, puedan hacerse efectivos y, de esta forma, se preserve la seguridad jurídica. (p-191).

Asimismo, precisando un concepto más específico, el autor Ortíz-Ortíz (2015a) 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 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, las cuales son las medidas cautelares, que tal como se concluyó en esta investigación, sólo pueden ser dictadas por los órganos jurisdiccionales.

Podemos concluir resumiendo que las medidas cautelares conforman el sistema de tutela preventiva, siendo una de las modalidades de tutela preventiva, cuya finalidad principal es la de asegurar la eficacia o cumplimiento de un fallo, es decir, que no quede ilusorio, sustentado en el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, requisitos indispensables para la materialización de cualquier medida cautelar, además de otros requisitos propios de cada medida cautelar particular (p. ej., Periculum in damni), como en el caso de las cautelares innominadas.

2.- Naturaleza del Poder Cautelar

2.1.- Potestad-Deber de la Cautela

Diversas han sido las posturas en relación a la naturaleza del poder cautelar, siendo concebida una facultad, potestad o atribución, sin embargo, siguiendo a Ortíz- Ortíz (2015) se inclina por el criterio de tratar la naturaleza cautelar como una potestad, no obstante, potestad (poder) que de igual manera atiende a un deber, de allí que se conciba como potestad-deber, siendo resumida el carácter de potestad de la tutela cautelar así:

> i) Para los órganos jurisdiccionales constituye la manifestación de un "poder-deber", esto es, el ejercicio de una "autoridad" atribuida específicamente por la Ley, pero también un "deber" de respuesta frente a la efectiva tutela judicial.
>
> ii) Para los ciudadanos, la tutela cautelar es un verdadero "derecho subjetivo procesal", por el cual pueden exigir de los órganos jurisdiccionales, aquellas medidas cautelares adecuadas, pertinentes y necesarias para salvaguardar la futura ejecución del fallo, y la efectividad del proceso. (p. 178)

Visto el concepto anterior, se visualiza que ciertamente existe un criterio que hay que valorar, referido al deber concreto de actuación que debe acompañar al juez, siendo así, el órgano jurisdiccional ya no actúa de manera personal o caprichosa, sino sometido a límites de actuación, por ello denominarlas deber-poder, se fundamenta en que es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales (en el caso de las medidas cautelares a pesar que proceden a petición del Ministerio Público y en algunos casos a solicitud de la víctima).

Dicho lo anterior, resulta claro que se trata de una potestad-deber que se traduce en una atribución legal y al mismo tiempo, un deber de actuación, siempre sobre la base de determinados supuestos de hechos que se puedan subsumir en las normas respectivas.

3.- Límites Racionales y Materiales

Lo atinente a los límites racionales o materiales de las medidas, está íntimamente relacionado con la naturaleza del poder cautelar, en el sentido que tal como se explanó, no se trata de una facultad de los jueces, sino una potestad-deber, que implica su aplicación sobre la base de determinados supuestos de hecho que se puedan subsumir en las normas respectivas.

En tal sentido, el primer muro que sirve de contención a la aplicación desmedida o personal de las medidas, se materializa en los principios, los cuales, tal como se ha plasmado a lo largo de la presente investigación, se trata de aspectos fundamentales que rigen en la materia, abarcando no sólo a los principios en relación a las medidas, sino también abarca a aquellos que hacen vida en el proceso penal de corte acusatorio, los cuales en su mayoría encuentran cobijo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), así como en el Código Orgánico Procesal Penal (2012).

Por otra parte, en la presente investigación se ha procurado elaborar un sistema de medidas que implica que las medidas atienden a una razón, es decir, cada una tiene delimitado su ámbito de aplicación, así, las medidas preventivas de aseguramiento probatorio y de protección, atienden a una finalidad totalmente distinta a las medidas cautelares personales o reales.

Al respecto, se puede inferir que cada medida debe ser aplicada según su finalidad y naturaleza, siendo que las de aseguramiento probatorio, bajo ninguna circunstancia pueden afectar derechos fundamentales injustificadamente, así como entender a una temporalidad especifica determinada por la fase de investigación y posteriores actuaciones necesarias. Tales consideraciones pueden hacerse extensivas a las medidas de protección, las cuales no pueden traducirse en violaciones de derechos de la otra parte, en procura de proteger a una de ellas.

Siguiendo el orden de ideas, las medidas cautelares personales, tienen una regulación más amplificada que las demás medidas, por tanto, se desprende su finalidad de asegurar la eventual aplicación en una pena de carácter personal, por lo cual debe aplicarse conforme a los principios de excepcionalidad, interpretación restrictiva, así como en respeto de la presunción de inocencia, entre otros.

Por otra parte, en lo que atañe a las medidas cautelares de coerción real, básicamente obedecen a la responsabilidad civil que subyace en la comisión del delito, por tanto, no pueden extenderse sino a aquella, sin que pueda afectarse otra esfera de derechos subjetivos de las partes.

4.- Clasificación del Poder Cautelar en el Proceso Penal. Medidas Cautelares en el Proceso Penal

4.1- Medidas Cautelares de Coerción Personal

4.1.1- Medida Cautelar Privativa de Libertad

4.1.1.1.- Privación Judicial Preventiva de Libertad

La teoría de las medidas cautelares en el proceso penal presenta particularidades únicas en relación a todas ramas del derecho, en virtud que es la única rama en la cual se aplican medidas cautelares de coerción personal, en tal sentido, la privación judicial de libertad, representa la mayor intromisión que puede realizar el Estado en la vida de una persona, tal como apunta el profesor Arteaga (2007), al aducir que es el tema más palpitante concernido en el proceso penal, a través del cual se ve afectado el bien más preciado del ciudadano, después de la vida (p. 11).

Al respecto, el más alto grado del orden jurídico en Venezuela, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), establece expresamente el derecho a la libertad personal indicándose que ninguna persona puede ser detenida sino en virtud de una orden de aprehensión a menos que sea sorprendida in fraganti.

De igual manera, vale destacar que el artículo 2 de la referida Constitución, reconoce a Venezuela como un Estado de Derecho, en el cual se enarbola como un valor superior del ordenamiento jurídico, la libertad.

Además, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece el derecho de amparo a la libertad, como ratificación de su carácter de valor superior, tal como dispone el artículo 27 *ejusdem*.

Ahora bien, una vez plasmadas las consideraciones constitucionales anteriores, es preciso hacer referencia las disposiciones medulares del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que enarbolan el Derecho a la libertad personal, plasmados en los artículos 9 (afirmación de la libertad), artículo 8 (presunción de inocencia), artículo 233 (interpretación restrictiva) y el artículo 229 (estado de libertad).

De los artículos anteriores se desprenden diversos principios que rigen en materia de privación de libertad, que propios de un sistema de corte acusatorio, tales como la aplicación restrictiva de las medidas privativas de libertad, al igual que su carácter de *última ratio* cuya materialización debe ser excepcional, de igual manera tales postulados surgen como derivados de la presunción de inocencia.

En tal sentido, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) es claro en ratificar el estado de libertad, conteste con la afirmación que la privación de libertad debe generarse como consecuencia de un juicio penal previo, en el cual se respeten las garantías y derechos de todo individuo, particularmente el de la libertad persona.

Ahora bien, además de la ratificación del estado de libertad, existe la denominada interpretación restrictiva (*in dubio pro reo*) de las disposiciones relativas a las medidas, así como su aplicación excepcional (extrema o *última ratio*), como derivados de la presunción de inocencia, institución propia del sistema acusatorio. Asimismo, surgen otros principios relacionados con las medidas privativas, tales como los consagrados en el artículo 230 (la proporcionalidad), artículo 231 (limitaciones de la privación judicial) y el artículo 232 (motivación de las medidas).

En tal sentido, de las anteriores disposiciones se vislumbran otras limitaciones a las aplicaciones a la medida privativa de libertad, tales como la

proporcionalidad, limitaciones en su aplicación a ciertas personas (embarazadas, mayores de 70 años o personas enfermas en fase terminal) ante lo cual se dará preferencia a la detención domiciliaria o en centros especializados, así como la necesidad de motivación de las medidas y aplicación conforme al principio de legalidad procesal, que implica que las medidas sean adoptadas conforme a las disposiciones expresas que consagra el Código Orgánico Procesal Penal (2012).

Ahora bien, delimitadas las disposiciones básicas que rigen en materia de medida privativa de libertad, es oportuno destacar que existen diversas posturas encontradas en relación a la referida institución, por una parte, la postura que rechaza cualquier privación de libertad en el proceso penal, por ser contraria al principio de presunción de inocencia, así como otras que son propicias a la privación de libertad sobre la base de la condición de imputado, y surge un tercer sector, el cual se inclina por equilibrar la balanza a favor de una privación de libertad siempre que estén dadas circunstancias que así lo amerite, empero, se maneja como una regla-excepción.

4.1.1.2.- Principales corrientes acerca de la justificación o no de la prisión preventiva (privación judicial preventiva de libertad) y su relación con el principio de presunción de inocencia

En tal sentido, la discusión acerca de la existencia de una presunción de inocencia se remonta a las críticas realizadas por autores tales como Raffaele Garofalo, Enrico Ferri, Alfredo Rocco y Vincenzo Manzini, siendo este último uno de los más representativos, en virtud que los dos primeros plantearon enfoques más criminológicos.

Además de los mencionados autores, se precisan otros autores críticos a la concepción de la presunción de inocencia, tales como Pedro Dorado Montero, perteneciente a la Escuela Correccionista Española, quien, según Llobet (2010):

> Negó la necesidad de presunción de inocencia en un futuro proceso impregnado por las enseñanzas de dicha escuela, debido a que éste no sería ningún proceso de partes, sino un proceso para la obtención de las medidas curativas necesarias para la protección del autor (p. 72).

Ahora bien, sigue apuntando el referido autor que consecuencia de su ideología totalitaria, el fascismo italiano bajo el gobierno de Mussolini criticó en forma vehemente la presunción de inocencia, siendo atribuidas principalmente a Manzini y a Rocco (p. 81).

Al respecto, Arteaga (2007), expresa con respecto a las ideas de Manzini, que:

> (…) no sólo es un error considerar que las normas procesales penales están predispuestas para la tutela de la inocencia del imputado, sino que, más errada aún es la opinión que estima que en el procedimiento penal opera una presunción de inocencia a su favor, por la cual se considera inocente hasta que se dicte una sentencia irrevocable condenatoria.
>
> Según este autor, ello es paradójico e irracional, lo que se evidencia por la custodia preventiva, por el secreto de la instrucción y por el hecho mismo de la imputación. No se puede sostener, en su opinión, que se presuma la inocencia del imputado, ya que las presunciones derivan de elementos de convicción derivados de la experiencia común y ésta nos enseña que la mayor parte de los imputados no son inocentes. (p. 18-19)

Por otra parte, se ubican otras corrientes críticas a la presunción de inocencia, provenientes de ideas como las del nacionalsocialismo, tal como aduce Llobet (2010):

> El nacionalsocialismo, aparte del discurso racista sobre el que descansaba, implicó también el llamado a un Estado fuerte, personificado en la figura del Führer, que diera prioridad al combate de la delincuencia sin los obstáculos que implicaba el establecimiento de derechos de los imputados. (p. 85).

De igual manera, el máximo representante en esta corriente, fue Schmitt (1937), según Llobet (2010) quien adujo que:

> Una regulación legal del proceso penal no puede disponer ni expresa ni implícitamente en favor ni en contra del imputado presunciones de culpabilidad o de inocencia. No puede tampoco partirse de que el imputado es probablemente un antisocial (Schädling) ni que es probablemente un hombre de honor (p. 108).

Según lo sostenido, se evidencia una corriente similar a la posición fascista en relación a la presunción de inocencia. Igualmente, vale destacar que esta

corriente de pensamientos es propia de los sistemas autoritarios o dictatoriales, en los cuales se persigue manejar procesos penales sin ataduras o respeto alguno a los derechos fundamentales del individuo. No obstante, ante tales pensamientos, han surgido otras corrientes que se inclinan por el respeto a la presunción de inocencia.

Así, uno de los primeros precursores fue Carrara (1980), quien defendió la presunción de inocencia como principio medular del proceso penal (p. 10-20), siendo crítico de los excesos en la prisión preventiva, sin embargo, no rechazó la misma.

Ahora bien, vale destacar que el representante con la posición más extrema de salvaguarda del referido principio de presunción de inocencia, es Luigi Ferrajoli con la teoría del garantismo. Al respecto, Arteaga (2007) aduce con respecto a las ideas de Ferrajoli que:

> (…) con impecable argumentación, plantea la ilegitimidad de la prisión preventiva, señalando que la prisión *ante iudicium* choca con la presunción de inocencia, con la exigencia de que nadie puede ser detenido sino con fundamento en un juicio y que todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio.
>
> Por lo demás, asimismo, rechaza los argumentos de su justificación por la contaminación de las pruebas, lo que sólo podría explicar un traslado coactivo o una detención por horas o días, antes del primer interrogatorio, en la etapa de investigación. Y, por lo que respecta al peligro de fuga, advierta que el argumento es infundado, por cuanto este peligro se da, no tanto por el temor a la pena, sino por el miedo a la prisión preventiva. Por lo demás, la eventualidad de la fuga podría neutralizarse con medidas de control y vigilancia, sin que pueda admitirse que tal riesgo justifique una violación tan grave a las garantías penales y procesales, como la de una pena anticipada sin juicio. (p. 18).

De igual manera, autores como Vitale (2010), señalan que “el único título válido para encarcelar a una persona es la existencia de condena firme en su contra- que declare su culpabilidad e imponga el cumplimiento efectivo de esa penalidad” (p. 617). Por tal razón, no distingue entre prisión preventiva y pena privativa de libertad. En el mismo sentido se debe destacar que algunos autores indican que la prisión preventiva siempre representa una violación a la presunción de inocencia.

En vista de lo indicado se tiene que tanto las posturas que niegan de manera absoluta la presunción de inocencia, como las que lo enarbolan de igual manera absoluta, pueden ser consideradas radicales, ya que la de Ferrajoli puede resultar principista en exceso, lo cual únicamente se puede quedar en el plano teórico, así como la otra posición liderada por Manzini que radica en negar la presunción de inocencia, sobre la base de una presunción de culpabilidad, tal como ocurre en los sistemas inquisitivos, que igualmente no posee suficiente asidero para su seguimiento.

Ante tal escenario, surge una tercera posición que consideramos más equilibrada y sensata, la cual radica en considerar un aspecto intermedio, en el cual se respeta el principio de presunción de inocencia admitiendo con carácter excepcional la privación preventiva de libertad, sólo en casos estipulados en la ley, que realmente ameritan relajar el referido principio que es piedra angular del proceso penal de corte acusatorio.

En esta posición se inclina el profesor Arteaga (2007), quien sostiene que:

> Por tanto, pues, en mi opinión también, ubicándome en el gris de Solimne o, mas bien, en el medio de la virtud, la búsqueda del ideal de la limitación de la privación de libertad durante el proceso al *mínimun* estrictamente necesario, estimo que la detención preventiva debe imponerse como remedio inevitable para hacer posible la culminación de la investigación penal y la celebración del juicio, en casos en los cuales no exista otra fórmula alternativa que garantice la presencia del imputado, ante la cruda realidad de un esto de cosas y de una justicia penal, no solo ciega, sino sorda y paralítica y que, a duras penas, se manifiesta en una soce4idad que, cada vez más, desconfía de su capacidad de respuesta (p. 23).

Consideramos que esta es la corriente más equilibrada, concibiendo la privación preventiva de libertad con un carácter de *última ratio*, en ese caso, Llobet (2010), coincide con esta postura, al aducir que:

> Uno de los principios generales de toda sociedad es que sus integrantes pueden sufrir injerencias en sus derechos fundamentales siempre que se respeten ciertos principios limitantes, como el de presunción de inocencia y de proporcionalidad y se respete el núcleo básico del derecho. (p. 127).

En tal sentido, la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal sólo puede generarse en contra de personas sobre las cuales realmente existan elementos que así lo ameriten, en virtud de la gravedad del delito, suficientes elementos que señalen a un presunto autor o participe, o cualquier otra circunstancia que se traduzca en peligro de obstaculización, o de fuga.

Finalmente, vale destacar que la mayoría de las normas consagradas en instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos consagran la presunción de inocencia, así como a la privación preventiva de libertad, siendo esta última reconocida de manera excepcional, en tal sentido, la presunción de inocencia se traduce en un límite a la prisión preventiva.

4.1.1.3.- Contenido de la presunción de inocencia en su relación con la prisión preventiva

Según Llobet (2010), la presunción de inocencia comprende lo siguiente:

> a) La exigencia de un proceso de partes a semejanza del anglosajón; b) La exigencia de un juicio justo; c) La presunción de inocencia determina como el precepto procesal superior el mismo curso del proceso; d) El derecho del imputado de abstenerse a declarar; e) la regulación de censura; f) La incompatibilidad de la presunción de inocencia y el archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones; g) El pago de las costas procesales relativas al imputado sobreseído debe ser hecho por el Estado; h) El quebranto de la presunción de inocencia a través de los llamados acuerdos (absprachen); i) La imposibilidad de utilizar sobre el que no existe sentencia firme como agravante al momento de fijar la pena con respecto a otro hecho y la prohibición de recovar la condena de ejecución condicional con base en un hecho sobre el que no existe sentencia condenatoria firme; j) La exclusividad de la determinación judicial de la culpabilidad; k) La necesidad de que se compruebe legalmente la culpabilidad; l) La presunción de inocencia concibe al imputado como un sujeto procesal, al que le está abierta jurídicamente y realmente la posibilidad de influenciar sobre el desarrollo y resultado del proceso; m) La imparcialidad del juez; n) La presunción de inocencia exige la obligación del juez de que los hechos sean aclarados solo sea ejercida de manera subsidiaria; o) La presunción de inocencia exige reserva cuando un órgano perseguidor de los delitos da declaraciones a la prensa; p) La presunción de inocencia desempeña funciones de defensa frente a descripciones sobre la culpabilidad del imputado que se puedan hacer fuera del proceso penal estatal; q) La presunción de inocencia prohíbe que la prisión preventiva persiga la prevención general y especial; r) El principio un dubio pro reo (p. 64-65).

No obstante, a pesar de los anteriores señalamientos, el mismo autor (Llobet, 2010, p. 65-66), reconoce que todos son objeto de discusión, y que el único que no es objeto de controversia que se entiende como un derivado de la presunción de inocencia es el *in dubio pro reo*, en tal sentido, plante que un sector considera que la presunción de inocencia no es más que el in dubio pro reo, y otro sector, considera que la presunción de inocencia ejerce influencia durante el desarrollo de todo el proceso.

Por su parte, Vélez (1969), aduce que:

> La presunción de inocencia tiene diversas consecuencias, unas precisadas en el ámbito legislativo que exige que el imputado sea tratado como un sujeto procesal y que las restricciones a su libertad sean admitidas únicamente para para hacer la aplicación efectiva de la ley, por otra parte, en el campo procesal exige que las normas que limitan la libertad personal del imputado sean interpretada restrictivamente, y además, que la libertad se restrinja únicamente sobre la base de la necesidad, ante lo cual, el imputado no tiene que probar su inocencia, por lo cual rige la presunción de inocencia. (p. 40-49).

Vistas las anteriores consideraciones, es evidente que la presunción de inocencia sigue siendo un aspecto medular objeto de estudio en materia de privación de libertad, entendiéndose que no hay consideraciones absolutas, sin embargo, el mismo debe ser respeto en aras de garantizar un correcto proceso.

4.1.1.4.- Regulación nacional e internacional del principio de presunción de inocencia

En el ámbito nacional la presunción de inocencia se encuentra consagrada en el numeral 2 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que consagra la institución del debido proceso, y expresamente se establece que: “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

De igual manera, el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) consagra la presunción de inocencia, al aducir que a cualquiera que se le impute la

comisión de un hecho punible tiene derecho que se le presuma inocente y que le trate como tal, hasta que no exista sentencia firme.

En tal sentido, se verifica el reconocimiento expreso en el plano interno de la presunción de inocencia, a lo cual hay que adicionar la regulación en el plano internacional que se remonta a la Carta Magna Inglesa (1215), que dispuso en su artículo 39, lo siguiente:

> 39. Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.

Posteriormente, la Constitución de Massachusetts (1780), también conocida como los Derechos de Massachusetts, en los artículos 12, 14 y 26, plasmó disposiciones que a pesar que no eran expresas aludiendo a la presunción de inocencia, se desprende de su interpretación. Posteriormente, la Declaración Francesa de Derechos del hombre y del Ciudadano (1789) lo consagró en su artículo 9, que a cualquier hombre se le considera inocente hasta no ser declarado culpable y la detención se realizará cuando sea indispensable.

Ahora bien, con respecto a la concepción moderna del principio de presunción de inocencia, se ubica en primer término la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre (1948) cuyo artículo 11, inciso 1, consagró:

> Artículo 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (…)

En el mismo tenor, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (1969), dispone lo siguiente:

> 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. (…)

De los anteriores artículos se denota que en Venezuela rige con plena vigencia tal institución de la presunción de inocencia, la cual, de manera unánime, en los principales instrumentos internacionales, tanto antiguos como modernos, se

consagra el derecho de toda persona que se presuma su inocencia hasta tanto no se determine mediante un proceso con las debidas garantías, su culpabilidad.

4.1.1.5.- Alcance de la concepción de prisión preventiva

Para Arteaga (2007), la privación judicial preventiva de libertad es una medida cautelar, tal como se observa:

> La privación judicial preventiva de libertad es la medida cautelar de mayor importancia y gravedad en el proceso penal, de manera tal que, en el pasado, bajo el régimen del Código de Enjuiciamiento Criminal, se erigió en la razón última del proceso, sirviendo de instrumento para la práctica del denominado terrorismo. (p. 43).

Igualmente, López (2012), se inscribe en la misma línea de aducir que se trata de una medida cautelar, al sostener que:

> La prisión provisional es una medida cautelar acordada por el Juez de instrucción (en el caso venezolano un Juez de Control) durante la instrucción (investigación) de la causa que consiste en la privación de libertad de una persona, con la finalidad de asegurar que dicha persona nos e sustraerá a la acción de la justicia. (p. 735).

En virtud de lo expuesto, la prisión preventiva o provisional se erige como una medida cautelar, lo que se traduce en que su fin último es la futura ejecución de un fallo, en este caso, de una sentencia que en materia penal eventualmente puede ser condenatoria, por tanto, aplica penas asignadas a los correspondientes delitos.

De igual manera, Febres (2000), define la prisión preventiva como la medida de coerción personal más extrema y gravosa que se le puede imponer al imputado, y que por lo tanto está revestida de una serie de requisitos y formalidades que deben satisfacerse rigurosamente. (p. 142). Aspecto que resalta su carácter excepcional y de *última ratio*.

Ahora bien, a pesar que se entiende la principal finalidad de la prisión preventiva, Roxin (2000), sostiene que la prisión preventiva en el proceso penal es la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. (p. 257). Por ello, sirve a tres objetivos:

1.- Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal

2.- Pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal

3.- Pretende asegurar la ejecución penal. (p. 257)

En tal sentido, se verifican diversas finalidades, siendo la principal la ejecución penal, surgiendo otras accesorias o indirectas que convergen con la misma, tales como asegurar la presencia del imputado en el proceso y, además, garantizar la correcta investigación.

Igualmente, para Llobet (2010) la prisión preventiva abraca otros fines, tales como:

> La privación preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro que se vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad. (p. 31).

Como corolario, Clariá (1966), sostiene que la prisión preventiva tiende principalmente a:

> … hacer efectiva la intervención de una concreta persona cuando su presencia física está impuesta por la ley y subsidiariamente a asegurar la adquisición de la prueba o a evitar que se continúe violando la ley penal. De lo expuesto se deduce que la cautela personal se cumple fundamentalmente, en sus más características manifestaciones, a lo menos en procura de la satisfacción de una necesidad actual; esto sin perjuicio de su finalidad eventual de prevenir el cumplimiento de la posible condena. (p. 210).

De lo anterior, se infiere que se verifican varios fines, entre los cuales figura la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, obstaculizar la averiguación de la verdad (la que Roxin refiere a la debida investigación) y asegurar la presencia del imputado (la que Roxin indica que radica en evitar que se fugue y no se posibilite realizar el juicio).

Dicho lo anterior, resulta claro que la principal finalidad de la prisión preventiva es asegurar o prevenir la futura ejecución de una sentencia condenatoria,

que implica la imposición de una pena de carácter personal, en tal sentido, debe recaer en la persona del imputado, con la finalidad de hacer valer o lograr ejecutar real y efectivamente la misma, lo cual únicamente se logra (en algunos casos de extrema gravedad o excepcionalidad) mediante la imposición previa de una medida cautelar de coerción personal.

Igualmente, es preciso advertir, tal como se indicó *ut supra*, que la privación preventiva de libertad posee una doble dimensión, en un plano, ingresa en la esfera del principio de presunción de inocencia y por otra parte, afecta la libertad personal. En relación a la presunción de inocencia, se dejó claro que ambas instituciones pueden ser compatibles, siempre que se entienda que la relajación de la libertad personal, debe obedecer a circunstancias que verdaderamente así lo ameriten, es por ello que se ha debatido en que la prisión preventiva no puede erigirse como una a) pena anticipad, b) no puede adelantar los efectos de la pena privativas de libertad, c) en todo caso, está fundamentada en su función de aseguramiento de una eventual sentencia condenatoria y además, d) implica que al imponerse y al ser absuelto, pueda exigirse al Estado la correspondiente indemnización.

Tal como aduce Clariá (1966), la aplicación de estas medidas preventivas implica una restricción a la libertad física del individuo vinculado al proceso en trámite en cualquier forma a una imputación penal de provocar un concreto proceso. (p. 209).

4.1.1.6.- La prisión preventiva como injerencia Estatal al derecho fundamental a la libertad personal. Privación de libertad y restricción de libertad

No cabe duda que la libertad personal se erige como un derecho fundamental, en virtud de su expreso reconocimiento como derecho humano constitucionalizado, tal como lo advierte expresamente el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

En tal sentido, es importante destacar que la mayoría de las constituciones del mundo occidental consagran la libertad personal como un derecho fundamental, ello derivado de la inspiración de los instrumentos internacionales que han

reconocido de manera unánime, que se trata de uno de los derechos fundamentales de toda persona, una institución que le es inherente a su condición de humano.

No obstante, como todo derecho fundamental, se entiende que no es irrestricto, cual implica que se pueda aplicar la teoría de los derechos fundamentales, se traduce en la resistencia jurídica que prevalece en virtud de su carácter constitucional, oponible ante cualquier intento estatal de reducir sus goce o ejercicio, en virtud del carácter vinculante y fuerza normativa que prevalece ante el legislador. No obstante, se debe advertir que es entendible que los derechos fundamentales admiten restricciones, las cuales deben recorrer un camino en aras de su modificación, en procura respetar el núcleo del derecho fundamental.

Por otra parte, siguiendo el orden de ideas, el profesor Alexy (2003), ha sostenido que son cuatro los rasgos distintivos de los derechos fundamentales, a saber: su máximo rango, su máxima fuerza jurídica, la máxima importancia y su máximo grado de indeterminación (p. 36).

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) no hace énfasis en la diferenciación de los derechos fundamentales, ya que atiende esencialmente a categorías de derechos humanos, presentes de manera no uniforme, siendo básicamente recogidos en el Título III, entre los cuales figura en el artículo 44, que consagra el Derecho a la Libertad Personal.

Por otra parte, según Llobet (2010):

> (…) las intervenciones estatales en los derechos fundamentales, que se realizan en forma legítima dentro del proceso penal, son lo que un sector ha denominado medidas de coerción, dándole énfasis al ejercicio de la fuerza estatal para llevarlas a cabo aun en contra de la voluntad del que debe ser sometido a ellas, y otro sector le da el nombre de medidas cautelares, resaltando aquí la finalidad de cautela que tienen, de modo que no persiguen un fin en sí mismas, sino son un medio para lograr otros fines: los del proceso. (p 37-38).

En el mismo tenor Roxin (2000), sostiene que las medidas de coerción del proceso están siempre unidas a una intromisión en un derecho fundamental, en particular:

> 1.- Injerencias a la libertad individual, en especial, orden de conducción coactiva, detención, prisión preventiva, encarcelamiento para realización del juicio oral, internación en un hospital psiquiátrico para examinar el estado de saludad mental, registro de una persona, realización de radiografías, y también la privación provisional del permiso para conducir. (p. 250).

Igualmente, realiza una división en la esfera de intromisión (Roxin, 2000, p. 250), destacando que cuando se trata de injerencias en la esfera de derechos fundamentales se trata de una protección jurídica más amplia, que requiere intervención judicial. Ahora bien, en general las medidas cautelares, inciden en la esfera de los derechos fundamentales, sin embargo, es indudable que la privación de libertad preventiva es la que mayor repercusión tiene, ya que afecta la libertad personal en toda su extensión, es decir, en gran intensidad, así como en duración.

Asimismo, Casal (1998), sostiene que existe distinción entre privación y restricción de libertad. Así, representan meras restricciones de la libertad de circulación:

> -Sometimiento de una persona a un régimen de supervisión especial que implicaba la prohibición de salir del domicilio en cierto horario; -Obligación de presentarse periódicamente ante la policía; -Sometimiento de una persona a un régimen de supervisión especial; -Relacionarse con determinadas personas que residían de modo permanente en el municipio; -La imposición de un toque de queda durante la noche.
>
> En cambio, el arresto domiciliario constituye una privación de libertad. A veces resulta difícil apreciar la línea que separa las privaciones de la libertad de las meras restricciones de la libertad de circular, ya que <<entre privación y restricción de libertad hay una diferencia de grado o intensidad más que de naturaleza o esencia>>. Así normalmente la privación de libertad se produce en un espacio reducido, mas puede que sea de otro modo. (p. 39).

Por tal razón, es menester emplear la terminología adecuada entre privación y restricción de libertad, siendo que ambas nociones presentan injerencias a la esfera de derechos fundamentales.

Dicho lo anterior, podemos concluir este aspecto siguiendo a Vélez (1956), quien aduce que solo se justifica la detención provisional como una medida imprescindible para asegurar el imperio de la ley… como especie de autodefensa

del propio ordenamiento jurídico, ante el peligro de que sea burlado. (p. 249), todo sobre la base de la prevalencia y el respeto de los derechos fundamentales.

4.1.1.7.- Características de las Medidas privativas de libertad

Hacer referencia a las características de las medidas privativas de libertad, es hacer referencia a los principios que las rigen, en virtud que los mismos sirven de sustento o molde para la aplicación de esta tutela cautelar. En tal sentido, las características o notas de las mismas, inspiradas en principios, según Arteaga (2007), son las siguientes:

> a).- Necesidad y proporcionalidad; b).- Judicialidad y Motivación; c).- Excepcionalidad e Interpretación restrictiva (*pro libertate*); d).- Provisionalidad, temporalidad y regla *rebus sic stantibus;* e).- Ejecución humanitaria. (p. 28-42).

Por su parte, Monagas (2007), clasifica las siguientes notas características:

> a).- Instrumentalidad; b).- Provisionalidad; c).- Obedecer la regla *rebus sic stantibus* o variabilidad; d).- Jurisdiccionalidad. (p.- 53-55).

Igualmente, Mata (2007), plasma las siguientes:

> a).- Afirmación de la Libertad; b).- Legalidad; c).- Lesividad; d).- Necesidad y Proporcionalidad; e).- Jurisdiccionalidad; f).- Excepcionalidad; g).- Provisionalidad; h).- Temporabilidad; i).- Fines de Aseguramiento. (p.- 84-86).

Por último, Mayaudon (2007), explana las siguientes notas características:

> a).- Instrumentalidad; b).- Provisionalidad y Temporalidad; c).- Vigencia de la regla *rebus sic stantibus;* d).- Jurisdiccionalidad (p. 347-348).

En tal sentido, vistas las anteriores consideraciones se denota la coincidencia en diversas características, entre las cuales destacan la a).- jurisdiccionalidad, b).- instrumentalidad, c).- provisionalidad, excepcionalidad, legalidad, necesidad, proporcionalidad y ejecutadas con respeto a los derechos humanos. Por ello, se plasma el alcance de cada una, a continuación:

a). - Jurisdiccionalidad:

Una de las principales características de las medidas cautelares es que únicamente pueden ser acordadas judicialmente, en tal sentido, no existe tutela cautelar sin que exista la jurisdiccionalidad. Ahora bien, el autor Ortíz-Ortíz (2015a) 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 es una potestad exclusiva del orden jurisdiccional, entonces resulta absolutamente claro que las medidas cautelares sólo pueden ser dictadas por los órganos jurisdiccionales.

Al respecto, aduce Ortíz-Ortíz (2015a) 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 salvaguardia 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).

Al respecto, aporta Arteaga (2007) que:

> Tratándose de medidas de coerción personal y concretamente, de la más grave, esto es, de la restricción de la libertad de movimiento, éstas no pueden ser acordadas sino por orden judicial ya que, de no hacerlo así, se incurriría en una flagrante violación del texto constitucional. (p. 37).

De igual manera, vale advertir que existen circunstancias excepcionales que permiten la práctica de medidas restrictivas de libertad, como es el caso de la flagrancia (a pesar que en esta investigación se entiende que es una medida

preventiva y no cautelar, propiamente dicha), conforme a lo consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que establece el facultad (poder)-deber de autoridades o cualquier persona, de restringir la libertad de una persona con la finalidad que sea presentada ante la autoridad dentro de los lapsos correspondientes.

De igual manera, cabe advertir que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha reconocido expresamente que una persona únicamente puede ser privada de libertad bajo orden o en casos excepcionales de flagrancia. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, decisión Nº 240 de Fecha: 17/02/2006:

> Ahora bien, debe recordarse que la Constitución, en su artículo 44, dispone que una persona sólo puede ser legítimamente privada de su libertad, por razón de sorpresa en flagrante delito, o bien, previa orden de detención que libre la autoridad judicial competente, de conformidad con la Ley (Vid. Sentencia Nº 2257 del 24 de septiembre de 2002. Caso: Dianora Josefina Noblot de Castro). En el caso que se examina se advierte que, como antecedente del fundamento de la presente acción, el legitimado activo denunció que fue privado de su libertad, de acuerdo con el contenido de la denuncia sólo en los registros procesales que, respecto de la misma, contienen los archivos del servicio de información del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, dentro de los cuales según su juicio no mediaba ninguna orden judicial de privación de libertad. Sin embargo, de la información proporcionada por el Tribunal Quinto de Ejecución pudo advertirse que ciertamente si existe una orden judicial en la que se ordena la captura del accionante para el cumplimiento de una pena impuesta por un órgano jurisdiccional.

De igual manera, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, ha señalado expresamente que no se permiten arrestos o detenciones atribuidas a órganos de naturaleza administrativa, salvo en los casos que exista una orden previa o flagrancia, tal como se observa en decisión Nº 972 de la Sala Constitucional de fecha: 09/05/2006 que indicó:

> **De manera que, por cuanto existe una norma constitucional (artículo 44) que expresamente reserva a órganos judiciales el ejercicio de determinada potestad, mal puede una norma con rango de Ley, bajo pena de violación al principio de separación de poderes, disponer que sea otra rama del Poder Público la que la ejerza, argumento que**

refuerza la declaratoria de inconstitucionalidad de ese precepto. Así se decide. (…) Resaltado nuestro.

Ahora bien, es importante destacar que en el Código Orgánico Procesal Penal de (1998), establecía en el su artículo 318 la facultad del Ministerio Público de ordenar la aprehensión de personas que perturbaran el cumplimiento de un acto, la cual no podía exceder de 6 horas, artículo que se mantuvo hasta el año 2009, cuando fue publicado en Gaceta Oficial Nº 5930 de fecha 04 de septiembre del aludido año, una reforma del Código Orgánico Procesal Penal que en su artículo 309 se establecieron las nuevas facultades del Ministerio Público, el cual suprimió tal facultad.

Consideramos que tal reforma fue atinada en el sentido que se suprimió una disposición a todas luces inconstitucional, ya que relajaba la norma que estatuye las disposiciones relativas a la privación de libertad que expresamente ordenan que la misma sea derivada de una orden o en virtud de flagrancia.

De igual manera, caso similar se aplicaba en relación al artículo 399 del Código Orgánico Procesal Penal de 1998 y de 2000, estatuía que el Poder Ejecutivo (en casos de extradición pasiva) podría ordenar, según la gravedad, urgencia y naturaleza del caso, la aprehensión del solicitado, en tal sentido, en la reforma de 2001, se suprimió tal disposición y se plasmó que es el Tribunal de Control, a solicitud del Ministerio Público, quien podrá ordenar la misma.

Por otra parte, se resalta que el Código Orgánico Procesal Penal deja claro cuáles son los aspectos procedimentales que rigen en materia de medidas, endilgado la exclusividad de solicitud de la práctica de medidas cautelare, tal como lo dispone el numeral 11 del artículo 111 *ejusdem*.

Igualmente, se estatuye expresamente que la competencia para decretar tales medidas, corresponde a los Tribunales, tal como lo indica el artículo 67 *ejusdem*:

Finalmente, cabe advertir que se estatuye en el Código actual (2012) en su artículo 206, que, por razones de extrema necesidad y urgencia, debidamente

justificados, el órgano de policía de investigación, podrá solicitar directamente al Juez de control la respectiva orden, previa autorización por cualquier medio del Ministerio Público.

b). - Instrumentalidad:

La instrumentalidad es una de las notas inherentes a la esencia de las medidas cautelares, por lo cual se suele aducir que las mismas no son un fin en sí misma, sino que sirven de medio o instrumento, a un proceso, que a fin de cuentas persiguen o atienden a la posibilidad de ejecución de una sentencia.

Al respecto, aduce Monagas (2007) que;

> La providencia cautelar tiende a asegurar las resultas del juicio expresadas en la sentencia definitiva, las cuales, de no dictarse la providencia, podrían ser inútiles bien por la ocultación de bienes en el caso de responsabilidades civiles, o por la fuga del imputado en lo que respecta al cumplimiento de la condena. (p. 53)

Aragüena (cit. p. Tamayo, 2011), sostiene que:

> La instrumentalidad constituye una de las características más peculiares y significativas de las medidas de coerción o cautelares. Según Aragüena Fanego, se le debe a Calamandrei la formulación más acertada, quien la concibe como nota distintiva que supone que estas medidas "no son nunca un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordinadas a la emanación de una resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente… …. La tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial, una tutela "mediata" más que para hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia". (p. 33).

Tales consideraciones encuentran cobijo en el único aparte del artículo 229 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que estatuye el estado de libertad y que se acordarán las medidas cuando otras sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso, que se desprenden del artículo 13 *ejusdem*.

c).- Provisionalidad, Temporalidad (Regla rebus sic stantibus)

La provisionalidad de las medidas privativas de libertad está referida según Arteaga (2007):

> Las medidas de coerción personal, orientadas y preordenadas a la existencia y realización de un proceso y que no sean frustrados sus

> resultados, dependen lógicamente de aquel y de sus incidencias, no pudiendo considerarse definitivas, sino provisionales y de imposible subsistencia, extinguido de alguna manera el proceso que las sustente. (p. 40).

En tal sentido, aduce Monagas (2007), que:

> la provisionalidad o cualidad provisoria que se otorga a las providencias cautelares, consiste en la duración limitada de éstas, comprendida entre el momento en que se acuerdan y el momento en que se produce la sentencia definitiva que pone fin al juicio y extingue los efectos de la providencia cautelar. (p. 53).

Igualmente, aduce Binder (1999) que:

> Un cuarto principio que rige el régimen constitucional de la prisión preventiva es el de la necesaria limitación temporal. Toda persona sometida a proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. (p. 201).

Lo anterior significa que la medida cautelar privativa de libertad debe estar limitada por e aspecto temporal, lo cual se traduce en que las medidas son provisionales y pueden ser revisadas a fin que se extingan sus efectos. Ahora bien, inserto en el tema de la provisionalidad y la temporalidad se incluye el axioma referido al *rebus sic stantibus*, que según Mayaudon (2007):

> Esta regla viene a complementar los criterios de provisionalidad y temporalidad, se va a referir, en concreto, a la obligación que nace, para la autoridad judicial competente, de revisar los elementos y requisitos exigibles para tomar la medida, lo cual llevará al juez a mantenerla, modificarla, sustituirla o revocarla.
>
> En el caso de la detención preventiva, el juez penal está en la obligación de revisar de oficio la medida cada cierto tiempo, o en cualquier momento a petición del imputado o del Ministerio Público, para contestar la situación de las causas o motivos que dieron lugar a su adopción; y, en base a este análisis, tomar una decisión al respecto sin esperar una culminación del evento –decisión judicial de fondo- o el vencimiento del plazo acordado. (p. 348).

Ascencio (1987), escinde dos aspectos del mismo, su contenido, y su operatividad al siguiente tenor:

> a).- Contenido. La regla “rebus sic stantibus” hace referencia a la dependencia de la vigencia de la prisión preventiva en un proceso determinado, de la subsistencia o invariabilidad de las razones y motivos que constituyeron la base de su adopción.
>
> En su virtud, si dichos motivos desaparecen o varían a lo largo de la causa, correlativamente, la medida cautelar ha de sufrir los efectos derivados de tal motivación y, consecuentemente, debe ser levantada o acomodada a la nueva situación.
>
> b).- Operatividad. La operatividad de la regla “rebus sic stantibus” a diferencia de la temporalidad y la provisionalidad, depende fundamentalmente, del libre criterio del Juez, el cual, mediante la valoración de los elementos contenidos en los artículos 503 y 504 de la Lecrim, podrá mantener o levantar la prisión si considera que los motivos han variado o si, por el contrario, permanecen inalterables. (p. 47-49).

Por ello, converge el carácter provisional y temporal de las medidas, lo cual significa que las mismas pueden variar por su carácter provisional y, además, están limitadas en el tiempo, tal como lo dispone el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que dispone que en ningún caso las medidas podrán sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de dos años, con sus respectivas excepciones justificadas.

Corolario, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) estatuye un capítulo referido al examen y revisión de las medidas cautelares, que implica la posibilidad que las medidas puedan ser revocadas o sustituidas, siempre que operen las circunstancias que así lo ameritan.

d). - Excepcionalidad (pro libertate):

Una de las características medulares de las medidas cautelares radica en su excepcionalidad, que implica que sólo deben ser acordadas como *última ratio*, o fragmentariamente, es decir, debe prevalecer la afirmación de la libertad, fundamentado en el principio de presunción de inocencia anteriormente explicado. Gimeno (1981), al respecto indica que:

> La detención preventiva como manifestación del ius puniendi del Estado se debe adoptar siguiendo el procedimiento previamente determinado

> por la ley, respetando los derechos consagrados en la Constitución (entre el cual figura la presunción de inocencia que a su vez fundamenta la excepcionalidad) p. 24-26.

Así, el carácter de excepcionalidad de la prisión preventiva, se colige con el principio *pro libertate* que posee todo ciudadano de ser juzgado en libertad, conforme al principio de presunción de inocencia, el cual encuentra asidero a nivel internacional, así como nacional, que claramente ordena que la prisión preventiva debe considerarse como la última opción.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se ha referido al principio *pro libertate* al resolver sobre medidas en decisión Nº 2426, de fecha: 27/11/2011 de la siguiente manera:

> (…) "En todo caso el Juez deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses, y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas". Ahora, se entiende que esta previsión regula exactamente dos supuestos: a) El irrestricto derecho del imputado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la necesidad de sostener o mantener la medida precautelativa de la que ha sido objeto con anterioridad, esto es, de incoar el examen de la vigencia de los supuestos de la medida; **b) La obligación para el juez de examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares, de oficio, cada tres meses y "cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas", obligación que, de acuerdo al principio pro libertatis, debe entenderse que consagra la posibilidad de sustituir y aun de revocar la medida precautelativa en cualquier momento en que los supuestos que la fundan hayan cesado de manera alguna, absoluta o parcialmente.** (Resaltado nuestro)

Como corolario, Binder (1999), señala que, si la prisión preventiva es admitida constitucionalmente, lo que es sólo excepcionalmente y con muchas restricciones. (p. 201).

Ahora bien, de manera puntual se citan los artículos del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que consagran tal característica referida a la excepcionalidad, como los artículos 8, 9 y 229.

Finalmente, vale citar a Cafferata (cit. por Monagas, 2007), sostiene que:

> Si el imputado es inocente debe ser tratado como tal, lo que significa no sólo la prohibición de penarlo antes del fallo condenatorio, sino también la de menoscabarlo en su derecho a la libertad, salvo cuando no hacerlo signifique comprometer seriamente los resultados del juicio previo. (…) Quien pretende reprimir durante el proceso se olvida que la pena no puede ser previa al juicio, sino previo el juicio. (p. 67).

***e). - Interpretadas restrictivamente*:**

Íntimamente relacionado con la excepcionalidad está el carácter de interpretación restrictiva, en tal sentido, tal señalamiento encuentra sustento en el artículo 233 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), basado en que cualquier disposición que restrinja la libertad, se interpretará de manera restrictiva.

Al respecto aduce Arteaga (2007) que:

> Este carácter restrictivo de los dispositivos odiosos que afectan la libertad u otros derechos de una persona sometida a proceso deriva de la excepcionalidad de estas normas que, como lo hemos señalado reiteradamente, solo encuentran aplicación por exigencias estrictas del proceso penal y su prolongación en el tiempo, de tal manera que si la decisión de un caso penal pudiese producirse de inmediato, no habrá lugar a medida alguna de coerción personal. (p. 39).

Adicionalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión Nº 1621 de fecha 24 de noviembre de 2009, estatuyó lo siguiente:

> **Por su parte, el artículo 247 del Código Orgánico Procesal Penal establece que:**
>
> **Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán de interpretación restrictiva.** (…)
>
> Cabe recordar, que el derecho a la libertad personal que preceptúa el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es irrenunciable, tal y como lo ha establecido en innumerables decisiones esta Sala; en consecuencia, **las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado son, según lo que preceptúa el artículo 247 del Código Orgánico Procesal Penal, de interpretación restringida, y, además, las normas que rigen la materia que se analiza son de eminente orden público.**
>
> (…)". En consecuencia, la aplicación de más de una medida, en contravención con lo que dispone el artículo, aplicable configura una clara y evidente lesión al derecho fundamental al debido proceso y, también, al derecho a la libertad personal. **(Resaltado nuestro)**

Los anteriores planteamientos son totalmente claros en el sentido que las disposiciones en materia de medidas, deben ser interpretadas y aplicadas de manera restrictiva, tal como se evidenció en la temática referida a los principios en materia de medidas, en la cual se determinó que debe manejarse una similitud con el principio de legalidad penal en sentido material.

f). - Motivadas

En principio, toda decisión jurisdiccional debe ir con su debida motivación, se trate de un auto o una sentencia debe ir acompañada de este requisito (salvo los autos de mero trámite), en tal sentido, el legislador conteste con este principio procesal de motivación, impone expresamente que las medidas deben estar debidamente motivada, tal como lo consagra el artículo 232 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), es decir, las medidas solo podrán ser decretadas mediante resolución judicial fundada.

Tal disposición es reafirmada en el artículo 240 *ejusdem* que exige un contenido básico del auto que acuerda la privación judicial preventiva de libertad, que ratifica que la decisión que decrete la privación deberá estar debidamente fundada (datos personales, relación de hechos, razones para que se acuerde la medida, disposiciones legales y sitio de reclusión).

De igual manera, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en Sala Constitucional ha hecho referencia a la motivación obligatoria de las medidas cautelares, tal como se observa en decisión Nº 1516 de fecha: 08/08/2006, al siguiente tenor:

> En atención a ello, se observa que, dentro de los requisitos de toda decisión judicial, los cuales son de orden público, en el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal, se haya la motivación (Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.222 del 6 de julio de 2001, caso: "Distribuciones Importaciones Cosbell, C.A."; 324 del 9 de marzo de 2004, caso: "Inversiones La Suprema, C.A."; 891 del 13 de mayo de 2004, caso: "Inmobiliaria Diamante, S.A." y, 2.629 del 18 de noviembre de 2004, caso: "Luis Enrique Herrera Gamboa"), razón por la cual se encuentra constreñido el juez a su cumplimiento, en virtud que la inobservancia de la motivación de la sentencia imposibilita su control por las vías ordinarias, vulnerando así el derecho a la defensa de la parte contra

quien obra el decreto cautelar, así como de cualquier tercero que pudiera verse afectado por el mismo.

En tal sentido, la motivación implica que al acordarse la medida se plasmen los fundamentos que sustentan la adopción de la misma, lo cual implica que se relaje el principio marco de presunción de inocencia que admite excepciones que deben ser fundadas, así, con ello se garantiza el derecho a la defensa.

g).- Legalidad (Prohibición de ser dictadas de oficio)

En relación a la legalidad procesal, esta implica que las formas deben cumplirse conforme lo estatuye la legislación, en este caso, la legislación procesal macro que es el Código Orgánico Procesal Penal (2012), ello por supuesto, siguiendo los postulados constitucionales que generan las bases para el tratamiento de las instituciones cautelares.

Dicho lo anterior, los artículos 9 y 232 *ejusdem* consagra la legalidad en la adopción de medidas cautelares, las cuales únicamente pueden adoptarse conforme a sus disposiciones expresas.

Adicionalmente, el referido Código establece la regulación de todos los aspectos procedimentales que deben acompañar la tutela cautelar, entre la cual figuran requisitos insoslayables, según lo plasma el artículo 236, así como los requisitos de fondo que deben cumplirse para que se genere su procedencia, los cuales serán analizados posteriormente.

En este sentido, Binder (1999), apunta que: no basta con que se tenga una sospecha fundada, tampoco sería admisible constitucionalmente la prisión preventiva si no se dan otros requisitos: los llamados “requisitos procesales”. (p. 199)

i).- Proporcionalidad y necesidad:

La necesidad y la proporcionalidad son notas características que van de la mano, referida la proporcionalidad a que la medida no debe superar al hecho punible, lo que significa que deben guardar proporción con la eventual sanción con respecto a la medida.

Ahora bien, aduce Arteaga (2007) que:

> Evidentemente, esta característica de la proporcionalidad se explica por el grave daño inherente a la aplicación de una medida provisional que afecta la libertad o derechos de una persona con status de inocente y con miras a evitar, dentro de lo posible, la injusticia que supone que pueda ser más grave la medida cautelar que la posible sanción (p. 31).

Por su parte, Binder (1999), en relación a la proporcionalidad arguye que la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la penal, en caso de probarse el delito en cuestión. (p. 201).

De igual manera, el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) dispone expresamente la proporcionalidad de las medidas cautelares de coerción penal. Asimismo, el artículo 9 *ejusdem*, consagra la afirmación de libertad y hace referencia a la proporcionalidad.

Vistos los anteriores artículos, se denota la exigencia del legislador de manejar la proporcionalidad como una característica intrínseca de las medidas cautelares privativas, en virtud que bajo ninguna circunstancia pueden ser adoptadas si son desproporcionales al hecho punible, por ello, como se infiere que lógicamente no pueden superar la eventual sanción penal que se pueda imponer por el mismo.

Por otra parte, la necesidad está íntimamente con la proporcionalidad, así como con la excepcionalidad y la interpretación restrictiva, en virtud que todas son notas comunes del carácter fragmentario de las medidas cautelares privativas, las cuales deben adoptarse como el último recurso que se cuenta en el proceso, en aras de evitar la injerencia innecesaria y temeraria en derechos fundamentales. Por ello, apunta Binder (1999):

> En realidad, dentro de nuestro sistema constitucional, solamente el primero puede constituir un fundamento genuino para el encarcelamiento preventivo. El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. (p. 199)

Asimismo, el Estado cuenta con otro bagaje de medidas (por ej. Las cautelares sustitutivas) que perfectamente pueden lograr el mismo fin, sin que sea necesario acudir primigeniamente a la adopción de medidas cautelares privativas. En sintonía con lo *supra* señalado, el artículo 229 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) consagra el estado de libertad que radica en aplicar medidas privativas, cuando las demás sean insuficientes.

j).- Ejecutadas con respeto a los derechos humanos:

Por último, se plasma un aspecto importante en relación a la adopción y ejecución de medidas, referido a que deben realizarse con arreglo y respeto a los derechos humanos, con lo cual se destaca lo atinente a la dignidad humana. Tal señalamiento es un principio que debe regir en todos los actos realizados en el marco de un proceso penal, especialmente en relación a la aplicación de las medidas cautelares, particularmente las personales que implican la privación de libertad.

Por ello, indica Binder (1999), que:

> …la prisión preventiva, que consiste en la necesidad de darle un tratamiento adecuado al encarcelado preventiva. Según hemos visto, si bien la prisión preventiva constituye una limitación al principio de inocencia, esta afectación debe ser lo más limitada, excepcional y restringida posible. Por lo tanto, hay que evitar, en cuanto sea posible, que la prisión preventiva se asemeje a una pena. (p. 202).

Es importante destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) consagra una gran cantidad de normas que regulan y persiguen garantizar el ejercicio de los derechos humanos, entre la que destaca el artículo 19, que obliga al Estado a garantizar los derechos humanos, abarcando los tratados relativos a la materia.

Artículo que es extensible al ámbito de las medidas cautelares de coerción personal que al incidir en la libertad y por tratarse de una privación de la libertad, la reclusión facilita las violaciones a los derechos humanos, así como al trato indigno del cual pueden ser objeto, consciente de ello, el legislador venezolano lo consideró

como un principio macro del proceso penal, el respeto a la dignidad humana, consagrándolo en el artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal (2012).

4.1.1.8.- Derechos y garantías del privado de libertad

En relación a los derechos y garantías del privado de libertad, debe advertirse que, en primer término, es importante destacar que la doctrina suele escindir entre detención (aprehensión) y privación preventiva de libertad, siendo la primera la consecuencia derivada de una orden que ordena la aprehensión de una persona o la consecuencia de la presunta comisión de un hecho punible de manera flagrante, y la privación de libertad, se erige como la medida cautelar de coerción personal propiamente dicha, en tal sentido, tanto una persona detenida, como privada de libertad son acreedores de derechos y garantías, al respecto, Casal (1998), considera que una persona detenida o privada de libertad, posee los siguientes derechos:

> 1.- Derecho a ser informado en el lapso más breve de los motivos de la privación de libertad y de cualquier acusación formulada en su contra; 2.- Derecho a ser conducida ante un juez u otra autoridad que corresponda; 3.- Derecho a no sufrir una prisión provisional injustificada o excesivamente prolongada; 4.- Derecho a interponer un recurso ante un tribunal a fin que sea examinada la licitud de la privación de libertad; 5.- Derecho a obtener una reparación por el padecimiento de un privación ilegítima de libertad; 6.- Derecho a que algún familiar sea puesto en conocimiento de la privación de libertad (p. 90-119).

Se coincide con lo señalado anteriormente por Casal, además, es oportuno citar a Vásquez (2016), quien sostiene que el imputado posee los derechos consagrados en los artículos 126 y 127 del Código Orgánico Procesal Penal. (p. 73). Además, resalta el imperativo que se observen los principios que rigen en materia de medidas, necesidad, excepcionalidad, interpretación restrictiva y proporcionalidad que limitan la libertad del imputado. (p. 74).

De igual manera, se coincide con lo señalado por Vásquez, no obstante, adicionamos los siguientes derechos y garantías que deben asistir al imputado, teniendo presente que básicamente el derecho que se suprime a una persona privada preventivamente de libertad, es el derecho a la libertad ambulatoria (con sus

respectivos derivados, por ej., libre tránsito), por lo demás, subsisten todos los derechos (excepto aquellos que sean mermados como consecuencia de una pena accesoria, por ej. Inhabilitación política) de los cuales es acreedor una persona.

En tal sentido, en primer término, cabe destacar que la vida es un derecho que debe ser preservado de manera primordial, conforme al artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que establece su inviolabilidad, así como la obligación del Estado de proteger la vida de las personas que se encuentren privadas de libertad.

Entre otras consecuencias, se entiende que se prohíbe la desaparición forzada de personas y el respeto a la integridad física en toda su amplitud, según se desprende de los artículos 45 y 45 *ejusdem*.

Así se observa que se establece el respeto a la dignidad inherente a todo ser humano, particularmente a los privados de libertad, tal como se observó en el numeral 2 del artículo *supra* transcrito. Igualmente, dicho artículo hay que relacionarlo con los artículos 19, 21 y 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que establecen el respeto de los Derechos Humanos, de carácter obligatorio pro parte de todos los órganos que ejercen el Poder Público (artículo 19 *ejusdem*), así como la igualdad de las personas ante la Ley, por lo cual no se admiten discriminaciones de ningún tipo, incluyendo el tratamiento de los privados de libertad (artículo 21 *ejusdem*) y por último, lo atinente al sistema penitenciario el cual tiene que ser humanizado, y manejado de manera que se garantice el respeto a los derechos humanos, haciendo particular énfasis a preferir penas no privativas de libertad (artículo 272 *ejusdem*).

Ahora bien, señalados los artículos que enarbolan el trato digno y respetuoso de los derechos humanos de los privados de libertad, es importante destacar que el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) consagra todas las normas relativas a la libertad personal, destacándose la exigencia de orden o detención en flagrancia, los plazos y procedimientos para que esa persona sea puesta a la orden de un tribunal, derecho de los detenidos a comunicarse, procedimiento cuando se trate de extranjeros, prohibición de penas que trasciendan de la persona condenada y toda autoridad que ejecute medidas

está obligada a identificarse. Al artículo descrito, debe adicionarse el debido proceso plasmado en el artículo 49, con todo su catálogo de elementos, que de igual manera se aplica en los casos de privación de libertad.

Por último, en consonancia con las disposiciones constitucionales, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) establece un bagaje de derechos que asisten al imputado (se encuentre privado o no de libertad), en el artículo 127, resumidos en la información de los hechos imputados, comunicarse con los familiares, asistencia técnica, contar con traductor en los casos que proceda, solicitar práctica de diligencias, no ser sometido a malos tratos, degradantes o tortura, trato digno, respeto a la voluntad, solicitar el sobreseimiento y ser oído.

Vistos los anteriores artículos, debe advertirse que pueden figurar otros derechos que no se hayan plasmado en los artículos anteriores, tales como el derecho de petición, de elevar pretensiones (entre las cuales e incluye amparo), derecho a la salud, derecho a la educación, entre otros derechos que, aunque no figuren, se entiende que no se excluyen.

4.1.1.9.- Requisitos de fondo para que procedan las Medidas Cautelares Privativas de Libertad (Condiciones o presupuestos de procedencia)

Hacer referencia a las condiciones de fondo o procedencia, es hacer referencia al *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, que se erigen como aspectos de fondo que usualmente suelen exigirse al acordarse una medida cautelar, en tal sentido, la doctrina es conteste en indicar que tales requisitos concurrentes deben manifestarse en aras de acordar una cautela.

4.1.1.9.1- *Fumus Boni Iuris*

4.1.1.9.1.1.- Conceptualización

El *fumus boni iuris*, es la “posición jurídica tutelable” o “verosimilitud en el derecho”, (concepción de Ortíz-Ortíz 2015ª, p. 323) quien aduce que erróneamente se le ha denominado “presunción de buen derecho”, en virtud que un derecho no se escinde en bueno o malo, en tal sentido, esta posición se exige adicional al riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), 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 una posición jurídica que preliminarmente demuestre elementos serios de la circunstancia del derecho que se reclama.

El autor La Roche (1988), define el fumus boni iuris así:

> El fundamento o ratio legis del requisito legal de la presunción grave del derecho que se reclama radica en la necesidad de que se pueda presumir al menos que el contenido de la sentencia definitiva del juicio será de condena, como justificación de las consecuencias limitativas al derecho de propiedad que conlleva la medida. (p. 188)

El autor Ortíz-Ortíz (2015a), 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 similar sentido Tamayo (2011), 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 cautelare, constituyendo, además, un aspecto necesario de su instrumentalidad. (p. 42)
>
> 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).

Vistos los anteriores conceptos, se debe expresar que el fumus boni iuris o verosimilitud del buen derecho, puede entenderse como un presupuesto necesario para acordar la cautela, que consiste en una posición jurídica, debidamente demostrada (sin que se entienda una demostración definitiva) que genera la necesidad que sea dictada la medida, en aras de proteger tal posición.

4.1.1.9.1.2.- Características

Para Ortíz-Ortíz (2015a), 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 consolidad, 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).

En resumen, debe existir una posición jurídica tutelable demostrada preliminarmente por quien afirma ser titular del derecho o interés en cuestión y deba existir una apariencia de certeza o seriedad, comprobable, además de tratarse de generar una convicción suficiente para que sea acordada la misma.

4.1.1.9.1.3.- *Fumus boni iuris* en el ámbito penal (Medidas Cautelares personales)

Ahora bien, tal concepto a pesar que es aplicado en general en el orden procesal, es importante advertir que es empleado comúnmente en el ámbito civil,

por ello, la doctrina penal se ha encargado de definirlo en otro sentido distinto al penal, sin embargo, por ello, apunta Arteaga (2007), que del *fumus boni iuris* "*fumus delicti*" se desprenden dos requisitos (un hecho punible –un delito- y que exista probabilidad que el imputado sea responsable penalmente –fundados elementos de convicción que actuó como autor o partícipe-), por ello, aduce 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. En cuanto al segundo extremo del fumus delicti o probabilidad de que el imputado sea responsable penalmente, se exige, como señala el COPP, la existencia de fundados elementos de convicción que conduzcan a estimar que la persona contra la que se dirige la medida ha sido el autor o partícipe en la comisión del hecho punible en cuestión. (pp. 46-47)

Lo explanado anteriormente obliga a hacer brevemente referencia a qué se entiende por delito, así como los elementos carácteristicos para determinar que una persona es autor o partícipe en la comisión del aludido delito. Tal como apunta Arteaga (2007), se debe tomar en cuenta las características que permiten encuadrar una conducta en una disposición penal, e igual que el sujeto pasivo de la medida es autor o partícipe en ese hecho (p. 46)

Los aludidos supuestos encuentran respaldo en los numerales 1 y 2 del artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que disponen:

> 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. (…) **(Resaltado nuestro)**

Tales aspectos son analizados en detalle a continuación.

4.1.1.9.1.4.- Supuestos

4.1.1.9.1.4.1.- Hecho punible con pena privativa de libertad

Antes de hacer referencia a un hecho punible, es oportuno realizar algunas precisiones relacionadas con la teoría del delito, disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal, con la finalidad de otorgar seguridad jurídica y servir de contención o límite en la aplicación de los delitos.

En tal sentido, los hechos punibles se dividen en delitos y faltas, interesándonos en este caso únicamente lo atienten al estudio del delito, que son los que eventualmente pueden acarrear o traer consigo aparejada, una pena privativa de libertad. Ahora bien, el estudio del delito básicamente se ha realizado escindiendo de manera estratificada, categorías o elementos, que en su conjunto lo conforman, siendo éstos, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (se adiciona el elemento punibilidad, en algunos casos específicos).

Dicho lo anterior, se entiende que los anteriores elementos son concurrentes, es decir, para que se hable de delito, se deben materializar cada uno de las aludidas categorías. Así, la acción se concibe según Mila (2014) como el punto de partida de toda reacción jurídico-penal (p. 239), entendiéndose como:

> La acción constituye el núcleo del tipo y se expresa bajo la descripción de un comportamiento humano que puede manifestarse a través de una acción o una omisión. Así pues, la conducta humana –prevista y descrita en el tipo penal de forma general – fungirá como un punto de comparación con respecto a la conducta desplegad por el sujeto activo en el caso concreto, a los fines de materializar el juicio de adecuación. Así se conforma por un acto humano, exteriorizado y voluntario (este

> último referido a que no concurra un acto reflejo, una fuerza física irresistible, estado de sueño o semisueño, hipnosis, entre otros aspectos que excluyen la voluntad). (p. 246-248)

Ahora bien, dicha acción es albergada en la tipicidad, es decir, la tipicidad además de otros elementos, consagra la descripción legal de una conducta como punible, y actualmente se concibe que los tipos poseen una estructura objetiva y otra subjetiva, la cual necesariamente es concurrente para poder imputar un tipo, por ello, el estudio de los tipos penales implica realizar un análisis objetivo y otro subjetivo, lo que significa que la tipicidad no se limita a concebir los tipos penales como una mera descripción legal de una conducta como punible.

En tal sentido, la tipicidad objetiva comprende como elementos esenciales: los sujetos, la conducta, el bien jurídico, la relación de causalidad (teniendo presente la imputación objetiva) así como elementos accidentales, a saber: el objeto material, elementos normativos, elementos descriptivos y circunstancias de modo tiempo y lugar, es decir, aspectos apreciables externamente; por su parte, el tipo subjetivo posee diversos elementos que conforman su estructura, siendo éstos: el dolo y la culpa, adicionalmente, en algunos casos elementos subjetivos.

Visto lo sostenido anteriormente, se puede afirmar todo tipo penal en su estructura típica subjetiva, únicamente se configura en términos dolosos o culposos, es decir, un tipo penal subjetivamente sólo puede cometerse dolosamente (con conocimiento y voluntad) o culposamente, también denominada imprudencia, (incumpliendo el deber objetivo de cuidado, lo cual significa que no existe intención de materializar el resultado), con lo cual se concluye que todo delito es doloso o culposo.

Vale destacar que igualmente el tipo penal alberga otras instituciones, tales como los denominados elementos amplificadores del tipo (tipos de imperfecta realización y tipos de autoría y de participación), adicionalmente aspectos como el error, el delito putativo, causas excluyentes de la tipicidad, entre otros aspectos.

Ahora bien, precisada la estructura básica de todo tipo penal, la siguiente categoría o elemento del delito es la antijuridicidad, entendida en términos generales como la desaprobación del orden jurídico, es decir, según Muñoz y García (2010):

> El término antijuridicidad expresa contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias en cada rama del mismo. El derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena. (p. 299).

Dicho lo anterior, no basta que se materialice un comportamiento humano subsumible en un tipio, sino es necesario que tal conducta sea antijurídica, que no se halle justificada, precisamente por una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, derecho, oficio o cargo, obediencia de órdenes superiores y omisión por causa legítima).

Por otra parte, se ubica la culpabilidad, formulación implica que estén dados tres elementos, imputabilidad (aspectos referidos a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse –edad, enfermedad mental, entre otras-), conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, en el entendido que sólo se puede motivar el individuo que conoce el contenido de las prohibiciones que señala la norma (error de prohibición), adicionalmente, que no le pueda exigir un comportamiento distinto, lo que significa que en derecho, por lo general se exige el cumplimiento de comportamientos posibles, en tal sentido, toda norma jurídica tienen un ámbito de exigencia fuera del cual no puede exigirse responsabilidad (estado de necesidad disculpante, miedo insuperable, objeción de conciencia, exceso en la defensa, entre otros).

Por último, un sector de la doctrina adiciona la categoría de la punibilidad, la cual Mila (2014):

> Es una característica que implica que la conducta tiene en la ley prevista una pena, con lo cual no puede quedar excluida de la aplicación del delito, tratándose de condicionamientos (condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, en el plano sustantivo, siendo que el plano procesal surgen las causas de exclusión de la competencia penal y condiciones de perseguibilidad). (p. 569-571).

En el mismo orden de ideas, es necesario que se aprecie en términos generales, la comisión de un hecho punible (entendido como delito), que reúna los elementos o categorías básicos para que pueda ser concebido como tal, es decir, que se trate de una conducta típica, antijurídica y culpable (punible cuando así se requiera). En relación a este punto, Arteaga (2007) sostiene que:

> 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)

Igualmente, Clariá (1966), indica que:

> (…) el presupuesto de las medidas implica la mención previa de la calificación legal con respecto al hecho imputado, la cual tiene trascendencia en muchos aspectos, entre los cuales figura la excarcelación y posibilidad de cumplir prisión preventiva en lugar distinto a la cárcel. (p. 223).

Asimismo, aduce que debe desprenderse como posible, para acordar la medida privativa, la existencia de un hecho delictuoso. (223). Por otra parte, se debe advertir que el artículo 239 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) establece una regla referida a los delitos que merezcan pena privativa que no exceda de tres años en su límite máximo, conjuntamente con otros requisitos, únicamente procederán medidas cautelares sustitutivas.

Lo anterior implica deducir que obviamente debe tratarse de un delito, ante lo cual se excluyen las faltas y además, debe acarrear una pena privativa en su límite máximo que no exceda de tres años, con lo cual, los tipos penales que no reúnan tal características, quedan excluidos del ámbito de aplicación de las medidas cautelares personales de privación preventiva de libertad.

4.1.1.9.1.4.2.- Elementos de convicción para estimar la autoría y participación en la comisión del hecho punible

Por otra parte, con relación a los elementos que acrediten cierta existencia de responsabilidad penal (autoría o participación), nos obliga a hacer referencia a dos aspectos, uno referido a la concepción de los elementos de convicción, y por otra parte, a la concepción de la autoría y participación.

Los elementos de convicción se traducen en aquellas evidencias o fuentes de prueba que sirven para la fundamentación de la acusación (incluyendo las relacionadas con la defensa), que en todo caso persiguen como finalidad, individualizar al sujeto a quien se le atribuye la comisión del hecho punible (delito), sea en calidad de autor o de partícipe.

Al respecto, apunta el profesor Arteaga (2007), lo siguiente:

> En este caso, no se trata de la plena prueba de la autoría o de la participación del sujeto en el hecho, sino como señala el COPP, de fundados elementos de convicción. Entonces, no es suficiente la simple sospecha de que el sujeto ha sido el autor o ha participado en el hecho, ni tampoco puede fundarse el directamente del Juez en un indicio aislado de autoría o participación, sino que se requiere algo más, un quid plus, que se concreta en la existencia de razones o elementos de juicio que tienen su fundamento en hechos aportados por la investigación que permite concluir, de manera provisional, que el imputado ha sido el autor del hecho o ha participado en él. (p. 48).

Bernard y Montealegre (2013) se inclinan por la misma línea del anterior autor, al destacar que:

> En otros términos, para la iniciación de una investigación penal deben existir evidencias mínimas sobre la ocurrencia de un hecho y de tales evidencias debe poderse inferir, de manera racional, que se ha incurrido en una conducta punible. Es decir, no basta con la simple sospecha sobre la comisión de un hecho punible para iniciar una investigación, sino que deben concurrir indicios claros en ese sentido. (p. 59)
>
> Se puede afirmar que el fin básico de la investigación en los procedimientos penales con principio acusatorio se identifica con la noción de actuación preparatoria del juicio oral (p. 62)

Adicionalmente, sostiene el autor Clariá (1966), en relación al tema *in commento*, que:

> El presupuesto que analizamos permite advertir la más fundamental diferencia de la prisión preventiva con las otras medidas restrictivas de libertad del imputado. Estas presuponen, ciertamente, la responsabilidad del imputado contra quien se dirijan; pero cualquiera sea el grado de sospecha, determinada o subjetivamente, requieren pronunciamiento previo o fundamentación que dé base formal ineludible a la restricción de la libertad. Cuando se autoriza la prisión preventiva sin más requisito que el procesamiento previo, es de naturaleza rígida. La medida deberá aplicarse en cuanto se dé esa condición, sin consideración alguna a circunstancias objetivas o subjetivas, aunque de ellas pueda aparecer claramente que el encarcelamiento del imputado aparejará un rigor necesario, excesivo frente a la finalidad perseguida. (p. 224)

Al respecto, concluye indicando que:

> Deben existir elementos suficientes que infieran un hecho delictuoso, así como elementos suficientes para concluir que el imputado puede ser autor responsable del mismo. Tal ha de ser el contenido de la fundamentación de la prisión preventiva que antes nos hemos referido. Si esa posibilidad no se diera, sería absurdo aplicar la medida, pues faltaría mérito para ello; no se justificaría ni la más mínima privación de la libertad (p. 223).

Como corolario, apunta Levene (1993), que:

> El fin básico de la investigación está apuntado a obtener los elementos de juicio necesarios para acusar durante la vista pública a la persona individualizada como autor del delito. La etapa de investigación también tiene por finalidad adoptar medidas cautelares con respecto a las personas, los bienes y las pruebas. (p. 62).

Finalmente, aduce Mayaudón (2007) que, en la apreciación de buen derecho, se persigue:

> (…) determinar que existen fundados elementos de convicción que pudieran comprometer la responsabilidad penal de la persona sometida a juicio, con probabilidades de que sobre él recaiga una condena penal que lo conduzca a la privación de su libertad por un período de tiempo largo (p. 349)

> Observamos dos aspectos que configuran este elemento: por un lado, los fundados indicios de culpabilidad que llevan a determinar la probabilidad de la participación del imputado en un hecho punible, y por otro las probabilidades de una condena que implique la pérdida de la libertad (p. 349).

Dicho lo anterior, la exigencia de fundados elementos de convicción, que si bien no debe determinar plenamente la responsabilidad en calidad de autor o de partícipes de un hecho punible, si deben permitir cierta individualización, que permita al menos inferir que se trata de un responsable, es decir, contar con elementos mínimos que endilguen responsabilidad.

Como corolario, establece la Circular Nº 004-2002, de fecha 28 de noviembre de 2002 referida a los requisitos de la acusación emanada del Despacho del Fiscal General de la República, en relación a los elementos de convicción, lo siguiente:

> Los elementos de convicción están conformados por las evidencias obtenidas en la fase preparatoria del proceso ordinario o en el momento de la aprehensión en los casos de flagrancia, que permiten subsumir los hechos en el supuesto de la norma penal sustantiva, y por ende solicitar el enjuiciamiento del imputado, razón por la cual el legislador exige una debida fundamentación basada en los elementos de convicción. Esa exigencia se concreta en dar a conocer el aspecto resaltante de cada actuación, que a juicio del fiscal constituye el motivo o circunstancia que la hace relevante a los efectos de la imputación que se realiza, mediante su trascripción en el escrito acusatorio.
>
> Por lo tanto, los elementos expuestos y citados deben concatenarse entre sí, de manera que pueda apreciarse claramente su coherencia, estableciéndose de modo claro la relación entre los elementos de convicción y los hechos previamente narrados, mediante la manifestación expresa de los razonamientos utilizados para establecer tal vinculación. Una inadecuada fundamentación podría generar dudas, tanto en la debida calificación del delito por el cual se acusa, como en la responsabilidad del imputado. (p. 9-10).

Al respecto, la Doctrina del Ministerio Público a través de memorándum Nº DRD-13-14943 de fecha 06/04/2001, disponible en el Informe Anual del Fiscal General de la República de 2001, que:

> Los elementos de convicción, lo integran el resultado de las diligencias practicadas en fase preparatoria, conducentes a la determinación de los

> hechos punibles y a la identificación de autores y partícipes, sirviendo de basamento para solicitar el enjuiciamiento de una persona. (p 954),

Tales planteamientos operan por analogía en la materia de medidas, en virtud que deben existir elementos debidamente fundamentados que generen una vinculación al imputado de su presunta responsabilidad a título de autor o partícipe, en la comisión de un hecho punible. De igual manera, vale destacar que tales elementos deben cumplir con los postulados de la licitud de la prueba, ello según lo dispuesto en el artículo 181 del Código Orgánico Procesal Penal (2012).

4.1.1.9.2.- Periculum in Mora

4.1.1.9.2.1.- Conceptualización

Doctrinariamente, (Ortíz-Ortíz 2015a, p. 299), sostiene que el *periculum in mora*, (riesgo o peligro de infructuosidad del fallo), erróneamente denominado "peligro en la demora", es entendido en términos generales como un interés legítimo y actual.

Así las cosas, el *periculum in mora* es un requisito de procedencia o de fondo sustentado en la idea que un procedimiento de la rama que se trate, implica el agotamiento de una serie de fases propias de cada proceso tales como una de cognición, probatoria, de decisión y de ejecución, las cuales para garantizar el derecho a la defensa, implican su obligatorio agotamiento (con la salvedad de los procedimientos especiales), lo cual se traduce en un considerable tránsito temporal que puede luego generar que quede ilusorio un eventual fallo condenatorio, en tal sentido, se entiende que el *periculum in mora* no es motivado a la demora del Juez, sino a la actividad propia de las partes durante el desarrollo del proceso, que implica agotar las respectivas fases que lo conforman.

El profesor Ortíz-Ortíz (2015a), 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 queda ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctica. (p. 299)

Para La Roche (1988), el periculum in mora, se traduce en:

> La otra condición de procedibilidad, peligro en el retardo, exige, como hemos dicho, la presunción de existencia de las circunstancias de hecho que, si el derecho existiera, serían tales que harían verdaderamente temible el daño inherente a la no satisfacción del mismo. (p. 192)

Por su parte, Tamayo (2011) plasma claramente que se trata del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (p. 43) No obstante, a pesar que el autor anteriormente trascrito, 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 que implica cierto tiempo para cumplir con los actos procesales.

4.1.1.9.2.2.- Características

El autor Ortíz-Ortíz (2015a), 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 daños o lesiones que serían irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva. (p. 308)

Por último, el periculum in mora, según lo sostenido por el anterior autor, está referido a 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. (p. 309)

Se coincide plenamente con lo aludido por el autor, quien expone claramente las características de este requisito.

4.1.1.9.2.3.- *Periculum in mora* en el ámbito penal (Medidas Cautelares personales)

Ahora bien, en materia penal el *periculum in mora* presenta su propia naturaleza, que lo resume Arteaga (2007), en que se trata del:

> 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)

Tales postulados los consagra expresamente el Código Orgánico Procesal Penal (2012), en el artículo 236, que dispone:

> 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: (…)
>
> 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. (Resaltado nuestro)** (…)

4.1.1.9.2.4.- Supuestos

4.1.1.9.2.4.1- Peligro de Fuga

En resumen, este supuesto del periculum in mora, viene dado, según Amanta (cit. p. Mayaudon 2007), por:

> En fin, estos presupuestos vienen a garantizar la efectividad del proceso y la sentencia, confirmándose tal elemento de peligro de fuga del imputado, partimento de la gravedad de la pena, así como también de algunos criterios específicos para determinar el grado efectivo del riesgo (p. 349).

Al respecto, estatuye el artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal (2018) lo atinente al peligro de fuga, estableciendo una serie de elementos normativos que indican qué se entiende por el mismo, en aras de evitar interpretaciones fuera de contexto que permitan aplicar de manera pasional o azarosa las medidas cautelares privativas de libertad, tal como se observa seguidamente:

> 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. (…)

Ahora bien, con la finalidad de determinar el alcance de lo que debe concebirse por peligro de fuga, se procede a examinar cada uno de los supuestos que lo generan, según el artículo supra trascrito:

> *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.*

Este supuesto está referido al arraigo o la consolidación que puede tener un individuo con el país, en virtud de haber desarrollado su residencia o domicilio, sus negocios o trabajo, que presuponen dificultad para abandonarlo.

Sostiene Arteaga (2007) que el arraigo está referido a:

> La firmeza de la vinculación del imputado con su país, a su compenetración, a la permanencia en el territorio, a la solidez de sus vínculos familiares, a la relación con sus negocios e intereses, a los lazos establecidos por su domicilio o residencia y a sus vínculos profesionales o de negocios, todo lo cual permite llegar a conclusiones sobre la

> posibilidad o no de que el imputado se sustraiga de la justicia o huya del país. (p. 50-51)

De igual manera sostiene que *per se*, poseer bienes o un acaudalado patrimonio, así como nacionalidad extranjera o condición de extranjero, no determinan por sí solas el *periculum*, en virtud que es menester evaluar cada caso en concreto, verificando la intención de someterse a la persecución penal. Así, en decisión Nº 295 de fecha 29 de junio de 2006, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, señaló lo siguiente:

> El ciudadano Rafael Basilio Aníbal Valentino Maestri, tiene actualmente como domicilio o residencia habitual una dirección en Santiago de Chile (su país de origen), en Venezuela el mismo se desempeñaba como Vicepresidente Ejecutivo de Seguros Nuevo Mundo, C.A. (presunta víctima en el presente caso), surgiendo entre ellos desavenencias laborales, que terminaron en un juicio de naturaleza civil y paralelamente en este proceso penal. (…)
>
> En el presente caso, sin prejuzgar sobre si los hechos constituyen o no el delito de apropiación indebida calificada, se observa que la pena que pudiera llegar a imponérsele al ciudadano Rafael Basilio Aníbal Valentino Maestri, por tal hecho punible no es grave; no sería igual o mayor a diez años, ni la magnitud del daño causado ha sido determinado y probado; y no consta en el expediente que el señalado ciudadano tenga antecedentes. Es por ello, que no concurren en la presente causa ninguna de las circunstancias exigidas en el artículo 251 del Código adjetivo con excepción del numeral 1, para así determinar una presunción razonable de peligro de fuga.
>
> Además de lo anteriormente señalado, el imputado desde un principio demostró su incuestionable intención de someterse a cualquier persecución que existiere en su contra. Por lo que, la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual y asiento de la familia, por sí sólo no es suficiente para establecer el peligro de fuga del ciudadano Rafael Basilio Aníbal Valentino Maestri. (…)

Adicionalmente, la Comisión Interamericana en informe Nº 2/97 de marzo de 1997, estableció criterios para determinar el peligro de fuga, figurando el referido al arraigo en los siguientes términos:

> 29.- La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee,

vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.

2. La pena que podría llegarse a imponer en el caso.

Con respecto a este numeral, la Comisión Interamericana en el aludido informe Nº 2/97 *supra* citado, estableció criterios para determinar el peligro de fuga, con respecto a la pena lo siguiente:

> 28.- La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia.

De igual manera, cabe advertir que el legislador en primer parágrafo primero del artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) establece un parámetro para medir qué se entiende por una pena considerable, a saber:

> 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.

Ahora bien, fuera del caso anterior, se entiende un parámetro inferior a diez (10) años en su límite máximo, y en todo caso, superior a tres (03), en tales circunstancias, el Ministerio Público podrá solicitar la privación preventiva de libertad. Igualmente, cabe destacar que la doctrina (entre los que figuran Arteaga), consideran que a pesar que la pena sea mayor de diez años, se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada, por tanto, el Fiscal deberá solicitar la medida privativa de libertad, sin embargo, debe explicar razonadamente las circunstancias del caso concreto, y aun cuando se trate de una pena severa, puede imponérsele al imputado una medida cautelar sustitutiva a la privación judicial de libertad.

3. La magnitud del daño causado.

Con respecto a la magnitud del daño, se trata de un elemento normativo que requiere una valoración subjetiva por parte del Juez, entendiéndose que daños en su máxima expresión y no en el sentido clásico del derecho civil (daños y perjuicios), abarca el ámbito económico, físico, moral, social, entre otros, no obstante, en una interpretación restrictiva, consideramos que debe atenderse al daño con respecto al bien jurídico lesionado o puesto en peligro, así, se puede observar algunos delitos en los cuales existe pluriofensividad, como ocurre en algunos tipos de la legislación contra las drogas, legislación contra la corrupción, delincuencia organizada, entre otros, con lo cual puede inferirse que se trata de un mayor daño ocasionado.

El profesor Arteaga (2007), lo limita al ámbito patrimonial, en virtud que cuando el daño de este carácter es importante, lleva a concluir en razones para escapar de la acción de la justicia o la marcha del proceso. (p. 53)

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.

En relación al comportamiento del imputado, se entiende que se verifica de diversas maneras a lo largo de los actos del proceso, incluyendo procesos anteriores, los cuales deben indicar indefectiblemente la voluntad de someterse a la persecución penal.

Así, en la aludida decisión Nº 295, de fecha 29 de junio de 2006, emanada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, a la cual se hizo referencia ut supra y la misma alude al comportamiento del imputado. Dicho lo anterior, se evidencia que el criterio del comportamiento del imputado, se trata de valoraciones referidas a la seriedad y el compromiso con el proceso penal, lo cual se medirá con los indicadores señalados.

5. La conducta predelictual del imputado o imputada.

Por último, lo referido a la conducta predelictual del imputado, se debe afirmar que no se trata, tal como aduce Arteaga (2007):

> [a] simples entradas policiales, o en todo caso a poseer antecedentes penales en sentido estricto, sino que está referido a su comportamiento ciudadano, a los estudios, actividad laboral, responsabilidad familiar, como indicadores de buena conducta integral que puede relacionarse con las expectativas en relación a su sujeción al proceso. (p. 54)

El aludido numeral debe ser observado con sumo cuidado, en primer término, no se delimita a qué tipo de conducta se circunscribe, a pesar que la doctrina señala que se trata de aspectos *extraproceso,* significa que no en atención a procesos previos, sino a aspectos de comportamiento ciudadano, no obstante, puede de igual manera considerarse *intraproceso*, es decir, en razón de procesos anteriores, que pueden reflejar entradas policiales, antecedentes penales o actitud contumaz de ceñirse al mismo.

De igual manera, debe atenderse al denominado principio de presunción de inocencia, en virtud que una persona no puede presumirse culpable o en todo caso, operar en contra de ella una presunción de culpabilidad, por hechos cometidos con anterioridad, en todo caso, se entiende que el legislador justifica tal numeral en virtud de la necesidad de tutelar judicialmente la materialización del *ius puniendi*, que se verá relajado por la posible evasión del proceso del imputado, en virtud de haber demostrado tal comportamiento antes del proceso.

En tal sentido, se considera que se trata de la conducta “pre”: “antes” del delito, lo cual implica una especia de presunción *iuris tantum*, que abarca cualquier aspecto de su comportamiento ciudadano, que implique su conducta integral.

Finalmente, establece expresamente el legislador que la falsedad, falta de información o de actualización del domicilio, se traduce en presunción de fuga, incluso implica la posibilidad de revocar la medida cautelar sustitutiva otorgada previamente, tal como dispone el parágrafo segundo del artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), en todo caso, debe ser dolosa.

> 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.

4.1.1.9.2.4.2- Obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de la investigación

Peligro de Obstaculización

Artículo 238. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado o imputada:

1. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de convicción.

2. Influirá para que coimputados o coimputadas, testigos, víctimas, expertos o expertas, informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirán a otros u otras a realizar esos comportamientos, poniendo en peligro la investigación, la verdad de los hechos y la realización de la justicia.

En relación a evitar la obstaculización de la investigación, sostiene Binder (2003), 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. (pp. 45-46).

No obstante, la mayoría de la legislación latinoamericana, incluso la alemana, optan por plasmarlo en sus respectivas normas adjetivas. Además, cabe destacar que a pesar de contar con detractores, la doctrina mayoritaria ha sido conteste en afirmar que se trata de una cláusula compatible con el principio de presunción de inocencia.

De esta la causal de peligro de obstaculización puede ser considerada contraria al principio de presunción de inocencia, en virtud que materializa un tratamiento desigual entre presuntos responsables y no presuntos, en tal sentido, deberían materializarse dos posibilidades: regularla con respecto a los no presuntos responsables o eliminarla para los presuntos responsables.

Sostiene Llobet (2010), que:

> Dicha posición debe ser aprobada, ya que uno de los fines del proceso penal es el descubrimiento de la verdad, que se trata de garantizar a través de esta causal de prisión preventiva, cuando existe peligro de que el imputado intente falsear los medios de prueba. (p. 195)

La obstaculización obedece a razones de necesidades de administración de justicia, en todo caso, la posibilidad de ejecución de la prisión preventiva en aras que se evite entorpecer el proceso. De igual manera, se debe tener presente que así como se faculta mediante una tutela preventiva para asegurar las fuentes de prueba (elementos materiales), para proteger a los testigos, para hacer comparecer a testigos o expertos a juicio, así como se aprehende a un individuo para presentarlo antes las autoridades correspondientes, de igual manera, el legislador consagra situaciones en las cuales es menester privar judicialmente a una persona de manera preventiva, fundamentado en la obstaculización de la investigación, ante lo cual es insuficiente las anteriores formas de tutela preventiva.

En tal sentido, debe aplicarse taxativamente y restrictivamente lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal (2012), que contempla dos numerales que presuponen obstaculización de la investigación, los cuales están consagrados en el artículo 238 *ibídem*:

> 1. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de convicción.
> 2. Influirá para que coimputados o coimputadas, testigos, víctimas, expertos o expertas, informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirán a otros u otras a realizar esos comportamientos, poniendo en peligro la investigación, la verdad de los hechos y la realización de la justicia.

Estos supuestos son criticados por Arteaga (2007), dada su vaguedad y generalidad, además de que se basan en simples sospechas sin tratarse de hechos concretos probados, ni el momento a partir del cual sirven, así como su inutilidad posterior a la etapa del debate oral, (p. 55), aspecto en el cual coincidimos. Insistimos, tales elementos deben ser interpretados restrictivamente, por lo cual debe tratarse de circunstancias concretas apreciables objetiva y subjetivamente, que impliquen una intención inequívoca de obstaculizar la investigación.

Finalmente, vale destacar la regulación internacional, la cual, si bien es cierto que no figura en el artículo 9, inciso 3) del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (1976), ni en el artículo 7, inciso 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), ya que los mismos se circunscriben al peligro de fuga.

No obstante, en el VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se estableció que el peligro de obstaculización se trata de una causal de prisión preventiva, además, el principio 36, inciso 1) del Conjunto de principios de la ONU, dispone:

> "Solo se procederá al arresto de detención de una persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden del lugar de detención".

De igual manera, el Proyecto de Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia Penal -Reglas de Beijing- (1985) estableció en su regla 20° que la prisión preventiva puede ordenarse ante el peligro de destrucción, desaparición o alteración de pruebas.

Por último, la Corte Interamericana admitió dicha causal al mencionar los fines perseguidos por la prisión preventiva, ello en el caso Suárez Rosero, mediante sentencia Nº 77 de fecha 12 de noviembre de 1997, siendo reiterado en fallos como el Nº 33 de fecha 11 de marzo de 1997, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 2/97.

4.1.1.10.- Aspectos procedimentales de las Medidas Cautelares Privativas de Libertad

Con respecto a los aspectos procedimentales, en primer término vale destacar que en nuestro sistema de corte acusatorio, es al Ministerio Público a quien corresponde el ejercicio de la acción penal, en el sentido que se entiende que es el ente en quien reposa esa cualidad, ahora bien, en virtud de la misma dinámica del proceso, en el cual la fase de investigación o preparatoria está de una u otra manera dirigida por el Ministerio Público, es al mismo a quien compete solicitar la privación judicial preventiva de libertad, haciendo énfasis al principio de prohibición de dictar medidas de oficio, que rige como nota característica de las medidas cautelares

personales. Lo anterior encuentra sustento en el artículo 111 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), específicamente en sus numerales 11 y 18.

A su vez, dicha pretensión se interpone ante el Juez de Control, quien tiene entre sus competencias la de decretar medidas de coerción pertinentes, siempre a solicitud del Ministerio Público, tal como lo dispone el artículo 67 *ejusdem*.

Ahora bien, la regulación se encuentra en el artículo 236 *ejusdem*, el cual consagra los aspectos relativos a la procedencia, destacando primero las condiciones para acreditar la privación preventiva de libertad, *supra* explicados y posteriormente, la siguiente regulación procedimental que se resume en la consagración de la existencia de un lapso de veinticuatro horas siguientes a la solicitud fiscal, dentro del cual el Juez de Control resolverá respecto a la procedencia o no de la medida, la cual, al ser considerada procedente, se deberá expedir una orden de aprehensión del imputado. Una vez expedida tal orden, cualquier aprehensión del referido individuo se encuentra amparada por las disposiciones constitucionales relativas a las formas de aprehender a un individuo, bien sea en virtud de una orden, o al estar en presencia de una flagrancia.

Es importante destacar que en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal de 2001 se suprimió (el anterior artículo 259) la obligación de celebrar una audiencia previa para oír a las partes, previa a dictarse la orden. Actualmente, se mantiene que se puede dictar la orden de aprehensión "*in audita parte*", a solicitud del Ministerio Público, y posterior a la aprehensión, la medida si debe ser dictada "*audita parte*", es decir, posterior a oír al imputado, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su aprehensión, tal como lo dispone el siguiente contenido del artículo ibídem comentado.

> 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.

Ahora bien, en la aludida audiencia de presentación, el Juez resolverá sobre la medida, si la acuerda o en su defecto, si la sustituye por otra menos gravosa

(cautelares sustitutivas o libertad bajo fianza), en tal caso, de dictarse en fase preparatoria, el Fiscal debe presentar la acusación (solicitar el sobreseimiento o archivar, con lo cual cesan las medidas) dentro del lapso de cuarenta y cinco días (anteriormente se trataba de 30 días, pudiendo ser prorrogados por 15 más, actualmente únicamente 45 días a raíz de la reforma de 2012), contados a partir de la decisión judicial, vencido el lapso, de igual manera quedará en libertad el imputado, pudiendo el Juez de Control imponer una medida cautelar sustitutiva, tal como lo disponen los siguientes párrafos del aludido artículo.

> 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 él 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.

Por otra parte, vale destacar que existe la posibilidad que la medida sea dictada en fase preparatoria, en fase intermedia e incluso en fase de juicio, cuando se presuma fundadamente que el imputado no dará cumplimiento a los actos del proceso, en cuyo caso se dará cumplimiento al mismo procedimiento analizado.

> 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.

Igualmente, en la última parte del artículo *in commento*, se establece una modalidad de extrema urgencia, que consiste en casos en los cuales deben presentarse los requisitos de procedencia, pero en virtud de la urgencia, requieren que la orden de aprehensión sea autorizada a solicitud del Ministerio Público por cualquier medio idóneo, la aprehensión del imputado, la cual igualmente deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las 12 horas posteriores a la aprehensión, siguiendo el procedimiento que se ha comentado.

> En casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, y siempre que concurran 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.

Ahora bien, existe otra formalidad referida al auto que decreta la privación preventiva de libertad, el cual, según el artículo 240 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) debe contener lo siguiente:

> 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:
>
> 1. Los datos personales del imputado o imputada, o los que sirvan para identificarlo o identificarla; 2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen; 3. La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que concurren en el caso los presupuestos a que se refieren los artículos 237 o 238 de este Código; 4. La cita de las disposiciones legales aplicables; 5. El sitio de reclusión; La apelación no suspende la ejecución de la medida

La crítica que se realiza a la aludida disposición radica en que no se hace referencia a los supuestos o presupuestos de procedencia de la medida, no obstante, tales supuestos deben plasmarse en el auto de privación, como derivado de la enunciación de hechos, así como en relación a las disposiciones legales respectivas. Ello, se sustenta en el artículo 241, que dispone que el imputado al ser aprehendido, debe ser informado del hecho que se le atribuye.

4.1.1.10.1- Duración

Se estableció como una nota determinante de las medidas privativas su carácter provisional, indicándose que opera la máxima del *rebus sic stantibus*, regla que complementa los criterios de provisionalidad y temporalidad, siendo en concreto una obligación que corresponde a la autoridad judicial de revisar los elementos y requisitos exigibles para mantener, modificar, sustituir o revocar la medida.

En tal sentido, en virtud de su temporalidad establece el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que en ningún caso podrá sobrepasar una

medida privativa, la pena mínima prevista para el delito, ni exceder de dos años, indicándose que, si son varios delitos, se tomará la pena mínima del delito más grave.

Vale destacar que fue solucionada la falla de técnica legislativa que albergaban los Códigos hasta el de 2007, siendo posteriormente subsanado que se trataba de la pena mínima del delito más grave, al tratarse de concurso de delitos.

Por otra parte, es importante destacar que se ha consagrado una posibilidad de prórroga de la medida, sin embargo, a) debe tratarse de circunstancias graves que así lo justifiquen, b) no sobrepasar la pena mínima del delito, c) a petición Fiscal o del querellante, d) con la debida motivación, e) evaluada por el Juez de Control, f) previa audiencia oral, e) tomando en cuenta el principio de proporcionalidad.

Al respecto, Arteaga (2007), opina que se trata de una prórroga de carácter excepcional:

> Esta prórroga, como ya lo señalamos, y lo afirma enfáticamente el legislador, procede de manera excepcional y los jueces deberán extremar el cuidado y el celo para acordarla solo en casos extremos, por breve tiempo, como medida imprescindible a los fines de garantizar el proceso y en ningún caso cuando la dilación procesal sea el producto de la desidia o de la inoperación de los órganos de administración de justicia, cuyas fallas no pueden ser cargadas al imputado y afectar sus derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia. (p. 65-66)

Igualmente, vale citar a Minvielle (cit. por Llobet 2010) quien sostiene:

> El fundamento de tal duración máxima de la prisión preventiva, que reconoce antecedentes en el derecho comparado, se halla en la circunstancia de que el Estado tiene a su cargo la persecución penal, otorgándole para ello instrumentos que muchas veces se traducen en actos que importan el ejercicio de la fuerza pública en el orden personal y real, resulta del caso exigirle al Estado que desenvuelva su actividad en un tiempo determinado o , para el caso contrario, colocar un límite al ejercicio de su actividad coercitiva; en el caso, colocar un límite temporal a la privación cautelar de libertad. Y ello no debe ser visto como una sanción por la omisión o la negligencia del órgano jurisdiccional, sino se trata de una garantía de la libertad individual, expresión incontestable del principio de inocencia: si dentro de un determinado lapso el Estado no arribo a un título de ejecución penal, el imputado debe ser liberado. (p. 261)

En virtud de lo expuesto, la prórroga debe obedecer a circunstancias realmente excepcionales y no erigirse en la regla, ya que se trata de la intromisión de las más agresivas del Estado en un derecho fundamental.

4.1.1.10.2- Revocación y sustitución

En relación a la revocación vale destacar que el Código Orgánico Procesal Penal (2012) en atención al *rebus sic stantibus* consagra la posibilidad que las medidas puedan ser revocadas o sustituidas, sin embargo, no establece expresamente las causas en las cuales opera una u otra, en tal sentido, establece el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que el imputado podrá solicitar la revocación o sustitución de la medida, las veces que lo considere pertinente, debiendo el juez examinar la necesidad de mantenerlas, cada tres meses, pudiendo sustituir por otra menos gravosa.

De lo dispuesto anteriormente se puede inferir que al imputado le asiste el derecho de solicitar la revocación o sustitución de la medida judicial, las veces que considere pertinente, a pesar que tal derecho puede ser considerado ilimitado, en virtud que no se establece en cuánto tiempo ni la cantidad de ocasiones en las cuales puede solicitar la revisión; la aludida norma se estatuyó en el Código Orgánico Procesal en su versión de 1998, hasta la fecha. Por otra parte, se evidencia que el Juez debe examinar el mantenimiento de la medida, pudiendo sustituirla por otras menos gravosas.

4.1.1.10.3- Recursos contra la medida privativa de libertad y contra la negativa a su revocación o sustitución

Sostiene Arteaga (2007) que, decretada judicialmente la privación preventiva de la libertad, cabe la posibilidad de apelar esta decisión (artículo 447 del COPP-actual 439) recurso que no suspende la ejecución de la medida (artículo 254 *in fine* –actual 240). (p. 63)

Continúa indicando que:

> La decisión es recurrible ante la Corte de Apelaciones, lo cual se hará por escrito, debidamente fundado, ante el Tribunal que dictó la decisión dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación (artículo 448) lapso que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

> Justicia ha señalado, con carácter vinculante, que debe contarse por días hábiles y no continuos (Nº 2560, 05/08/2005). (p. 63)

Por último, realiza algunas críticas con respecto al señalamiento del artículo 250 supra analizado, que establece que la negativa del tribunal a revocar o sustituir la medida no tendrá apelación, afirmando que:

> Sin embargo, cabe señalar que, independientemente de que esta previsión podría no tener ningún efecto beneficioso práctico para el imputado, por las circunstancias concretas en que se desenvuelve la administración de la justicia penal venezolana y la tendencia a la arbitrariedad, se impone su desaplicación, por el derecho al recurso, consagrado en los Tratados de Derechos Humanos, de rango constitucional y aplicación preferente en el orden interno, ex artículo 23 de la Constitución y por dispositivos específicos, como el contenido de las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución del 14-0-1990), según el cual "el delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial y otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva". (p. 64)

4.1.2.- Problemas relativos a las medidas cautelares personales

Cn respecto a las medidas cautelares personales, el principal aspecto que hay que destacar es lo relativo a los requisitos de procedibilidad, es decir, el denominado *fumus boni iuris* ("*fumus delicti*" tratarse de un hecho punible –un delito- y que exista probabilidad que el imputado sea responsable penalmente –fundados elementos de convicción que actuó como autor o partícipe-) y el *periculum in mora* (peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación), tales requisitos en la *praxis* son inobservados, en virtud que se trabaja generalmente con dosimetría de penas, al pensarse automáticamente que si un delito acarrea una pena considerablemente alta (en relación a la pena máxima que puede imponerse en Venezuela) la misma llena los extremos de procedibilidad.

Tal aspecto, está lejos de la realidad dogmática de las medidas, ya que tal como se determinó en este trabajo, a pesar que la pena exceda el término máximo de diez (10) años consagrado en el artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), ello no significa que deba acordarse obligatoriamente una medida privativa

de libertad, incluso el artículo ratifica, que el Juez a petición del Ministerio Público, podrá examinar las circunstancias y rechazar tal petición.

Sin embargo, lamentablemente tal no ha sido la tendencia jurisprudencial y normativa de pregonar el principio de aplicación e interpretación restrictiva de las medidas cautelares personales, tal como se evidencia en los casos de la decisión Nº 331 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 02 de mayo de 2016, en la cual se estableció, que:

> Se establece que las excepciones previstas en los artículos 374 y 430 del Código Orgánico Procesal Penal, que prohíben la libertad inmediata, plena o condicional, del imputado por los delitos indicados expresamente en dichas disposiciones, son igualmente aplicables a los procedimientos seguidos, bien en flagrancia o en fase de juicio, por la comisión de los delitos contenidos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia. **De tal manera que en los procedimientos seguidos, bien en flagrancia o en fase de juicio, por la comisión de los delitos contenidos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, el juzgamiento en libertad está prohibido para aquellos delitos en los cuales se presuma el peligro de fuga, es decir, cuyo límite máximo de pena supere los diez (10) años**, (…)

Así se observa una interpretación y aplicación extensiva de las medidas aplicadas en materia de violencia contra la mujer, al deducirse que automáticamente, un delito cometido en perjuicio de una mujer por razones de género que supere la pena de 10 años, su juzgamiento en libertad está prohibido, a pesar que la ley que rige la materia, Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia (2014), dispone la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal (2012), lo cual incluye el respeto del Estado de libertad que pregona dicho instrumento. En esta última línea se verifica el voto salvado de la aludida decisión, que expone lo siguiente:

> **Los jueces tienen como función aplicar el derecho de modo que, al determinar que en ciertos casos no se dan los extremos legales para mantener privada de libertad a una persona**, debe conceder una medida menos gravosa como la medida cautelar sustitutiva, lo cual no genera impunidad alguna, ya que ésta se produce por la falta de castigo hacia la persona que haya cometido un hecho punible, pero no se da por el hecho de que un juez conceda, durante la tramitación de un juicio, una

> medida menos gravosa para el imputado, que de resultar culpable según lo determinado en el proceso, será sancionado de conformidad con la ley. (…) A juicio de quien discrepa, se estaría ante la aplicación de un supuesto general fundamentado en elementos particulares; a la existencia de beneficios durante las distintas etapas del proceso penal no fueron **herramientas traídas por el legislador patrio para buscar o facilitar la impunidad, sino para preservar y proteger un derecho tan fundamental como lo es la presunción de inocencia.**

Por otra parte, existe otro vicio que se ha evidenciado y es el relativo a que una vez impuesta una medida privativa de libertad, el tiempo que trascurre para que se materialice una audiencia preliminar o las audiencias de juicio, es excesivamente extenso, transcurriendo fácilmente para la primera, ocho (08) meses, y para las segundas, el juicio puede demorarse un tiempo considerable, incluso hasta superar los dos (02) años, aspecto que trastoca la naturaleza de las medidas cautelares personales, que no pueden traducirse en la ejecución de una pena anticipada, tal como se ha expresado en esta investigación, ello colide con los principios de presunción de inocencia y el de juzgamiento en libertad, sin menoscabo de otros como la premisa constitucional derivada de la tutela judicial efectiva de una justicia pronta.

Además, legislativamente, en el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) se plasma que una pena no puede exceder la pena prevista para cada delito, o en todo caso, superar dos años, no obstante, se establece una prórroga que se sigue circunscribiendo a la pena mínima de cada delito, que a nuestro juicio representa un exceso, ya que de por sí, dos años es un tiempo suficientemente considerable (incluso un año puede ser suficiente, como lo dispone el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica -1998-) para mantener privada a una persona sin que se defina su estatus de culpabilidad.

Dicho lo anterior, tal prórroga puede erigirse como una imposición anticipada de la pena, en virtud que al cumplirse una pena mínima, efectivamente se está acarreando con una pena, sin que medie una decisión condenatoria al respecto, aspecto que trastoca y contradice todos los avances en materias de derechos humanos relativos a la libertad personal, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas

“Reglas de Mallorca” (1991), entre otras que propugnan el estado de libertad, particularmente, la prohibición e aplicar penas sin un debido proceso y juicio previo, por lo cual las medidas pueden erigirse como mecanismos para burlar tales principios. Adicionalmente, vale acotar que otras legislaciones consagran la prisión preventiva que no supera los dos años, tales como en Chile, cuyo Código adjetivo comulga un límite de la misma que es de un año y medio.

Por otra parte, merecen algunas consideraciones lo relativo a la clasificación de los privados de libertad, en el cual se escindan los sujetos procesados de los condenados, tal señalamiento se desprende de la ausencia de establecimiento de un principio asumido a nivel internacional, referido a la separación física de los privados de manera preventiva, de los privados en virtud de una sentencia condenatoria.

Al respecto, a pesar que la Constitución venezolana (1999) no lo indica expresamente, ello se puede desprender de su artículo 272, el cual consagra la obligación del Estado de garantizar un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno (independientemente que se acepte o no esta corriente referida a la rehabilitación) y el respeto de sus derechos humanos. De igual manera, dicho artículo procura que se apliquen fórmulas de cumplimiento no privativas, con lo que se ratifica el carácter de *última ratio* de la prisión (se emplea el término prisión de manera general, obviando la clasificación existente en Venezuela de Presidio, Prisión, etc.), incluyendo la preventiva.

Asimismo, se establece que el sistema penitenciario debe contar con personal profesional técnico, cuyo personal debe manejar la tendencia legislativa internacional de clasificación de los internos.

Ahora bien, este principio encuentra cobijo a nivel internacional en el artículo 5.4 de la Convención Americana (1969) y 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), deduciéndose que los Estados deben contemplar como regla (con sus respectivas excepciones), la separación entre procesados (prisión preventiva) y condenados.

Asimismo, diversos instrumentos internacionales enarbolan tal principio, entre los que figuran las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (1955), de los artículos 84 al 93. De igual manera, acompañando al principio de presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad se aplica en lo atinente a la separación, tal como indica Giorgio (2015), al expresar que:

> Como ya se ha mantenido en la presente obra, el principio de presunción de inocencia es el punto de partida para cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran en prisión preventiva. (p. 76)
>
> Con respecto a la diferencia de la naturaleza de la detención preventiva y la privación de libertad derivada de una sentencia condenatoria, la Comisión Interamericana ha indicad que en virtud del principio de proporcionalidad una persona considerada inocente no debe recibir un trato igual, ni peor, que una condenada. Tampoco se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención con una equiparación de su naturaleza. (p. 77)

Como corolario, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2013 (cit. por Giorgio, 2015) indicó que:

> El principio de la separación física entre procesados y condenados no sólo es un imperativo del derecho internacional, sino que también es reconocido como norma de rango constitucional en Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua y Paraguay. La mayoría de estas constituciones establecen que las personas en prisión preventiva estarán en centros o establecimientos especiales distintos de aquellos destinados a las personas condenadas. (p. 80)

Continúa indicando el referido informe, que:

> En este sentido, la Corte en el caso Yvon Neptune reafirmó el estándar de que esta norma “impone a los Estados la obligación de establecer un sistema de clasificación de los reclusos en los centros penitenciarios, de manera que se garantice que los procesados sean separados de los condenados y que reciban un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”; considerando además, en sentido concordante con lo establecido por la CIDH en los Principios y Buenas Prácticas, que la separación entre ambas categorías de reclusos “requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un

> determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible". (p. 96).

Curiosamente, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) no entra en detalles al respecto, sin embargo, en Venezuela rige un Código Orgánico Penitenciario (2015), el cual pregona el respecto de los derechos humanos (artículo 4), así como lo atinente en la clasificación de los privados, en los numerales, 7 (clasificación), 13 (junta de clasificación) y 37 (sujeto de clasificación).

Evidentemente en Venezuela no se plasma legislativamente la obligación de separar a los privados preventivamente (procesados) de los condenados, en virtud que la clasificación se limita a los condenados mediante sentencia definitivamente firme, tal como se observó en el artículo anterior. Adicionalmente, según el Monitor Legislativo, en su informe de Sistema de Indicadores para Centros Penitenciarios en Venezuela (2015), concluyó que la mayoría de los privados de libertad en Venezuela son procesados y que su cantidad es mucho mayor, que la de los condenados y ambos grupos se encuentran en los mismos centros compartiendo la privación, sin que exista diferenciación. (p. 13 y ss.).

Dicho lo anterior, se debe resaltar que el sistema penitenciario opera para ejecución de penas y también para medidas privativas de libertad, tal como lo consagra el artículo 19 del Código Orgánico Penitenciario (2015), asimismo, el ingreso a dicho sistema obedece a una decisión judicial que abarca a las medidas preventivas de privación judicial de libertad (artículo 90 *ejusdem*), es decir, un privado de libertad es una persona cumpliendo pena o sujeto a alguna medida restrictiva de libertad en custodia del servicio penitenciario (artículo 3, numeral 19 *ejusdem*).

Al respecto, se sugiere que el órgano rector formule directrices al respecto, que permitan la clasificación de los privados, tal como lo establece el artículo 21 del referido Código.

Asimismo, independientemente que una persona se encuentre privada en virtud de cumplir una pena o sujeto a una medida de privación preventiva, se le debe garantizar la seguridad, no obstante, es un fenómeno que se ha evidenciado relativo

a que personas procesadas pierden la vida en dichos recintos, en virtud que no se cuenta con la referida clasificación legislativamente, a pesar que internacionalmente se encuentra regulada en instrumentos internacionales tales como la Declaración y Plataforma de acción de Beijing (1995) y por tanto comparten en los centros con otros individuos ya condenados, e inclusos considerados con una alta peligrosidad, y en este aspecto debe regir o predominar la presunción de inocencia como regla. Lo anterior encuentra sustento en lo indicado por el Informe sobre la situación de privados de libertad en Venezuela con motivo de la revisión del cuarto informe de la República Bolivariana de Venezuela ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU (2015):

> Las personas privadas de libertad se encuentran bajo la tutela del Estado venezolano y es obligación de éste velar porque se respete su derecho a la vida. Lamentablemente, en las prisiones venezolanas se han registrado diferentes hechos de violencia (motines, enfrentamientos y otros) que dejan como consecuencias daños irreparables a la vida de las personas y colocan a Venezuela como el país con las cárceles más violentas de la región. Durante los años 1999 y 2014 han sido asesinados 6.472 internos y han resultado heridos 16.387 en diferentes cárceles del país. En el primer semestre de 2014, murieron 150 y resultaron heridos 110 privados de libertad.

En tal sentido, se debe garantizar la seguridad de los privados, conforme lo consagra el artículo 4 del Código Orgánico Penitenciario (2015), que expresamente indica que se deben respetar os Derechos humanos.

De igual manera, el artículo 15 *ejsudem* establece los derechos de los privados, entre los cuales figuran principalmente, el recibir un trato humano y digno, así como que se preserve su vida privada e intimidad.

Finalmente, en relación a las medidas preventivas de privación de libertad, vale destacar algunas situaciones atinentes a la existencia de orden de excarcelación o medidas sustitutivas de privación de libertad y las mismas no son ejecutadas por los cuerpos policiales, transcurriendo más de un año, tal como se ha hecho eco en diversos medios de comunicación en los que se denuncia que incluso la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y organismos internacionales han exigido su cumplimiento, no obstante, no se han ejecutado, el caso indicado según

medios de comunicación es el de 14 policías adscritos a la Policía de Chacao, los cuales mediante Oficio Nº 1110-16, de fecha 08 de agosto de 2016, el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, ordenó la libertad de los aludidos funcionarios, no obstante, la misma no fue materializada, posteriormente, mediante Oficio Nº 1764-17 de fecha 03 de enero de 2017, se ratificó la referida libertad, sin embargo, a la fecha de elaboración de este trabajo, la misma no se ha materializado.

A respecto, vale resaltar que ciertamente el Ministerio Público como la Defensoría del Pueblo han participado, sin embargo, ha sido insuficiente, por lo cual, en primer término, que tanto este caso, como cualquier otro en similar, debe hacerse valer la potestad jurisdiccional, la cual según el propio Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, a través de la Sala Constitucional (Decisión Nº 1375 de fecha 10 de julio de 2006) estableció que las obligaciones de los jueces no se limitan al pronunciamiento de determinadas decisiones, sino que también debe velar por su ejecución. Asimismo, es el director del proceso, debiendo impulsarlo de oficio hasta su definitiva conclusión, lo que implica remover ex officio los obstáculos que impidan su prosecución; provenga éstos, de actuaciones de las partes o de terceros, o bien de la acción u omisión imputable los auxiliares de justicia y demás funcionarios (Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Nº 345 de fecha 13 de julio de 2009).

Adicionalmente, operan similares consideraciones en los casos en los cuales cuerpos policiales actúan *motus proprio*, ordenando o materializando aprehensiones fuera del marco constitucional, así se pretenda posteriormente hacerse valer dicha aprehensión, a pesar de su nulidad, tal como se interpretó en Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Nº 526 de fecha 09/04/2001, en la cual se indicó lo siguiente:

> "…la presunta detención practicada por los organismos policiales sin orden judicial alguna, no puede ser imputada a la Corte de Apelaciones accionada, ni tampoco al Juzgado de Control que dictó el auto de privación judicial preventiva de libertad (…) ya que la presunta violación a los derechos constitucionales derivada de los actos realizados por los organismos policiales tienen límite en la detención judicial ordenada por

el Juzgado de Control, de modo tal que la presunta violación de los derechos constitucionales cesó con esa orden…”.

La anterior interpretación atenta contra la naturaleza del sistema de medidas cautelares personales que rige en Venezuela, es decir, a nivel constitucional y legislativo está plenamente sustentado un sistema garantista de los derechos humanos y derechos fundamentales, particularmente la libertad personal, lo cual no puede soslayarse bajo ninguna circunstancia, a pesar que pueda tratarse de comisión de delitos de envergadura.

En tal sentido, existen diversos tipos penales que sancionan tales conductas, las cuales no pueden ser obviadas, que, además, repercuten en el ámbito internacional y estadal, ya que el Estado es responsable por privaciones de libertad realizadas de manera temeraria o dolosamente sin observar los requisitos procedimentales de forma y de fondo. Adicionalmente los funcionarios que la materialicen pueden incurrir en responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria, sin que sirvan de excusas ordene s superiores, cuyas acciones, por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos, son imprescriptibles.

Por último, vale indicar que el Estado es responsable por este tipo de privaciones de libertad, a pesar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) consagra en el numeral 8 del artículo 49, que toda persona podrá solicitar del Estado, el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada en casos de error judicial, retardo u omisión. Ante tal escenario, el principio de responsabilidad de Estado, particularmente en los casos de error judicial merece exigirse la responsabilidad por parte del Estado, así como del funcionario actuante.

4.2.- Medidas Cautelares sustitutivas de la Privación de Libertad

Antes de hacer referencia a la naturaleza de las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, es oportuno citar las siguientes disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que estatuyen la prioridad de estas, en preferencia ante la privación de libertad, en virtud de la regla del estado de libertad y su relación con el principio de presunción de inocencia de nuestro sistema de corte

acusatorio, las cuales se sustentan las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, en los artículos 242 (modalidades), artículo 229 (estado de libertad) y artículo 9 (afirmación de libertad).

En ese sentido, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) se inscribe en la línea de considerar que la medida cautelar privativa de libertad es la medida más extrema y gravosa que puede aplicársele a un imputado, en tal sentido, debe aplicarse excepcionalmente, para lo cual se establece un bagaje de medidas que permiten aplicarlas de manera sustantiva, en aras de evitar imponer la privativa.

Al respecto, sostiene Saín (2003) que las mismas afectan también la libertad ambulatoria de la persona, pero en menor intensidad, o sea, de manera menos extrema que la prisión preventiva. (p. 144). De igual manera apunta que:

> Las medidas cautelares sustitutivas sólo proceden con el fin de garantizar las resultas de un proceso en particular. De no ser así, es decir, de no ser necesaria, porque no hay apeligro de fuga o de obstaculización, tampoco debe acudirse a ellas, dado que las mismas, si bien no comprenden una restricción total de la libertad física… igualmente limitan tal derecho, lo cual también las hace perjudiciales para el individuo al que se le solamente a ellas. (p. 144-145)

Silva de Vilella (2007), considera que, las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad, restringen la libertad personal, de allí que están sujetas a las limitaciones y garantías constitucionales y legales destinadas a proteger el derecho a la libertad. (p. 195)

En tal sentido, se debe indicar que, en relación a las medidas cautelares sustitutivas, específicamente sus requisitos de procedencia y procedibilidad, (de fondo y de forma), están supeditadas a las mismas consideraciones legales requeridas para la privación judicial preventiva de libertad, en virtud que las sustitutivas de igual manera se trata de una limitación a la esfera de derechos individuales del imputado, básicamente su estado de libertad, en tal sentido, las medidas sustitutivas a la privación de libertad deben erigirse como la principal medida a ser dictada en un proceso penal cuando se trate de dictar prisión preventiva.

4.2.1- Modalidades

Sostenidas las anteriores consideraciones, se procede a plasmar cada una de las modalidades de las medidas cautelares sustitutivas, según lo dispone el artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), analizadas a continuación:

1. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene.

Esta medida se refiere a una privación de libertad, no obstante, se cumple en condiciones menos gravosas que las que corresponde naturalmente a un centro de reclusión.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en Sala Constitucional, ha reconocido expresamente que la detención domiciliaria se traduce en una medida cautelar privativa de libertad, tal como se aprecia en decisiones como la Nº 453, de fecha 04 de abril de 2001, en la cual se precisó lo siguiente:

> ""…En atención a lo expuesto, esta Sala está conteste con los razonamientos expuestos por la Corte de Apelaciones, en virtud de que la medida sustitutiva de detención domiciliaria concedida a las solicitantes por el Tribunal de Control es privativa de libertad, pues sólo supone el cambio de sitio de reclusión del imputado, y no la libertad del mismo…")".

Igualmente, debe advertirse que esta no deberá sobrepasar el tiempo que dura generalmente la medida privativa de libertad, así como lo señaló expresamente el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en Sala Constitucional, en decisión Nº 3061, de fecha 04 de noviembre de 2003:

> No obstante, mención aparte amerita la medida de privación preventiva de la libertad, a la cual debe equipararse la detención domiciliaria prevista en el artículo 256, numeral 1 del antedicho Código. En estos casos, una vez cumplidos los dos (2) años sin que la misma haya cesado ni haya terminado el proceso penal, el juez debe, de inmediato, decretar la libertad del procesado, sea de oficio o a instancia de parte, para evitar la lesión del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, vale destacar que según Silva (2007):

> [e]l arresto domiciliario puede cumplirse en el propio domicilio del imputado, pero también puede ejecutarse en otro lugar, en el que alguna persona expresamente aceptada y autorizada por el tribunal, se hace responsable frente el órgano jurisdiccional de la vigilancia del detenido. En ambos casos, en el sitio en el que se cumpla la medida puede ordenarse la colocación de una custodia por parte de funcionarios, generalmente agentes policiales, quienes se encargarán de permanecer atentos para impedir que el imputado burle la medida, aunque existe la posibilidad de que este arresto domiciliario se cumpla sin ningún tipo de custodia, esto podría ocurrir , en el caso de personas que por su propia condición física o mental no tuvieran la posibilidad real de abandonar el sitio del arresto. (p. 211).

En síntesis, la detención domiciliaria representa una prisión preventiva, únicamente se modifica el sitio de reclusión, que es el domicilio, siendo igual de invasiva que una prisión preventiva en un centro de reclusión del Estado. En todo caso, es preferible este tipo de privaciones de libertad, que la que se cumple en un centro especializado.

2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal.

Esta medida es similar a la anterior, no obstante, se diferencia en que el imputado puede ser vigilado por alguna persona o ente, no obstante, no está supeditado a una reclusión, es decir, puede desplazarse libremente de manera ambulatoria.

Sostiene Silva (2007) que en este caso:

> [l]a persona o institución designadas por el tribunal para la vigilancia, son las que eventualmente tienen la potestad de imponer al imputado las condiciones que consideran apropiadas para cumplir con la misión que les ha encomendado el órgano jurisdiccional. (p- 212).

De igual manera, tales condiciones no pueden ser infrahumanas, ni mucho menos excesivas o de imposible incumplimiento, la vigilancia debe atender a las condiciones y capacidades de la persona, con el fin de atender a l proceso. Por último, con esta medida se debe informar periódicamente al tribunal (en relación a

la persona o ente que debe asumir tal obligación), con la finalidad de verificar el efectivo cumplimiento de la misma.

Por último, vale indicar que es una medida abierta e indeterminada, en la cual no se delimita el alcance de la misma, que incluso puede confundirse con una medida de seguridad, por la forma en la cual está redactada. En tal sentido, se sugiere delimitar los contornos de la misma, en aras de determinar su fin, de resto, consideramos que es una opción plausible en aras de aplicar como *última ratio* la prisión preventiva, y que puede aplicarse en ciertos delitos.

3. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que aquel designe.

Esta es una de las medidas sustitutivas más usuales, relativas a establecer un control periódico al imputado de presentarse ante la autoridad jurisdiccional o autoridad que sea designada (jefaturas, entre otras), con la finalidad de evitar la fuga o que se impida el desenvolvimiento del proceso, atendiendo a la prohibición que existe en Venezuela de realizar juicios en ausencia.

En atención a la periodicidad, la norma no estatuye cuál debe ser la misma, en tal sentido, no se pueden afectar sus actividades u obligaciones (laborales, académicas, entre otras), es decir, deben ser de posible cumplimiento, por ello, no pueden ser excesivas ni reiteradas, o alejadas del lugar donde el imputado reside, ello evita que se trate de una imposición de una medida de imposible cumplimiento.

Apunta Silva (2007), que suele ocurrir que una vez que los tribunales constatan el cumplimiento de las presentaciones deciden ampliar los periodos, en virtud de la confianza y en aras del criterio de progresividad. (p. 213).

Esta medida, se erige como una de las principales medidas dictadas en el proceso penal como sustitutiva de la prisión de libertad, sin que en ocasiones se comprenda la finalidad de la misma, en todo caso, esa presentación periódica no se establece su regulación, pudiendo ser excesiva o incidir en otros derechos, tales como el derecho al trabajo, por ello, se sugiere su regulación de una forma más explícita que no deje lugar para afectar los mismos, y además, que se apliquen aspectos tecnológicos, tales como sistemas de la información (principalmente para

el interior del país) que faciliten la presentación de imputados, sin que se observen largas colas en las entradas de los juzgados para cumplir con la misma, soslayando otras actividades de los mismos que revisten igual importancia.

4. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.

Sostiene Silva (2007), que está medida está básicamente dirigida a:

> (…) asegurar que no se materialice el peligro de fuga y de esta manera el encausado no pueda sustraerse de los actos del proceso. Cuando nos referimos a ella, tenemos que tener en cuenta, que el derecho al libre tránsito, así como la posibilidad de salir del país constituye un derecho de rango constitucional, previsto en el artículo 50 de nuestra Carta Magna, que garantiza a toda persona el derecho a transitar libremente y por cualquier medio en el territorio nacional, así como ausentarse de la República y volver (p. 213).

Para Arteaga (2007):

> En algunos casos puede ser garantía suficiente para el logro de los fines de la justicia y de la investigación de los hechos, la prohibición de salida del país o de la localidad de residencia del imputado o de un determinado ámbito territorial, todo lo cual deberá ser objeto de razonamiento por el tribunal (p. 93).

Ahora bien, internacionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) en su artículo 12, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en su artículo 22, consagran el derecho a circular libremente por el territorio de un Estado.

Finalmente, vale destacar que no se puede erigir como una medida excesiva, que restrinja sin la debida ponderación la libre circulación, por ello, puede traducirse en un perjuicio en virtud de la profesión u oficio, así como obligaciones de cualquier índole del imputado, que implique ejercer su derecho a circular libremente.

Con respecto a la del numera 4° *ibídem*, relacionado con la prohibición de salir sin autorización del país, localidad o ámbito territorial fijado por el tribunal, ciertamente se trata de una medida que representa una buena opción en aras de evitar una fuga del imputado, no obstante, la misma no puede convertirse en la regla

al aplicarse en todos los casos, ni aplicarse de manera temeraria, tal como se analizó en el punto correspondiente en esta investigación.

Adicionalmente, existe un fenómeno que se viene observando relativo a la anulación administrativa del pasaporte, alegándose que el mismo es anulado mediante el sistema, en virtud de su reporte como robado, hurtado o extraviado, sin que medie solicitud previa de su titular, ante tal escenario, y sin que medie proceso penal o administrativo alguno, ello representa o se erige como la aplicación de hecho de esta medida, aspecto que vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos y no se corresponde con un Estado de Derecho.

Así, se debe llamar poderosamente la atención, que deben establecerse mecanismos que eviten que se materialicen estos escenarios de anulaciones temerarias *de facto*, sin cumplir con los canales regulares para ello y, además, socavando derechos fundamentales al prohibir el libre tránsito y derecho a la libertad ambulatoria de las personas, mediante este tipo de actuaciones que a todas luces representan una medida de hecho, en virtud de las dificultades existentes para tramitar un pasaporte, tal como se desprende del llamado realizado por ACNUR (2018) de garantizar este derecho en virtud de la situación venezolana en relación a la emisión del aludido documento.

5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

Sostiene Arteaga (2007) que esta medida puede estar circunscrita a personas que han cometidos delitos sin mayor gravedad, sin embargo, que han producido particulares consecuencias en lugares o ambientes específicos, pueden imponer la medida de alejamiento de estos lugares, sin que se exija otra medida cautelar. (p. 93)

Silva (2007), le otorga otro sentido enfocada a:

> [e]vitar la obstrucción del proceso, así como la obstaculización de la investigación, en procura del aseguramiento de los rastros, señales y fuentes de prueba, que se pueden incorporar al proceso, de igual manera, abarca a la protección de sujetos que pueden ser amenazas, finalmente, aduce que la finalidad de la medida no debe modificarse por la limitación de sus actividades laborales oficiales o políticas, que estén ajustadas en el ordenamiento legal. (p. 214)

Por otra parte, los numerales 5 y 6 *ibídem*, relacionados con la *prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares*, así como la *prohibición de comunicarse con personas determinadas* (sin afectar el derecho a la defensa), no se corresponden realmente con medidas cautelares sustitutivas de libertad, en todo caso, se trata de medidas que se inscriben en la clasificación de las medidas preventivas, en virtud que ambas se entienden con un carácter preventivo, no cautelar propiamente dicho.

Igualmente, se ha observado en la *praxis*, en diversos casos se ha establecido como medida cautelar sustitutiva la privación de libertad, la abstención de declarar ante medios de comunicación o abstenerse de declarar en general, medida que merece ciertas observaciones en virtud que no se comprende su finalidad, ya que la misma en todo caso, pudiera erigirse como una medida preventiva, como *supra* se indicó, para evitar que se siga cometiendo un delito mediante el cual se emplea como medio de comisión a los medios de comunicación, o en todo caso, para evitar que divulgue cierta información (aunque el proceso tiene el carácter de público, salvo que se trate de la reserva de la investigación o en fase de juicio cuando se presentan los supuestos que así lo ameritan –artículo 316 del Código Orgánico Procesal Penal-2012), de resto, no encontramos una finalidad objetivamente viable de esta medida, que afecta el derecho a la libre expresión, por tanto, no es compatible con el sistema de medidas preventivas y cautelares que se defiende en este trabajo, que en todo momento ha destacado que las medidas deben obedecer a un fin atendiendo a la verdadera naturaleza de las referidas instituciones y no aplicarse medidas que por contrario, atentan contra los derechos fundamentales.

En todo caso, se trata de una medida indeterminada, que consideramos que no tiene cabida en nuestro sistema de medidas, que atenta contra le principio *pro libertatis* así como el de interpretación y aplicación restrictiva de las medidas, en virtud que interpretar que la medida consistente en la prohibición de comunicarse con determinadas personas, pueda entenderse que abarca medios de comunicación, es una interpretación extensiva.

6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

Esta medida implica la prohibición de permitir la comunicación con determinadas personas relacionadas con el proceso, la cual no puede afectar el derecho a la defensa en toda su extensión. Igualmente, se debe destacar que operan los señalamientos anteriormente indicados con respecto a la prohibición de acercarse a ciertos lugares.

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.

Vale destacar que esta medida ha sido abarcada por la Ley especial que regula la protección de la mujer como sujeto susceptible de sufrir violencia de género, al igual que en materia de niños, niñas y adolescentes, no obstante, lo circunscribe a delitos sexuales (abarcando contra la libertad e indemnidad sexual). De igual manera puede incluirse el daño físico, en virtud que el numeral objeto de análisis contempla lo relativo a las agresiones.

Esta medida ya se encuentra abarcada de manera especial en la legislación de protección de la mujer, que se cataloga como una medida de protección, analizada anteriormente en este trabajo, en tal sentido, no se trata de una medida cautelar propiamente dicha, a pesar que ingresa en la esfera de derechos fundamentales de las personas.

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.

Este numeral está referido al régimen de Libertad provisional bajo caución, que puede ser económica, personal o juratoria. En tal sentido, ordena el Código Orgánico Procesal Penal (2012) en el artículo 249, que para imponer las medidas, se debe atender a su naturaleza, por tanto, se evitará la imposición de cauciones

económicas cuando exista estado de pobreza o carencia de medios, lo cual impide su cumplimiento.

a.- Económica

La caución económica según Arteaga (2007), es:

> [l]a primera modalidad de caución que prevé el Código Orgánico Procesal Penal (2012), que las otras legislaciones denominan caución real, como también lo hacía la derogada Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza. Esta caución se puede materializar depositando dinero, valores o constituyendo garantías reales. (p. 96).

Por otra parte, indica el artículo 243 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que, para fijarla, se deberá tomar en consideración:

> Caución Económica
> Artículo 243. Para la fijación del monto de la caución el tribunal tomará en cuenta, principalmente:
> 1. El arraigo en el país del imputado o imputada determinado por la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el asiento de su familia, así como las facilidades para abandonar definitivamente el país, o permanecer oculto; 2. La capacidad económica del imputado o imputada; 3. La entidad del delito y del daño causado; La caución económica se fijará entre el equivalente en bolívares de treinta a ciento ochenta, unidades tributarias, salvo que, acreditada ante el tribunal la especial capacidad económica del imputado o imputada o la magnitud del daño causado, se haga procedente la fijación de un monto mayor. (…)

El artículo transcrito consagra los parámetros a seguir en aras de fijar el monto de la caución económica, que en principio se establecen referencias en unidades tributarias, disponiendo otros aspectos a considerar, tales como el arraigo, capacidad económica, y entidad del delito.

El arraigo se determina conforme a los señalamientos realizados en relación a la procedencia de la medida cautelar privativa de libertad, no obstante, vale destacar que este artículo incorpora expresamente aspectos que deben ser considerados en aras a determinar el arraigo, tales como la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el asiento de la familia e incluso la facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, lo cual debe ser ponderado

en cada caso en concreto, sin que se entienda que por el simple hecho de poseer otra nacionalidad o poseer una acomodada posición económica, ya *per se*, se considerará que no se materializa el arraigo, por ello, valen las mismas consideraciones *supra* realizadas.

Con respecto a la capacidad económica del imputado, se refiere al estatus económico o posición patrimonial que permite establecer un monto de caución, en aras que sea estimada lo más ajustada a la realidad económica del imputado, en tal sentido, las normas relativas al arraigo o a la capacidad económica no deben ser interpretadas como reglas discriminativas, por contrario, deben interpretarse en el sentido que persiguen que la caución se ajuste a la realidad en cada caso particular.

Por otra parte, en relación a la entidad del delito y del daño causado se realizan las mismas consideraciones apuntadas con respecto a la procedencia de la medida cautelar privativa de libertad, adicionando que nuestra legislación no realiza una distinción de entre delitos graves o menos graves (a pesar de contar con una legislación procesal que establece un procedimiento especial para delitos menos graves), por tanto, es una valoración subjetiva, de igual manera, lo atinente al daño, debe ser entendido desde un punto de vista económico, es decir, atendiendo al daño económico ocasionado por el delito, lo que se traduce en preferir la aplicación de estas cauciones cuando se trate de delitos que ocasionen daño patrimonial.

Adicionalmente, establece el artículo *ibídem*, que cuando se trate de delitos que estén sancionados con penas privativas de libertad cuyo límite máximo exceda de ocho años, el tribunal, adicionalmente prohibirá la salida del país del imputado o imputada hasta la conclusión del proceso, igualmente, se pueden imponer otras medidas cautelares, según cada caso en concreto, siempre debidamente motivado.

Dicho lo anterior, vale adicionar lo señalado por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano en relación a que la caución debe ser de posible cumplimiento, tal como se indicó en sentencia Nº 385, de fecha 01 de abril de 2005, emanada de la Sala Constitucional:

> En efecto, los Tribunales Penales están facultados para acordar, en caso que sea procedente, una medida cautelar sustitutiva de la privación de

libertad referida a la prestación de una caución económica, pero a tales fines, deben tomar en cuenta que esa medida debe ser '...de posible cumplimiento por el propio imputado o por otra persona, atendiendo al principio de proporcionalidad...', como lo establece el artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal vigente. Para determinar la imposibilidad o no del cumplimiento de esa medida que se piensa acordar, deberá tomar en cuenta, igualmente, lo previsto en el artículo 257 *eiusdem*, referido al arraigo en el país del imputado, la capacidad económica del imputado y la entidad del delito y del daño causado, las cuales también estaban contempladas en el entonces vigente artículo 266, ibídem.

b.- Personal

La caución personal consiste en una fianza personal, como única garantía civil de carácter personal (Hernández, 2016, p, 31), que consiste en el compromiso de un tercero "fiador" que se obliga a responder por el imputado en casos que se ausente del ámbito territorial del tribunal o no se presente a la autoridad designada; de igual manera, la fianza abarca los gastos de captura y costas procesales en casos de ocultación o fuga, así, como cancelar por vía de multa la cantidad afianzada fijada previamente (la cual se tomará atendiendo al caso en concreto –delito y posibilidades económicas-), en caso de no presentar al imputado dentro del término previamente indicado. Todo regulado en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal (2012).

c.- Juratoria

La caución juratoria consiste en una tercera alternativa, que se materializa cuando el imputado no tiene posibilidades económicas o posibilidades de ofrecer fiador, y promete someterse al proceso, a no obstaculizar la investigación, así no cometer nuevos delitos.

La referida caución se genera con la promesa, bajo juramento, que realiza el imputado de cumplir con los anteriores señalamientos. Dicho lo anterior, esta institución se encuentra regulada en el artículo 245 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), al siguiente tenor.

Caución Juratoria

Artículo 245. El tribunal podrá eximir al imputado o imputada de la obligación de prestar caución económica cuando, a su juicio, éste o ésta se encuentre en la imposibilidad manifiesta de presentar fiador o fiadora, o no tenga capacidad económica para ofrecer la caución, y siempre que el imputado o imputada prometa someterse al proceso, no obstaculizar la investigación y abstenerse de cometer nuevos delitos.

En estos casos, se le impondrá al imputado o imputada la caución juratoria conforme a lo establecido en el artículo siguiente.

Igualmente, se consagra en el artículo 246, las obligaciones del Imputado o Imputada, a quien se le conceda una medida sustitutiva, a no ausentarse de la jurisdicción del tribunal y presentarse en las oportunidades señaladas, identificándose plenamente a tal efecto.

d.- Formalidades (Acta)

Señala el artículo 247 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que cuando se presente caución, en sus distintas modalidades, debe constar acta en la cual se plasmen las condiciones y quede suscrita la manifestación del consentimiento.

e.- Cesación o cancelación y revisión de la libertad provisional bajo fianza

El Código Orgánico Procesal Penal (2012) no contempla disposición relativa a la cancelación o cesación de las cauciones, al respecto, apunta Arteaga (2007) que:

> (...) las cauciones impuestas cesarán cuando cese el régimen de libertad sometido a ellas por sustitución de la medida, cuando se extinga la acción penal; cuando se acuerde el archivo de las actuaciones de investigación o el sobreseimiento; cuando se absuelva al imputado; o cuando se le dicte sentencia condenatoria y el reo se presente a cumplirla. (p. 100).

Por otra parte, con respecto a la revisión operan las mismas consideraciones relativas a la revisión general de las medidas, ante lo cual se puede solicitar su sustitución otra menos gravosa y el juez debe examinar cada tres meses su mantenimiento.

Por último, sostiene Arteaga (2007), que:

> [s]i bien el COPP no previó expresamente la apelación en el caso de estas medidas, como lo hizo con relación a la privación judicial preventiva de libertad, considero que es admisible igualmente este recurso, sin perjuicio de la revisión a la que antes se hizo referencia. (p. 101)

Por último, vale destacar que dicha medida se ha desconfigurado y tergiversado, erigiéndose como un verdadero obstáculo para materializar una medida cautelar sustitutiva a la prisión, en virtud que se trata de una medida que en ocasiones resulta muy onerosa, ya que se exigen ciertos requisitos a los fiadores que se dificulta su materialización, tales como que se trate de funcionarios, que devenguen cierto monto de salario o sueldo, cartas de residencia expedidas por consejos comunales, entre otra serie de requisitos que no son propios de una caución, en virtud que la caución sigue siendo una institución de derecho civil aplicada al proceso penal, con lo cual el requisito de los fiadores está delimitada en el Código Civil (1982), así que cualquier otra carga representa una afrenta a la materialización de medidas cautelares sustitutivas, que implican que una persona siga privada de libertad si no cumple tales extremos.

9. Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria.

Con respecto a este *numerus apertus* consideramos que es inconstitucional, obedeciendo a los criterios explanados en los principios que rigen la materia cautelar, principalmente la taxatividad e interpretación restrictiva que debe acompañar a las medidas en virtud del principio de presunción de inocencia, prohibiéndose dictar medidas diseñadas por el Juez a su libre arbitrio.

Coincide con esta idea Silva (2007), quien aduce que imponer medidas cautelares sustitutivas no contempladas expresamente, es delicado, mucho más concedérsela a un funcionario judicial, en tal sentido, considera que no puede aplicarse medidas cautelares por analogía (p. 223)

Por otra parte, debe advertirse que el artículo 242 objeto de análisis, establece en su último aparte, que no podrán acordarse más de dos medidas de forma simultánea, tal como se observa: Artículo 242. (…) En ningún caso podrán

concederse al imputado o imputada, de manera simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas.

Vale indicar que esta medida viola el principio de legalidad procesal, así como los principios fundamentales que rigen en materia de medidas, que implican la taxatividad, interpretación y aplicación restrictiva, así como el respeto al estado de libertad y principio de presunción de inocencia, sin menoscabo de otros principios que están relacionados con la temática de medidas, en tal sentido, se observa que se hace referencia a medidas preventivas o cautelares, dando un abanico muy amplio de margen de acción al juez que implica incluso la vulneración del principio de oficialidad, que implica que dicha medida debe ser solicitada expresamente por el representante del Ministerio Público.

Así las cosas, tal medida se ha evidenciado que se encuentra consagrada en otras normativas penales colaterales, las cuales deben ser igualmente eliminadas en virtud de las razones anteriormente expuestas, en virtud que debe establecerse expresamente el bagaje de medidas que se pueden aplicar en un proceso penal, que implica la presunción de inocencia y manejo de principios propios de un sistema de corte acusatorio.

Adicionalmente, cabe destacar que uno de los autores que ha tratado el tema en la doctrina patria, es el profesor Ortíz-Ortíz (2015a), quien opina que pareciera que este es la nueva modalidad de las leyes procesales que se promulguen en Venezuela, en virtud que, por facilismo, se pretende desplazar a la tutela cautelar típica. (p. 239).

Dicho lo anterior se deduce que este poder es de gran amplitud, excede y excede a la tutela típica. Debemos opinar que el autor *in commento* no es muy incisivo en denunciar que tal concepción de medidas indeterminadas, atenta contra el principio de legalidad tanto procesal como material, en virtud que tal como ocurre con la teoría general del delito, en la cual se prohíbe aplicar tipos penales que no figuren expresamente en la legislación vigente, prohibiéndose cualquier aplicación por analogía *in malam parte* o indeterminada de los mismos, tal aspecto opera de igual manera en la tutela preventiva y cautelar aplicada al ámbito penal.

Así tenemos que las únicas medidas que pueden aplicarse son las que figuran expresamente determinadas (tipificadas) en la legislación venezolana vigente, en todo caso, se pudieran aplicar medidas indeterminadas en el ámbito de la responsabilidad civil, pudiendo ser discutido, sin embargo, en el ámbito penal quedan desechadas a todas luces -a menos que se trate de medidas de protección, sin embargo, se exige su mayor taxatividad para evitar lesionar derechos de las partes-.

Además, al estudiarse el tema de la tutela indeterminada, se denota que la doctrina (Ortíz-Ortíz, 2015a), lo hace exclusivamente en referencia a la materia agraria, Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010), materia de función pública, Ley del Estatuto de la Función Pública (2002), materia laboral, Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), materia de protección de niños, niñas y adolescentes, Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015) y en materia de Tribunal Supremo de Justicia, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), notándose que no se incluye al ámbito penal, en virtud que las únicas medidas personales que pueden dictarse, son las que se dictan en materia penal (cautelar personal de privación de libertad y cautelares personales sustitutivas a la libertad) lo cual incide en el derecho a la libertad personal y se traduce en que la misma no puede ser afectada de manera indeterminada, por tratarse de un Derecho Fundamental.

4.2.2- Aspectos procedimentales

Se sostuvo anteriormente que con respecto a las medidas cautelares sustitutivas operan las mismas consideraciones (en cuanto le sean aplicables) procedimentales que en relación con la medida privativa de libertad propiamente dicha.

No obstante, el artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) estatuye que en caso que el imputado esté sometido a una medida cautelar sustitutiva, se deberá evaluar el nuevo delito, conducta predelictual y magnitud del daño, para acodar una nueva. Sin que puedan acordarse simultáneamente tres o más medidas.

Ahora bien, con respecto a la revocatoria de las medidas por incumplimiento, el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) establece los casos en los cuales procede de oficio o a solicitud del Ministerio Público, cuando

> 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. (…)

Por otra parte, con respecto a la imposición de las medidas, estatuye el artículo 249 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que el tribunal ordenará lo necesario para garantizar las mismas, sin desnaturalizar su finalidad o imponer otras cuyo incumplimiento sea imposible. Por último, se prohíbe imponer caución económica en casos que el imputado se encuentre en estado de pobreza.

5.- Medidas Cautelares de Coerción Real

El primer aspecto que debe tomarse en consideración para abordar la temática de las medidas cautelares reales aplicadas en el proceso penal, es que las mismas surgen con la finalidad de asegurar una eventual responsabilidad civil, que, en este caso se genera por la comisión de un delito, a diferencia de las medidas cautelares de coerción personal, que si están dirigidas a asegurar la eventual responsabilidad penal, la cual se materializa en la aplicación de una pena corporal.

De igual manera, a pesar que en el proceso penal convergen otras medidas preventivas que pueden recaer sobre bienes, tales como las medidas preventivas de aseguramiento de objetos activos y pasivos del delito, estas obedecen a finalidades propias del proceso, como lo pueden ser asegurar bienes con fines probatorios, o aseguramiento de bienes con la finalidad que sean destruidos o sacados del comercio -cuando se trata de bienes ilícitos- entre otros fines, con lo cual, se distancian de las medidas cautelares reales, que si están diseñadas exclusivamente para la eventual responsabilidad civil derivada del delito.

De igual manera, vale advertir que, según la regulación legislativa, así como el desarrollo que ha realizado la doctrina, las medidas de cautelares reales no se enfocan en asegurar la ejecución de la pena no corporal de multa, o de pago de

costas procesales, consagradas en los numerales 7 y 11, del artículo 10 del Código Penal venezolano (2005). Asimismo, en Venezuela no existe una cultura penal basada en responsabilidad económica al cometerse un delito, únicamente predomina el enfoque de la responsabilidad civil derivada del delito, la cual fue definida en los puntos 8.1.2.1. denominado: Acción Civil Derivada del Delito (Fundamento y Finalidad de las Medidas Cautelares de Coerción Real) y 8.1.2.1.1, referido al Contenido o alcance de la Acción Civil Derivada del Delito, de esta tesis, en los cuales se delimitó el alcance y contenido de la aludida responsabilidad, indicándose en términos generales lo siguiente:

La responsabilidad civil se manifiesta de diversas formas, entre las cuales destaca la derivada del delito, la cual se basa en reestablecer o reparar los daños patrimoniales o morales ocasionados por la comisión del delito, bien sea a la víctima o a otras personas. En el caso del derecho venezolano, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), del Código Penal (2005) y del Código Orgánico Procesal Penal (2012), estatuyen una serie de normas relacionadas con el ejercicio de la acción civil derivada del delito. Tales como el artículo 285 de la referida Constitución que establece en las atribuciones del Ministerio Público, particularmente la de hacer efectiva la responsabilidad civil.

Asimismo, el artículo 271 *ejusdem*, consagra un catálogo de delitos (delitos de deslegitimación -sic- de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos), en los cuales se ordena la creación de un procedimiento en el cual se incluya la facultad a la autoridad judicial competente para dictar medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, con la finalidad de garantizar su eventual responsabilidad civil.

Igualmente, el Código Penal venezolano (2005) consagra en su artículo 113, los aspectos relativos a la responsabilidad civil derivada del delito, al siguiente tenor:

> Artículo 113. Toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta, lo es también civilmente. La responsabilidad civil nacida de la penal no cesa porque se extingan éstas o la pena, sino que durar como las demás obligaciones civiles con sujeción a las reglas del derecho civil.

> Sin embargo, el perdón de la parte ofendida respecto a la acción penal, produce la renuncia de la acción civil si no se ha hecho reserva expresa.
> Se prescribirá por diez años la acción civil que proceda contra funcionarios públicos por hechos ejecutados en el ejercicio del cargo.

Por otra parte, el artículo 120 del Código Penal (2005) establece que la responsabilidad civil derivada del delito comprende o abarca, lo plasmado a continuación:

> Artículo 120. La responsabilidad civil establecida en los artículos anteriores comprende:
> 1. La restitución; 2. La reparación del daño causado; 3. La indemnización de perjuicios.

En vista de lo anterior, es diáfana la regulación del contenido de la acción civil derivada del delito, que acarrea la restitución o reparación del daño y la indemnización de perjuicios. En tal sentido, la restitución se refiere al reintegro de la misma cosa, en la medida de lo posible, o en su defecto, el pago de los deterioros o menoscabos de la misma.

Por otra parte, con respecto a la reparación de daños y perjuicios, anteriormente se indicó que el Código Orgánico Procesal Penal (2012) en su artículo 413, establece un procedimiento especial para hacer efectivo los mismos, el cual se contradice con el artículo 121 del Código Penal (2005) que dispone que la restitución comprende o abarca la responsabilidad civil, sin embargo, por tratarse de un Código Orgánico Procesal, prevalece sobre el Código Penal. Además, ello en virtud que el Código Procesal antes señalado, establece la devolución de objetos.

Igualmente, la indemnización de perjuicios abarca aspectos materiales y morales, incluyendo diversos indicadores empleados en derecho civil, tales como el daño emergente, lucro cesante, entre otros. Por último, la reparación del daño o el pago del valor equivalente a la cosa perdida, procederá cuando no sea factible o posible la restitución de la cosa. Asimismo, únicamente puede ser garantizada esta responsabilidad con bienes propiedad (legítimos) del imputado. Por ello indica Tamayo (2011) que:

> (…) cuando tales bienes se encuentren relacionados, directa o indirectamente, con la actividad delictiva, porque la ganancia ilícita y todo aquello que sea producto mediato de aquella, se confisca, previa su declaratoria de comiso en la sentencia definitiva. Por lo tanto, la multa, costas procesales y la responsabilidad civil *strictu sensu*, solo pueden hacerse efectivas sobre bienes no contaminados por el ilícito. 126)

Plasmadas las anteriores consideraciones, se evidencia que es un tema fundamental el alcance o contenido de la acción civil, en aras que se tenga presente que cuando se pretende materializar una medida cautelar de coerción real, la misma debe obedecer y limitarse, exclusivamente al contenido o alcance de la responsabilidad civil antes indicada, no extenderse a otros aspectos que están fuera de tal ámbito. Por ello, incluyendo las medidas cautelares innominadas y las indeterminadas, las mismas al acordarse (a pesar que las mismas no recaen directamente sobre un bien, sino se materializan en aras de evitar una conducta dañosa), debe interpretarse obligatoriamente, en el sentido y finalidad de tales medidas, las cuales son salvaguardar o procurar la eventual materialización de una responsabilidad civil, excluyendo otros aspectos, relacionados con las penas corporales, que están incluidas o abarcadas por las medidas cautelares de coerción personal.

Ahora bien, una vez precisado el alcance de la responsabilidad civil derivada del delito, es menester resaltar que las medidas cautelares de coerción real, surgen con tal finalidad, que puede traducirse en una futura ejecución de un fallo de carácter patrimonial, tal como se observa en la siguiente definición de medidas cautelares reales, plasmada por el autor Ortíz-Ortíz (2015b):

> (…) aquellas disposiciones jurisdiccionales, emanadas de la potestad cautelar, que pueden decretarse antes o durante un procedimiento judicial, y por el cual se garantiza la futura ejecución de un fallo patrimonial, y se evita cualquier amenaza de daño a los derechos de las partes (efectividad del proceso) o el interés general involucrado, en el marco de la efectiva tutela judicial. (p. 240).

Igualmente, aduce López (2011), que las medidas cautelares reales son aquellas destinadas a asegurar los bienes del imputado con el fin que se logre, en su momento, hacer efectivas las decisiones o resoluciones indemnizadoras (p. 84).

De los anteriores conceptos, se evidencia que las medidas cautelares reales, obedecen a un fin patrimonial, aspecto que se puede presentar en virtud de la comisión de un delito, por ello, en materia procesal penal, el Código adjetivo, si bien instrumentaliza el ejercicio de la acción civil mediante el establecimiento de un procedimiento especial, el mismo requiere contar con un bagaje de medidas que procuren asegurar tal responsabilidad, sin embargo, el Código Orgánico Procesal Penal (2012), no regula expresamente la temática de las medidas, a pesar que algunos autores indican que su regulación se desprende de la cláusula de remisión al Código de Procedimiento Civil (1986), cuando se trate del "aseguramiento de bienes muebles e inmuebles", contenida en el artículo 518 del referido Código adjetivo penal, tal como se observa a continuación:

> 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.

Visto el artículo anterior, consideramos que el mismo no se corresponde con lo sostenido a lo largo de este trabajo, con respecto a la teoría general de las medidas o tutela preventiva y cautelar, en virtud que expresamente se hace referencia a medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, siendo deficiente su regulación, en el sentido que si bien todas las medidas cautelares son preventivas, no todas las medidas preventivas son cautelares, lo cual genera dudas si se trata expresamente de las medidas preventivas (en las cuales están incluidas las de aseguramiento con un fin probatorio) o las medidas cautelares (que precisamente son preventivas, pero con la especialidad de ser cautelares, es decir, procuran la ejecución de un fallo).

En tal sentido, no es precisamente acertado o del todo cierto, aducir que el artículo 518 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) regula o remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (1986), para regular lo relativo a las

medidas cautelares reales, en virtud de lo antes expresado. En todo caso, se debería dejar claramente plasmado que se trata de medidas cautelares reales o de aseguramiento con un fin cautelar de la eventual responsabilidad civil derivada del delito.

Además, a lo largo de la presente investigación se ha sostenido que la temática de las medidas obedece a unos principios básicos como lo es la aplicación e interpretación restrictiva de las medidas, así como el de legalidad procesal, en tal sentido, ampliar el bagaje de aplicación de las medidas soslaya tales principios, al permitir que se apliquen medidas sin contar con una regulación de las mismas.

Igualmente, permitir la aplicación con la simple remisión presenta serios problemas de índole procesal, tales como el señalamiento expreso que las decisiones dictadas con ocasión a las medidas, serán impugnadas por los medios y casos establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal (2012), aspecto que no resulta del todo claro, ya que surge la interrogante referida a la exclusión de los mecanismos de impugnación de las medidas propiamente dichas (oposición, apelación, entre otras) limitándolos a los consagrados en el Código Orgánico Procesal Penal (2012) -revocación, apelación de autos, apelación de sentencias, revisión penal o casación- con respecto a la decisión en sede penal que acuerda la medida.

Adicional a lo anterior, se presentan otros problemas en virtud que responsabilidad civil extracontractual clásica difiere en ciertos aspectos de la responsabilidad civil derivada del delito, en aspectos como la restitución de los bienes en virtud del delito, o al presentarse casos en los cuales se verifican personas interpuestas que participan o encubren los bienes o provechos del delito, entre otras situaciones que merecen u obligan a la regulación detallada de las medidas.

Ahora bien, a pesar de lo sostenido anteriormente, se procede a establecer dogmáticamente en qué consiste el poder (potestad-deber) de la cautela civil, con la finalidad de tomar en consideración las instituciones que en caso de realizarse una reforma del Código Orgánico Procesal Penal, en aras que se apliquen tales medidas para procurar la responsabilidad civil derivada del delito, o en todo caso,

que opere la remisión, con la regulación obligatoria que merece la aplicación de la tutela civil en el ámbito penal, en virtud de su naturaleza especial.

5.1.- Poder (potestad-deber) Cautelar Civil

La doctrina suele distinguir el poder (potestad-deber) cautelar civil, en básicamente entre a) *típico* y, b) *innominado* (La Roche, Bello Castillo, Quintero, Crimele, entre otros), y otro sector (Ortíz-Ortíz), con el cual se coincide, hacen referencia a un tercer poder cautelar denominado: c) *indeterminado*.

Ahora bien, se debe destacar la nota característica del denominado poder cautelar civil, está referido a que el juez es responsable por daños ocasionados en virtud de las medidas que pueda acordar o incluso, las que se abstenga de hacer cuando así corresponde.

Dicho lo anterior, se realiza un breve análisis del alcance y contenido básico de cada uno de los derivados del poder cautelar civil.

5.1.1.- Poder Cautelar Típico o determinado (especial)

El poder cautelar típico es definido por La Roche (1988), sostiene que:

> Las medidas preventivas no son una clasificación dentro del amplio concepto de medidas cautelares, en el sentido que no existe un criterio de división que las reúna con exclusión de otros tipos de providencias cautelares, sino que ellas constituyen un grupo que es tal en virtud de que ha sido establecido y reglado por la ley; el común denominador entre ellas es el efecto eminentemente ejecutivo que todas por igual presentan, con el fin de asegurar la ejecución forzosa del fallo principal. (p. 103)

En tal sentido, se entiende que este poder denominado típico se caracteriza por el establecimiento expreso por el legislador del catálogo de medidas y su respectivo procedimiento, cuyo contenido está determinado en la ley, tal como aduce el anterior autor, establecidas y regladas en la ley.

Dicho lo anterior, el poder típico civil, propiamente dicho, está reflejado en las medidas de a) *embargo*; b) *secuestro*; c) *prohibición de enajenar y gravar,*

corriente seguida por la doctrina mayoritaria, sin embargo, Incluye la denominada d) *anotación preventiva de la litis*.

Ahora bien, explanadas las generalidades del poder cautelar típico a continuación se delimita el alcance y ámbito de aplicación de las medidas típicas civiles clásicas.

5.1.1.1.- Embargo

El embargo se manifiesta de diversas maneras, a) *embargo preventivo,* ejemplos: artículo 191 del Código Civil (1982), en materia de divorcio y separación de cuerpos y artículo 749, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil (1986) en juicio de alimentos; b) *embargo ejecutivo*, artículo 524 del Código de Procedimiento Civil (1986) para la ejecución forzosa de sentencia-, c) *embargo de ejecución anticipada*, artículo 92 de la ley de Comercio Marítimo (2006); d) el *embargo provisional* en el procedimiento especial por intimación, artículo 6346 del Código de Procedimiento Civil (1986); y el que nos ocupa que es el e) *embargo cautelar*, consagrado en el artículo 591 y siguientes, del Código de Procedimiento Civil(1986).

En tal sentido, el embargo cautelar civil es definido por La Roche (1988), como:

> Entendemos por embargo preventivo, el acto judicial a requerimiento de parte, en virtud del cual se sustrae en un depositario cualquier bien mueble del poseedor contra quien obra, con el objeto de suspender provisionalmente los atributos de su derecho de propiedad —ius abutendi, fruendi et utendí—, y tenerlos a las resultas del juicio. (p. 118)

Ahora bien, es importante destacar que la definición anterior hace referencia a bienes muebles, en tal sentido, tal medida opera únicamente en relación a los mismos, por otra parte, la regulación del embargo se encuentra consagrada en los artículos 591 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (1986), citándose el primer artículo indicado, en el cual se fundamenta la institución del embargo cautelar, resumida en que a petición de parte, el juez se traslada al lugar donde se encuentran los bienes para ejecutar la mediad, ordena la apertura y ejecuta el mismo, incluyendo el empleo de fuerza pública, se ser necesario.

Por otra parte, existen diversas limitaciones al embargo cautelar, que el autor Ortíz-Ortíz (2015b), clasifica al siguiente tenor:

> i).- Prohibición de decretar o ejecutar embargo, cuando expresamente lo indica una disposición normativa. Ejemplo: Artículo 99 de la Constitución que prohíbe el embargo de bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación. ii).- Limitaciones procedimentales, puede decretarse el embargo, empero no ejecutarse. Ejemplo: Bienes pertenecientes a entes públicos, excepto cuando se trate de bienes pertenecientes a la República, en los cuales no se puede decretar y ejecutar. iii).- Limitaciones objetivas relacionadas con el monto de las cosas a embargar, como ocurre con salarios y demás beneficios de un trabajador. iv).- Limitaciones por la naturaleza y uso de los bienes, tales como bienes indispensables para la vida de una persona, como su cama. (pp. 511-512).

5.1.1.2.- Secuestro

En primer término, es importante clarificar que el secuestro como locución o término jurídico se maneja para designar diversas instituciones, así, en muchas legislaciones se emplea para designar el aseguramiento preventivo de bienes (medidas de aseguramiento probatorio), así como *nomen iuris* del tipo penal de secuestro, sin embargo, en el caso que nos ocupa, hacemos referencia lo que nuestra doctrina denomina secuestro cautelar.

Apunta La Roche (1988), en relación a la medida de secuestro que:

> La medida más antigua en nuestro Derecho escrito ha sido el secuestro del Derecho romano, considerado dentro de los tipos de depósito, cuyas reglas generales obedecía; entendiéndosele como "la entrega en manos de un tercero, *secuester*, de una cosa sobre la que hay discusión entre dos o más personas, con cargo de conservarla y devolverla a la parte que gane la causa". (p.91)

Ahora bien, opina Borjas (1984), en su obra referida a Comentarios al Código de Procedimiento Civil (1986), que:

> (…) el legislador ha considerado indispensable privar a alguno de los litigantes de la libre disposición de la cosa o de los bienes que son materia de la controversia, porque en sus manos corren peligro de pérdida, ruina o deterioro, poniéndolos a tal efecto bajo la guarda de algún depositario. (p. 37).

De igual manera, aduce el autor *in commento*, que:

> El secuestro es el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigo, que, en manos de tercero y para fines preventivos y de conservación, hacen los interesados o decreta el Tribunal. Es voluntario en el primer caso, y constituye un contrato entre los deponentes y el depositario; y judicial en el segundo caso, en el cual, aunque no es una convención, impone al secuestratario las mismas obligaciones que el secuestro convencional al depositario. Aquél se rige únicamente por el Código Civil; éste, por esas mismas disposiciones y por las del Código de Procedimiento Civil. (p. 14).

En tal sentido, existen ocasiones en las cuales es indispensable proceder al secuestro de bienes, tanto de muebles como inmuebles, tal aspecto es lo que diferencia principalmente al embargo cautelar del secuestro cautelar.

Como corolario, el secuestro cautelar se encuentra consagrado en el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil (1986), el cual se decretará, sobre la cosa mueble que verse la demanda, por irresponsabilidad del demandado o se tema su pérdida, de la cosa litigiosa, de los bienes de la comunidad conyugal, de los bienes de la herencia, de la cosa que el demandado haya comprado y esté gozando sin haber pagado su precio, de la cosa litigiosa cuando dictada la sentencia contra el poseedor y éste apelare sin dar fianza para responder y de la cosa arrendada, por falta de pensiones de arrendamiento, o por deterioro de la misma.

Por último, se ha discutido en relación a que, si el catálogo consagrado en el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil debe ser considerado un *númerus clausus* o un *númerus apertus*, siendo apoyada la tesis de considerarlo un *númerus apertus* autores como La Roche (1988) o númerus clausus, que es la posición de la doctrina mayoritaria, entre los cuales figuran Ortíz-Ortíz (2015b). Posición que se comparte, en virtud de la naturaleza del poder cautelar típico, en cual implica la taxatividad.

5.1.1.3.- Prohibición de Enajenar y Gravar

La Prohibición de Enajenar y Gravar se encuentra fundamentada en el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil (1986), al siguiente tenor:

De la prohibición de enajenar y gravar

Artículo 600.- Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al Registrador del lugar donde esté situado el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición.

Se considerarán radicalmente nulas y sin efecto la enajenación o el gravamen que se hubieren protocolizado después de decretada y comunicada al Registrador la prohibición de enajenar y gravar. El Registrador será responsable de los daños y perjuicios que ocasione la protocolización.

Vista la disposición anterior, se evidencia que se trata de una medida que persigue limitar la enajenación o gravamen de bienes inmuebles de manera cautelar. Al respecto, apunta La Roche (1988) que: se caracteriza por la suspensión de un solo atributo del derecho de propiedad, cual es el de disponer de la cosa inmueble. (p. 118), igualmente sostiene sobre el fin de la medida que es asegurar el resultado práctico de la ejecución forzosa (p. 78).

Igualmente, sostiene López (2011) que:

> Otro caso de medida cautelar real es el que se refiere a la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, lo cual en el fondo es una limitante al derecho de propiedad y, por tanto, una situación jurídica restrictiva, que para su concesión debe estudiarla el juez competente. (p. 84-85)

Al respecto, vale adicionar que la medida únicamente opera en relación a bienes inmuebles, y de igual manera, no se indica si se trata de bienes objeto de litigio, lo cual se traduce en que pueden ser bienes objeto de litigio o no. adicionalmente, el autor Ortíz-Ortíz (2015b) apunta ciertas condiciones que deben cumplirse, a saber:

> i). - Que exista un juicio pendiente, esto es, que se haya entablado o iniciado con la presentación del libelo de la demanda y la admisión por parte del Tribunal (salvo los supuestos *extralitem*).
>
> ii).- La medida puede ser solicitada por cualquiera de los litigantes. (Aunque en la práctica usualmente es el actor).
>
> iii).- Deben cumplirse los extremos del artículo 585 (Periculum in mora y el Fumus boni iuris), aun cuando la ley permite que puedan obviarse esos

requisitos si se ofrece y constituye caución o garantías suficientes para responder en caso de daños y perjuicios.

iv). - El objeto de la medida, esto es, el bien inmueble sobre cuya prohibición de enajenación o gravamen se pide, debe ser suficientemente identificado con sus datos de registro, linderos, etc., por el solicitante.

v).- Si la medida rece sobre un viene inmuebles que exceda el monto de las resultas del juicio, no podría el juez disponer la reducción del monto de la medida como lo establece el artículo 586 del Código de Procedimiento Civil, entendiéndose que el bien es indivisible e integral, salvo que se trate de varios inmuebles. (p. 614-615).

5.1.1.4.- Anotación Preventiva de la Litis

La anotación preventiva de la litis, según Ortíz-Ortíz (2015b):

> La anotación preventiva de la litis, llamada también "anotaciones provisionales" o "asientos registrales de naturaleza cautelar" es una medida cautelar por medio del cual se le ordena al Registrador de la propiedad, el asiento de una nota en la cual se deja constancia de la existencia de un juicio cuyo objeto pudiera incidir directamente sobre la propiedad o posesión de un bien mueble o inmueble objeto de registro. (p. 656). Esta medida se extiende a cualquier bien registrable (muebles o inmuebles). (p. 654).

En tal sentido, de la anterior definición se desprende que no se trata de una medida de prohibición de enajenar y gravar, sino únicamente una orden judicial emitida al Registrador para que se coloque una nota en el asiento correspondiente del bien determinado, con la finalidad que se de conocimiento a terceros sobre la existencia del litigio, lo cual no implica de ninguna manera imposibilidad del registrador de dar curso a operaciones propias de su competencia, en virtud que no grava o afecta el bien.

En la misma línea se apunta La Roche (1988), al apuntar que:

> Igual cometido persiguen la anotación de la litis (Cf. retro Nº 25) y la medida de secuestro; sólo que, en el primer caso, el efecto preventivo es mucho más mitigado, porque los terceros pueden efectivamente adquirir el bien, aun cuando no pueda considerárseles adquirientes de buena fe en razón de la anotación de la Litis. (p. 117).

Ahora bien, sostenía La Roche (1988), en relación al a medida de anotación de la Litis que:

> Nuestro Código Civil, en el ord. 2, art. 1921, también prevé la anotación de la litis en los casos que se ejerzan las acciones pauliana, de simulación, rescisión, revocación de donación y resolución de permuta, ordenando el registro de la demanda a los efectos establecidos por la Ley. Pero ello no obsta para que el interesado haga inscribir su demanda a los mismos efectos en el caso de otras acciones no previstas en la mencionada disposición legal. (p. 65)

Ahora bien, tal como apunta La Roche, legislativamente, dicha medida estuvo regulada primigeniamente en el artículo 1921 del Código Civil venezolano (1982), que disponía que deberán registrarse lo siguiente:

> Artículo 1.921. Deben igualmente registrarse para los efectos establecidos por la Ley: 1º. El decreto de embargo de inmuebles. 2º. Las demandas a que se refieren los artículos 1.279, 1.281, 1.350, 1.466 y 1.562. Bastará para los efectos de este artículo que se ponga nota al margen de los instrumentos respectivos, en la cual se haga referencia del decreto de embargo o de las demandas propuestas.

Posteriormente, la Ley de Registro Público y del Notariado (2001) consagró la medida expresamente, así:

> *Ley de Registro Público y del Notariado (2001)*
> Anotaciones provisionales. Artículo 42. Se anotarán las demandas y medidas cautelares sobre la propiedad de bienes y derechos determinados, y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales, o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles.

Luego, se verifica una involución en la Ley de Registro Público y del Notariado (2006), y en la Ley de Registros y del Notariado (2014) que se reformó la anterior disposición de la siguiente manera:

> *Ley de Registro Público y del Notariado (2006)*
> Anotaciones provisionales. Artículo 44. Se anotarán las sentencias, decretos y medidas cautelares sobre la propiedad de bienes y derechos determinados, y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles.

Ley de Registros y del Notariado (2014)

Anotaciones provisionales. Artículo 45. Se anotarán las sentencias, decretos y medidas cautelares sobre la propiedad de bienes y derechos determinados, y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles.

Ahora bien, en virtud que se suprimió expresamente lo atinente a la anotación provisional de la demanda, la misma puede inferirse en virtud o con fundamento en lo señalado en el artículo 46.7 de la Ley de Registros y del Notariado (2014) vigente, que dispone expresamente:

El Registro Público. Objeto. Artículo 46. El Registro Público tiene por objeto la inscripción y anotación de los actos o negocios jurídicos relativos al dominio y demás derechos reales que afecten los bienes inmuebles. Además de los actos señalados con anterioridad y aquellos previstos en el Código Civil, en el Código de Comercio y en otras leyes, en el Registro Público se inscribirán también los siguientes actos: (…) 7.- Las copias certificadas de los libelos de las demandas para interrumpir prescripciones y surtir otros efectos. (…)

5.1.2.- Poder Cautelar Innominado (general)

El poder cautelar innominado surge, según Bello, C (2004):

De todo lo anteriormente expuesto se evidencia la existencia de un señalamiento taxativo de medidas por parte del legislador: las medidas típicas, y, por otra parte un amplio espectro de posibilidades de dictar providencias adecuadas en cada caso, cuando una parte pretenda causar daño a la otra: medidas atípicas o innominadas, en este último caso, se requiere para la procedencia del dictamen del Juez, además de los requisitos arriba expresados, la existencia del temor fundado de daño (periculum in damni). (p. 84)

Así se observa que se trata de un poder cautelar denominado general, que no puede traducirse, de ninguna manera, en una potestad o facultad de los jueces ilimitada, por contrario, se trata de la institución cautelar que presenta mayores límites, tal como se ha advertido a nivel doctrinario, especialmente en derecho extranjero, en virtud que se trata de una generalidad en el poder cautelar que implica

que no las crea ni determina el juez, sino las partes, y además, no se trata de cualquier medida que se puede adoptar, sino aquellas que realmente están enfocadas a proteger los derechos de las partes que la solicitan en virtud del peligro del daño o lesión que teme (periculum in damni), por lo cual se exige un periculum extra, al clásico periculum in mora, así como el *fumus boni iuris*.

En el mismo orden, Ortíz-Ortíz (2015b) advierte que el nombre de innominadas, no se debe a que carecen de nombre, por contrario, se trata de medidas que pueden tener denominación, la nota característica viene dada porque estas poseen generalidad material (contenido *had hoc*) y generalidad formal (se pueden decretar en cualquier procedimiento). (p. 194). Incluso, en otras legislaciones, reciben diferentes denominaciones, tales como medidas inespecíficas, genéricas, de urgencia, entre otras.

Las medidas cautelares innominadas civiles encuentran regulación en los tres parágrafos del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1986), siendo esta la única disposición que las contempla, al siguiente tenor:

> Artículo 588. (…)
>
> Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.
>
> Parágrafo Segundo: Cuando se decrete alguna de las providencias cautelares previstas en el Parágrafo Primero de este artículo, la parte contra quien obre la providencia podrá oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en los artículos 602, 603 y 604 de este Código.
>
> Parágrafo Tercero: El Tribunal podrá, atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del artículo 589.

5.1.3.- Poder Cautelar Indeterminado

En relación al poder cautelar indeterminado, se trata de una clasificación que poco se suele abordar en la doctrina venezolana, en virtud que básicamente los autores se circunscriben al estudio del poder cautelar típico (poder cautelar especial) y el atípico (poder cautelar general), no obstante, las medidas cautelares también se manifiestan de manera indeterminada, es decir, mediante un poder cautelar indeterminado, que es definido por Ortíz-Ortíz (2015b), como:

> El poder cautelar indeterminado es la disposición legal por la cual, los órganos jurisdiccionales, pueden dictar cualquier medida cautelar creadas por las partes de acuerdo con su necesidad preventiva o de oficio cuando así lo disponga la Ley, en el marco de específicos procedimientos dispuestos por el legislador para evitar una lesión a una pretensión legítima o que quede ilusoria la ejecución del fallo. (p. 200)

Del anterior concepto se evidencian ciertas similitudes con las medidas innominadas, particularmente obedeciendo a que ambas son consideradas *ad hoc* (contenido indeterminado), empero, estas últimas, únicamente pueden ser materializadas en los procedimientos específicos señalados por el legislador, es decir, contempladas en disposiciones normativas especiales, como por ejemplo, artículo 109 del Estatuto de la Función Pública (2002), 137 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), 243 de la de la Ley Tierras y Desarrollo Agrario (2010), 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) entre otras.

Apunta Ortíz-Ortíz (2015b), que las medidas indeterminadas, implica que el Tribunal puede acordarlas, “desde medidas conservativas”- como las patrimoniales o la suspensión de efectos de un acto administrativo- o “medidas innovativas” (p. 204) por el cual se acoge medidas de contenido positivo, siempre que se destine a evitar que la amenaza o el daño que se teme, se actualice o concrete en la realidad, es decir:

> La procedencia de estas medidas, en el mismo sentido de su “naturaleza cautelar” requiere el cumplimiento de los requisitos básicos: (i) un periculum in mora o periculum in damni, sea que la amenaza se dirija a evitar la futura ejecución de la sentencia definitiva, o se tema con

> fundamento que una de las partes cause un daño en los derechos de la otra; y (ii) un fumus boni iuris, que es la "verosimilitud" del derecho invocado en el juicio principal. En verdad el poder cautelar indeterminado es una herramienta mucho más poderosa que el poder cautelar general, y las medidas indeterminadas tienen una amplitud mucho mayor que las medidas cautelares innominadas, y ello es así, porque con las cautelares indeterminadas pueden decretarse cualquier medida cautelar típica establecida en el ordenamiento jurídico, y también las medidas cautelares innominadas establecidas en el Código de Procedimiento Civil. (p. 204)

Visto lo anterior, se entiende que el poder cautelar indeterminado se traduce en medidas que no específicas, que similares a las innominadas, en el sentido que no están tipificadas expresamente por el legislador, empero, pueden traducirse en un amplio abanico de medidas de cualquier naturaleza (típicas o innominadas).

5.1.4.- Breve referencia a los requisitos de fondo y de procedibilidad de las medidas cautelares de coerción real

5.1.4.1.- Periculum in Mora

5.1.4.1.1.- Determinación y alcance

En este trabajo apuntamos que doctrinariamente, el *periculum in mora*, (riesgo de infructuosidad del fallo), ha sido denominado peligro en la demora, no obstante, es entendido como el interés actual de la parte que reclama, es decir, que del transcurso del tiempo natural del proceso puede generarse una ineficacia de la petición que requiere ser asegurada cautelarmente.

Por ello Calamandrei (cit. por La Roche, 1988), indica citando a Calamandrei que el periculum in mora se traduce en:

> [D]istingue dos tipos de periculum in mora: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal. (…) lo urgente no es la satisfacción del derecho, sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos e idóneos para determinar que la providencia principal sea eficaz en sus resultados prácticos. (p. 193).

En tal sentido, el *periculum in mora* es un requisito de procedencia o de fondo en virtud entendiendo que el procedimiento está sujeto a una serie de fases propias de cada proceso (cognición –colocar en conocimiento al juez de la petición o

demandado-, probatoria –demostrar lo alegado-, decisión –conforme a lo alegado y probado se decide- y ejecución –materializar la decisión-), las cuales pueden considerar un cierto tiempo, ya que no se puede sacrificar el derecho al a defensa. En tal sentido, se entiende que no es por la demora del Juez en pronunciarse, sino en ocasiones por la actividad natural en el desarrollo del proceso.

Igualmente, en la misma línea Tamayo (2011), quien indica que el *periculum in mora* es el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (p. 43) lo cual implica que queda en evidencia que se trata de este elemento radica en evitar la ilusoriedad de la pretensión por la tardanza o transcurso natural del proceso.

5.1.4.1.2.- Características

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

> i) La realización de una conducta "objetiva", "concreta", "real" (…)
> ii) El comportamiento o la conducta denunciada debe haberse verificado antes de la iniciación del procedimiento o durante la pendencia del mismo (…) 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 distinta 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)

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, por ello Ortíz-Ortíz (2015a, pp. 303-322), realiza un resumen de tales errores citando las siguientes decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que se resume en sentencia de la Sala de Casación Civil, Nº 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. (…)".

Sala Político Administrativa en decisiones como a Nº 587, Fecha: 23/06/2010: resumen la idea que 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 último, 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 Nº 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".

5.1.4.2.- Fumus Boni Iuris

5.1.4.2.1.- Delimitación y alcance

El *fumus boni iuris*, (se traduce básicamente en la verosimilitud en el derecho), que para Ortíz-Ortíz (2015), ha sido "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". (p. 323).

El autor La Roche (1988), lo define al siguiente tenor:

> El fundamento o ratio legis del requisito legal de la presunción grave del derecho que se reclama radica en la necesidad de que se pueda presumir al menos que el contenido de la sentencia definitiva del juicio será de condena, como justificación de las consecuencias limitativas al derecho de propiedad (o cualquier otro derecho) que conlleva la medida. Resulta conveniente un juicio que previamente haga presumir la garantía de que la medida preventiva va a cumplir su función, instrumentalizada, de

garantizar el resultado práctico de la ejecución forzosa, la cual, a su vez, depende de la estimación de la demanda. (p.188).

En el mismo orden de ideas, Tamayo (2011), 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 cautelare, constituyendo, además, un aspecto necesario de su instrumentalidad. (p. 42)
>
> 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).

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

5.1.4.2.2.- Características

Para Ortíz-Ortíz (2015a), 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, (…) 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).

Asimismo, el autor Ortíz-Ortíz (2015a, pp. 323-338), en relación al Fumus boni iuris, cita las siguientes decisiones, que citamos y se resume la decisión de La Sala Constitucional que 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: Nº 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: Nº 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: Nº 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, Nº 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.

5.1.4.3- Periculum in Damni

5.1.4.3.1.- Delimitación y alcance

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

En ese sentido, Tamayo (2011), siguiendo la corriente de 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 loa causa, es decir, es el efecto de una "conducta" dañosa o potencialmente lesiva a los derechos de la otra parte procesal. (p. 44)

Queda claro así que se trata de un requisito que únicamente opera para las denominadas medidas cautelares innominadas, en las cuales se exige que exista una conducta dañosa o potencialmente lesiva a una de las partes del proceso.

5.1.4.3.2.- 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 2015a, pp. 131-132).

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 (1986), como condición adicional al para decretar una medida cautelar innominada.

Ahora bien, la jurisprudencia venezolana ha reconocido el periculum in damni, siendo que por ejemplo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia confundía o trataba bajo la acepción *periculum in damni* como un "periculum in mora determinado o específico", siendo que actualmente, tomando la concepción de Ortíz-Ortíz (principal exponente del periculum in damni en Venezuela) para reconocer el periculum in damni propiamente dicho, así, las Salas de Casacón Civil, Electoral y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reconocen actualmente que la institución opera para las medidas cautelares innominadas, siendo una de las más recientes y destacadas la decisión de Sala Constitucional del referido Tribunal, Nº 263 de fecha 06 de abril de 2016, que en resumen indicó:

> **Tal exigencia, conocida en doctrina como "*periculum in damni*" está prevista en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, cuando hace referencia al** *"…fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra"*, y constituye un requisito o presupuesto adicional al de la presunción del buen derecho (*fumus boni iuris*) y riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), establecidos en el artículo 585 *eiusdem*, **para el decreto de medidas cautelares innominadas**, más no así para la concesión de medidas cautelares nominadas como las de embargo preventivo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, de allí que, la juez a cargo del juzgado agraviante actuó fuera de su competencia y se extralimitó en sus funciones, al exigirle a la demandante un requisito no previsto en la ley para el decreto de la específica medida cautelar nominada de embargo preventivo que fue solicitada, vulnerando su derecho a la tutela cautelar como componente esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, lo que por sí solo constituye motivo suficiente para que proceda la pretensión de amparo deducida. (Resaltado nuestro)

5.2.- Problemas relacionados con las medidas cautelares reales

La temática de las medidas cautelares reales, conjuntamente con las medidas de aseguramiento probatorio, son las que más vicios o problemas representan en el tema de la tutela preventiva y cautelar, así, debe advertirse que en primer término, tales medidas en el proceso penal venezolano, están destinadas exclusivamente a asegurar una eventual responsabilidad civil derivada del delito, la cual,

legislativamente, según el Código Penal (2005) comprende: a) la restitución o reparación del daño y b) la indemnización de perjuicios.

Por ello, se denota que se presentan una serie de problemas graves en relación a la interpretación del alcance del aseguramiento de bienes, evidenciándose casos en los cuales se aplican medidas cautelares reales sobre todos los bienes de un imputado, tal como ocurrió mediante Sentencia Nº 65 de fecha 04 de agosto de 2017, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante la cual se decidió lo siguiente:

> **(…) SEXTO:** Se mantienen vigentes las medidas decretadas mediante decisión número 44 dictada por esta Sala Plena, de fecha 28 de junio de 2017, referidas a Prohibición de Salida del País de la ciudadana Luisa Ortega Díaz, venezolana, mayor de edad y titular de la cédula de identidad Nº V-4.555.631; **Prohibición de Enajenar y Gravar de todos sus bienes, y congelamiento de sus cuentas**. **(Resaltado nuestro)**

Vista la decisión anterior, se evidencia la gravedad de lo que se viene advirtiendo en relación a la creación de una medida por parte del Tribunal Supremo de Justicia, sin ningún asidero legal ni dogmático, además, desnaturalizando la finalidad de las medidas cautelares reales destinadas a asegurar una eventual responsabilidad civil derivada del delito, la cual bajo ninguna circunstancia debe ser ilimitada, ya que esta tiene un alcance y debe atender exclusivamente a la presunta comisión de un delito que implique tal responsabilidad, como se advirtió anteriormente, no todos los delitos acarrean necesariamente responsabilidad civil.

En tal sentido, este fenómeno se viene observando regularmente en otras decisiones incluso de instancia, en las cuales se materializa una aberración que no tienen cabida en un sistema de medidas, ya que contradice los fundamentos teóricos de la tutela preventiva y la cautelar, en virtud que prácticamente se trata de una muerte civil (en sentido figurado) de una persona, al dictarse medida cautelar sobre todos los bienes, incluyendo otros aspectos más graves como el denominado “congelamiento de cuentas” que de igual manera no se sustenta.

Lo más delicado de lo explicado anteriormente, que dicha causa no corresponde a tipo penal alguno, con lo cual se marca un hecho sin precedentes en

la historia moderna de los Estados Constitucionales de Derecho, en relación a acordar un antejuicio por aspectos no penales, es decir, por hechos denominados morales o éticos que no se corresponden con el principio de legalidad, que enarbola que una persona es juzgada penalmente por la presunta comisión de un hecho punible.

Al respecto, mucho menos se pueden dictar medidas en un proceso penal sin que medie un delito previo que así lo justifique, por situaciones como las evidenciadas en el caso analizado, es que es menester establecer una regulación detallada en lo atinente a las medidas cautelares reales aplicadas en un proceso penal, ya que estas obedecen a un fin y no pueden traducirse en una vulneración de derechos fundamentales y una afronta contra el Estado de Derecho.

Por otra parte, además de lo indicado, se presentan otros problemas en virtud responsabilidad civil extracontractual clásica, que difiere en ciertos aspectos de la responsabilidad civil derivada del delito, aspectos como la restitución de los bienes en virtud del delito, o al presentarse casos en los cuales se verifican personas interpuestas que participan o encubren los bienes o provechos del delito, entre otras situaciones que merecen u obligan a la regulación detallada de las medidas.

(a). - Personas interpuestas (bienes del Imputado y alcance del producto del delito):

En primer término, lo atinente a las personas interpuestas básicamente se circunscribe a aquellas personas que son utilizadas como titulares de diversos bienes para ocultar la verdadera identidad de los propietarios, con la finalidad de evitar que los mismos sean relacionados con la comisión del delito, bien sea por su provecho directo (cosa hurtada, sustraída, robada, dinero apropiado, entre otros) o indirecto (efectos: es decir, todos los demás bienes obtenidos con ocasión o gracias al empleo de los recursos obtenidos por el delito –vgr. venta del bien hurtado, compra de muebles o inmuebles con el dinero estafado, productos generados de la actividad ilícita de tráfico de drogas, armas, personas, entre otras-) del delito.

En tal sentido, generalmente en virtud de la evolución que ha tenido el delito en los últimos tiempos, se viene empleando tal modalidad de personas interpuestas

en delitos principalmente económicos, contra la corrupción o en general, en aquellos en los cuales se obtienen ganancias económicas que requieren ocultar la titularidad de los bienes obtenidos, por lo cual requieren ser traspasados a otras personas, que pueden o no, estar relacionadas con la comisión del delito, prestarse para encubrir, o incluso ignorar la procedencia ilícita de los mismos.

Un término que se ha empleado en forma similar, es el de los testaferros, los cuales son definidos por la Real Academia Española como: 1. m. y f. Persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona.

Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), expresamente que: “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”.

Vista la disposición anterior, se denota la voluntad expresa del constituyente de enmarcar el ámbito de medidas preventivas cautelares no sólo contra bienes del imputado, sino abarcando a aquellos en propiedad de personas interpuestas (interpósitas personas), sin embargo, clarifica que se trata de medidas destinadas a garantizar la eventual responsabilidad civil, coincidiendo con lo que se ha argüido en la presente investigación, es decir, cuando se trata de medidas cautelares reales, las mismas se materializan con la única finalidad de garantizar responsabilidad civil (la cual no necesariamente se presenta en todos los delitos, tal como se ha sostenido *ut supra*).

Ahora bien, perfectamente se entiende el alcance de la disposición constitucional, sin embargo, tal disposición no es compartida por la legislación, ya que las medidas cautelares reales aplicadas en procedimientos penales, se hace mediante remisión supletoria (suficientemente criticada en este trabajo, en virtud que tal remisión no es totalmente clara y además, obligatoriamente se requiere la creación de algunas normas que precisen su aplicación en el ámbito penal), en tal sentido, al revisar el Código de Procedimiento Civil (1986), el mismo es diáfano en indicar que únicamente se pueden aplicar medidas cautelares sobre bienes

propiedad de quien se libre, es decir, contra el demandado, que en el ámbito penal es el imputado, a quien se le reclama responsabilidad civil extracontractual. Así, el artículo 587 dispone que:

> **Artículo 587.-** Ninguna de las medidas de que trata este Título podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquél contra quien se libren, salvo los casos previstos en el artículo 599.

Las excepciones destacadas en el referido artículo, se plasman en el artículo 599 *ejusdem*.

En tal sentido, se denota que la única excepción es con respecto al secuestro, sin embargo, las demás medidas recaen exclusivamente sobre bienes del imputado. Ante tal escenario, no queda más que aplicar por supremacía constitucional, lo señalado en la Constitución, que expresamente extiende la aplicación de las medidas cautelares a personas interpuestas, a pesar que lo hace en referencia al proceso penal para determinados delitos, sin embargo, por remisión expresa (a pesar de su problemática), se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil (1986), con lo cual, tal señalamiento sería ilusorio por colidir con la aludida disposición constitucional del artículo 271.

De igual manera, cualquier otra disposición que colida con lo señalado en la referida disposición, será inaplicada, no obstante, advertimos que el sistema cautelar real estatuido en el Código de Procedimiento Civil (1986), fue erigido y construido sobre la referida premisa de no afectar otros bienes que no sean los del imputado, con ello, obligatoriamente se van a presentar otros problemas interpretativos en virtud de ello.

En vista de tal situación, en este trabajo se sugiere la incorporación expresa en el Código adjetivo penal, el desarrollo de disposiciones armónicas para materializar los postulados consagrados en el artículo 271, para hacer extensible la aplicación de las medidas cautelares reales y abarcar a personas interpuestas, ello en aras de la recuperación de activos y supresión de bienes pertenecientes a grupos de delincuencia organizada, así como personas individuales que cometen los otros delitos abarcados en el artículo 271 constitucional y en todo caso, debilitar

económicamente a tales grupos o personas, e incluso, en el caso de pérdida de activos de la nación, los mismos sean repatriados.

b). - Medidas contra personas Jurídicas

Ahora bien, con respecto a las personas jurídicas, debemos advertir que la presente investigación se adhiere a la tesis que predomina en la doctrina venezolana de desconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Rodríguez (2006), Arteaga (2006) y Mila (2014), entre otros. A pesar de la existencia de normas de derecho penal colateral que expresamente endilgan responsabilidad penal a las personas jurídicas, realmente se trata de sanciones de carácter administrativo o en todo caso, redireccionan la responsabilidad penal a las personas naturales que representan a dichas personas jurídicas.

Adicionalmente, a pesar que algunas normas de derecho de igual manera estatuyen medidas aplicables a las personas jurídicas (vgr. Ley Penal del Ambiente (2012) –artículo 8- en un sentido amplio el término instalaciones o establecimientos pueden estar relacionados con una persona jurídica–), no existen un sistema de medidas aplicable a las personas jurídicas, en todo caso, se trata de consecuencias de la pena aplicable a sus representantes, ante lo cual puede conllevar a otros debates tales como el de la prohibición de penas perpetuas en caso de clausuras definitivas, entre otros temas.

En tal sentido, la legislación venezolana establece medidas para autores o partícipes del hecho punible, lo cual puede afectar de cierta manera a las personas jurídicas, sin embargo, no se cuenta con un sistema sólido para aplicar medidas a las empresas propiamente dicho, a pesar que algunos jueces se atrevan a afectar por vía de medidas cautelares innominadas a tales personas, tal como se evidencia en el siguiente caso:

En fecha 25 de abril de 2014, en virtud de una nulidad declarada por la Sala Nueve de la Corte de Apelaciones en su carácter de instancia superior revisora, procedió a describir la ocurrencia del vicio de inmotivación en el fallo revisado, decretando en consecuencia la nulidad absoluta del mismo, ordenando la remisión de la causa a un juez distinto al que conoció. En tal sentido, fue distribuida la causa

al Tribunal Sexto (6°) de Primera Instancia en Funciones de Control de esta Circunscripción Judicial, asignándole el número de asunto AP02-P-2006-038526 y recibido en fecha 28 de abril de 2014 asignándole el número de expediente 06C-19.028-14. En la cual, el Juez Sexto, en fecha 07 de mayo de 2014, a través del correspondiente auto judicial, dictó de manera anómala una serie de medidas totalmente distanciadas de los fundamentos dogmáticos que rigen en materia de medidas, las cuales son las siguientes:

> 3.-Decretó (sic) **Medida Cautelar Innominada de Prohibición de Enajenar y Gravar sobre los bienes muebles e inmuebles** y la **intervención de las empresas operativas** que garanticen las resultas de la investigación que tengan a su nombre o donde figuren los ciudadanos encausados.
>
> 4.- Decretó (sic) **Medida Cautelar Innominada de Bloqueo e Inmovilización, de todas y cada una de las cuentas bancarias Figueres como persona natural como persona jurídica**, donde figuren los ciudadanos encausados en la presente causa.
>
> 5.- Decretó (sic) Medida Cautelar Innominada, mediante la cual se designa **JUNTA INTERVENTORA,** representada por el ciudadano **ANTONIO NATIVIDAD MILLAN MORENO**, cuyos fines sea el tutelar la continuidad en la prestación del servicio público universal, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión, que supervise el funcionamiento de todos los equipos, entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, y de esa manera evitar que se produzcan daños por el mal manejo de la concesión de uso del espectro radioeléctrico…" **(Resaltado nuestro)**

Tal decisión es totalmente rechazada, en virtud que, en primer término, confunde medidas típicas con innominadas y, además, representa a todas luces un exceso y el mejor ejemplo de arbitrariedad, al dictarse medidas que no tienen ningún asidero, con el simple hecho de denominarlas innominadas, se cree que ello es algo facultativo, sin que incluso sea solicitada por el Ministerio Público.

De igual manera, se observa que las medidas recaen expresamente sobre personas jurídicas, en tal sentido, tal aspecto no es compartido, no se trata de crear un poder cautelar indeterminado por vía de las disposiciones de las medidas innominadas, ya que en primer término, se están confundiendo ambas instituciones

y además, no es tal la naturaleza de las medidas innominadas de perseguir ampliar un poder cautelar en aras de aplicar cualquier medida caprichosa que quiera imponer un juez, incluso olvidándose del principio de oficialidad que rige en materia penal y particularmente en el tema de las medidas, que requiere la intervención obligatoria del Ministerio Público (sin menoscabo del derecho de la víctima de solicitar que se acuerden medidas), además, que se está desnaturalizando la finalidad de las medidas innominadas, las cuales son diseñadas por las partes particularmente para prever un daño, con suficientes elementos que así lo respaldan y surgiendo las dudas (tal como se ha analizado en este trabajo) si tales medidas (como es el caso de las indeterminadas) tienen cabida en materia penal.

Dicho lo anterior, resulta oportuno indicar que es necesario innovar con respecto al tema de las medidas cautelares aplicadas a personas jurídicas (no consecuencialmente en virtud de otras medidas o disposiciones normativas colaterales) en aras de establecer en el sistema teórico y normativo de medidas, la posibilidad de aplicar medidas cautelares reales a personas jurídicas, sobre la base del principio de legalidad (taxatividad) que permita conocer el alcance y ámbito de aplicación de las mismas, teniendo presente que a pesar que en la legislación venezolana realmente no exista realmente responsabilidad de las personas jurídicas sino de las personas que actúan por conducto de ella, se pueda aplicar medidas destinadas a garantizar responsabilidad civil de las personas naturales, abarcando a las personas jurídicas utilizadas como conducto para materializar delitos, en aras de evitar tal empleo de las mismas en la comisión de delitos, que por lo general conducen a daños patrimoniales considerables, sobre todo en lo que respecta a los delitos contra el patrimonio público, entre otros.

En todo caso, se advierte que existe un vicio con respecto a que se materializan medidas contra personas jurídicas, sin encontrar un asidero dogmático sólido que así lo permita y las medidas deben ir de la mano con la eventual sanción que se pueda imponer, incluyendo la responsabilidad civil derivada del delito.

De igual manera, debe destacarse que en cierta manera las medidas de aseguramiento probatorio, *prima facie*, pueden solapar su finalidad con la evitación que se siga cometiendo el delito, empleando diversos objetos o bienes, no obstante,

debemos insistir que se ha determinado que no existe un catálogo de medidas al respecto, o en todo caso, alguna disposición expresa en el Código adjetivo que así lo consagre. Tal aspecto puede de ser objeto de una iniciativa para que se incluya en la legislación adjetiva, no por vía de leyes especiales u orgánicas, sino de manera general, con contornos bien definidos, que justifiquen la aplicación de medidas con la finalidad que no se siga cometiendo el delito, similares a las de aseguramiento probatorio (o incluso ampliar el fundamento de las mismas, expresamente) regulando todo lo circundante en aras de garantizar los derechos fundamentales, tales como el derecho a la propiedad.

Por ello es que hemos sostenidos que la principal finalidad de las medidas de aseguramiento es garantizar el derecho a prueba, advertimos que puede solaparse de manera indirecta con otras, tales como la aludida finalidad de evitar que se siga cometiendo el delito, en virtud que para ello se incautan bienes de ilícito comercio o se decomisan (aseguran) bienes (incluyendo cualquier objeto) de lícito comercio, relacionados con el delito.

c).- Alcance de las medidas innominadas y de las medidas indeterminadas

Con respecto a las medidas indeterminadas, se indicó anteriormente que en relación a las medidas cautelares personales se precisa una específica en el Código Orgánico Procesal Penal (2012), en el numeral 9 del artículo 242. Determinándose que es una modalidad de medida que debe ser eliminada de la norma adjetiva, incluso, en una próxima reforma del mismo, en virtud que se trata de una medida que viola el principio de legalidad procesal, así como los principios fundamentales que rigen en materia de medidas: taxatividad, interpretación y aplicación restrictiva, así como el respeto al estado de libertad y principio de presunción de inocencia, sin menoscabo de otros principios que están relacionados con la temática de medidas, en tal sentido, se observa que se hace referencia a medidas preventivas o cautelares, dando un abanico muy amplio de margen de acción al juez que implica incluso la vulneración del principio de oficialidad, que implica que dicha medida debe ser solicitada expresamente por el representante del Ministerio Público.

Así las cosas, en materia de medidas cautelares reales, se ha establecido que cierta parte de la doctrina reconoce la aplicación del poder indeterminado, sin embargo, con ciertas críticas, se apuntó que esas medidas, según Ortíz-Ortíz (2015a), pareciera que este es la nueva modalidad de las leyes procesales que se promulguen en Venezuela, en virtud que, por facilismo, se pretende desplazar a la tutela cautelar típica. (p. 239).

Dicho lo anterior se deduce que este poder es de gran amplitud, excede y excede a la tutela típica. Por ello, el autor *in commento* no es muy incisivo en denunciar que tal concepción de medidas indeterminadas, en relación a que las mismas atentan contra el principio de legalidad tanto procesal como material, en virtud que tal como ocurre con la teoría general del delito, en la cual se prohíbe aplicar tipos penales que no figuren expresamente en la legislación vigente, prohibiéndose cualquier aplicación por analogía o indeterminada de los mismos, tal aspecto opera de igual manera en la tutela preventiva y cautelar aplicada al ámbito penal.

Al respecto, las únicas medidas que pueden aplicarse en el campo del derecho penal son las que figuran expresamente determinadas (tipificadas) en la legislación venezolana vigente, en todo caso, se pudieran aplicar medidas indeterminadas en el ámbito de la responsabilidad civil, (aspecto que sería discutido) sin embargo, en el ámbito penal quedan desechadas a todas luces.

Además, al estudiarse el tema de la tutela indeterminada, se denota que la doctrina (Ortíz-Ortíz, 2015a), lo hace exclusivamente en referencia a ciertas legislaciones, tales como el artículo 109 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002), 137 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), 243 de la de la Ley Tierras y Desarrollo Agrario (2010), 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) entre otras.

Ahora bien, con respecto a las medidas innominadas, es preciso advertir que estas fueron definidas según el profesor Ortíz-Ortíz (2015a) como:

> El poder cautelar general es la potestad de los jueces de poder decretar las medidas cautelares innominadas que las partes hayan diseñado y

> que mejor se adecuen a sus necesidades preventivas, con la finalidad de evitar que una de las partes –con su comportamiento- pueda causar lesiones a los derechos de la otra, o para evitar la continuidad de una lesión que la sentencia definitiva no estará en capacidad de restablecer. (p. 193)

Del concepto anterior se extraen varias particularidades de las medidas innominadas, en primer término, *a) son diseñadas por las partes según su necesidad preventiva,* esto significa que las partes son quienes las diseñan y solicitan, esto último sobre la base del principio de oficialidad, en tal sentido, el Ministerio Público es quien estaría facultado para solicitarlas (excepcionalmente en otros casos la víctima), lo cual limita que el juez de oficio dicte las medidas que tenga a su bien o discrecionalmente elija, tal aspecto socavaría las bases de la teoría preventiva y cautelar, en virtud que se ha sostenido que el juez de oficio no puede dictar medidas que afecten derechos fundamentales *motus proprio*, las mismas deben estar respaldadas o sustentadas normativamente y adicionalmente, respetar las bases del sistema acusatorio, en el cual se separan funciones y el juez ya no es un inquisidor.

Además, en virtud que se está invocando supletoriamente las normas que rigen para el proceso civil, en dicha materia predomina el principio de dispositivo, el cual incluye que se exija el impulso de parte para que marche el proceso, lo cual abarca la aplicación de medidas.

Por otra parte, el segundo aspecto conceptual analizado según la elaboración del profesor Ortíz-Ortíz (2015a) radica en b) *la finalidad de evitar que una de las partes –con su comportamiento- pueda causar lesiones a los derechos de la otra, o para evitar la continuidad de una lesión que la sentencia definitiva no estará en capacidad de restablecer.*

Aquí vale realizar una crítica a la concepción de indicar que las medidas cautelares innominadas son tales, en virtud que carecen de nombre o denominación, al aducir Tamayo (2011) que a diferencia de lo que ocurre con las innominadas, que carecen de nombre propio o denominación específica. (p. 156). Sin embargo, tal concepción no es acertada, ya que innominadas no

necesariamente significa que carecen de nombre, sino que son aquellas que diseñan las partes a su conveniencia, sin que las mismas están tipificadas expresamente.

Ahora bien, del supuesto analizado puede desprenderse que la finalidad es evitar lesiones a los derechos de una de las partes o evitar la continuidad de una lesión, aspecto que se inscribe en el ámbito penal en las denominadas medidas preventivas de protección, las cuales están destinadas a evitar una lesión en los derechos de una parte, ante lo cual, se tendría que negar la existencia o la aplicación de estas medidas innominadas al ámbito penal, en virtud de la existencia de una categoría de medidas de naturaleza especial que cumplen tal función, a diferencia del procedimiento civil, que no contempla un régimen especial de medidas preventivas que cumplan tal finalidad, por tanto, son llenadas con las medidas cautelares innominadas.

Adicionalmente Ortíz-Ortíz (2015a) manifiesta que generalmente las medidas innominadas son preferentemente extrapatrimoniales; mientras que las típicas civiles son exclusivamente patrimoniales (p. 127), lo cual significa que no están destinadas a asegurar bienes muebles o inmuebles que respalden una obligación, sino, en palabras del referido autor, destinadas a obligaciones de hacer, las cuales pueden tener o no efectos patrimoniales o valorables en dinero. (p. 127).

Continúa diciendo el aludido autor, que:

> El Código procesal en este sentido, ha establecido que las medidas innominadas están destinadas a “autorizar” o “prohibir” la conducta de una de las partes causante de manera potencial e inminente de un daño en los derechos de la otra, y la medida del juez estará destinada a evitar esa conducta o autorizar una conducta diferente, pero en modo alguno pueda haber “desposesión” de bienes o “traslado de propiedad” pues no es esa la función de estas medidas. (p. 128).

En la misma línea Zoppi (1988), quien aduce que:

> El tribunal lo que puede es autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, así como adoptar cualquier providencia cuyo objeto sea hacer cesar la continuidad de la lesión, es decir, no son medidas que recaigan directamente y precisamente sobre bienes, y es lo que se conoce con el nombre de “poder cautelar del juez civil”. (p. 38).

Así se denota que es clara la naturaleza de las medidas cautelares innominadas, por tanto, de ninguna manera pueden erigirse como medidas destinadas a asegurar bienes, para ello existe el poder cautelar típico, lo cual no puede ser solapado o soslayado, por las medidas innominadas. Se puede indicar que la finalidad de estas medidas no es básicamente o principalmente la de evitar que el fallo quede ilusorio, sino evitar o prevenir, la causación de un daño o una lesión irreparable, por parte de una de las partes, que implica la aplicación de una medida innominada, diseñada por las propias partes.

Por otra parte, todas las medidas innominadas van acompañadas de un requisito especial, adicional al periculum in mora y el fumus boni iuris, denominado *periculum in damni*, siendo este un requisito esencial de las mismas, que implica mayores requisitos que con respecto a las medidas típicas, en virtud que el legislador prevé mayores condiciones para acordarse, en virtud de su carácter innominado. Así, Ortíz-Ortíz (2016) define este requisito como:

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

De lo anterior queda en evidencia que la exigencia del *periculum in damni* es un requisito insoslayable de obligatorio cumplimiento, ya que incluso se traduce en la esencia de tales medidas, que bajo ningunas circunstancias deben ser dictadas de manera caprichosa o azarosa, sin que medie justificación alguna, ya que la doctrina es conteste y unánime en señalar que incluso es más complejo acordarlas, que las propias medidas típicas.

El autor Tamayo (2011), plasma algunos ejemplos de medidas cautelares innominadas:

> Así por ejemplo, la prohibición de zarpe de una embarcación, la suspensión de un acto de remate, la prohibición de que puedan realizarse transacciones o negocios jurídicos de cualquier índole en una Notaría o registro, incluida la venta de vehículos de transporte terrestre o

> aeronaves, la prohibición de realizar determinadas transacciones en la Bolsa de Valores; la prohibición de que un médico se abstenga de realizar intervenciones quirúrgicas; la suspensión provisional del permiso o licencia para conducir vehículos; o la autorización para que un determinado ente del Estado pueda operar una línea aérea, son, entre otras, medidas innominadas que puedan ser adoptadas. (p. 159)

De las anteriores medidas, no todas pueden ser consideradas en puridad como verdaderas medidas innominadas, en virtud que todas deben ir pensadas en función o circundar la eventual responsabilidad civil, no obstante, como estas modalidades procuran prevenir o precaver un daño a los derechos de las partes, nos parece que pueden ser muy amplias, e interpretadas tan extensivamente, que prácticamente por vía de medidas innominadas, se puede afectar cualquier derecho fundamental, desde la propiedad, hasta el derecho al trabajo. Por ello, estas medidas rigen en materia civil en virtud que no existe un bagaje de medidas de protección, sin embargo, en materia penal, lo ideal o correcto, es hacer uso de medidas preventivas de protección, que están concebidas especialmente para hacer frente a estas situaciones y en todo caso, deben estar tipificadas.

Son muchas las arbitrariedades que se pueden cometer aplicando medidas innominadas, en virtud que no están expresamente delimitadas, sino únicamente algunos contornos dogmáticos (los cuales de igual manera son inobservados por los jueces) de las mismas, lo cual se presta para que por vía de innominadas se pueda prácticamente declarar la muerte civil de una persona al asegurar todos sus bienes, hasta suspender la aplicación de un procedimiento nacional y materia de orden público, de referéndum revocatorio (tal como se explicará más adelante).

En síntesis, la aplicación de las medidas innominadas en materia penal, debería hacerse por vía o mediante las medidas preventivas de protección, en virtud que con las mismas no se persigue o prevé el aseguramiento de un fallo, sino salvaguardar los derechos de las partes, aspecto que está abarcado por las aludidas medidas de protección, en todo caso, debe consagrarse disposiciones relativas a las medidas innominadas y su alcance o ámbito de aplicación en materia penal, que prevenga las arbitrariedades y abusos en su invocación, en aras de asegurar exclusivamente la responsabilidad civil derivada del delito.

Adicionalmente, vale destacar que la remisión supletoria del Código Orgánico Procesal Penal (2012) *artículo 518*, a la aplicación de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (1986), es únicamente con respecto al aseguramiento de bienes, con lo cual quedan excluidas las medidas innominadas, que procuran prever daños a los derechos de las partes, de ninguna manera asegurar bienes.

Corolario, hay un aspecto que merece especial atención, que ya ha sido invocado, atinente a al aseguramiento de totalidad de bienes, a lo cual, aduce Tamayo (2011), sin realizar crítica alguna, siendo muy laxa su opinión al respecto, que:

> En la actualidad, y desde tiempo relevantemente reciente, se ha hecho común la petición que el Ministerio Público formula a un juez de control para que se aseguren cautelar o preventivamente, la totalidad de los bienes de los cuales puede ser propietario un imputado, bien a su propio nombre o de sus interpuestas personas, o a bien a nombre de empresas (personas jurídicas) en la cual él, o sus interpuestas personas, puedan tener algún tipo de participación accionaria a título personal; aseguramiento este que incluye la expresa orden a notarios y registradores para que se abstenga de autenticar o protocolizar actos traslativos de propiedad de tales bienes, o cualquier r tora transacción sobre los mismo; y al Ministerio Público, Policía y demás autoridades competentes para su ocupación, en especial cuando se trata de bienes inmuebles (terrenos, casas, apartamentos, fábricas, fincas, haciendas, etc.).
>
> Este "aseguramiento general" de bienes, que, en la práctica no constituye más que una medida de inmovilización de activos de los cuales pueda ser propietaria una determinada persona natural o jurídica, por sí misma o por persona interpuesta, incluye no sólo aquellos derivados de la comisión del delito, esto es, bienes de lícito comercio mal habidos o adquiridos con producto de actividades delictivos (bienes contaminados), sino también bienes adquiridos lícitamente, completamente desvinculados de tales actividades, incluyendo bienes incorporales o derechos sobre los mismos. (pp. 186-187)

Por otra parte, opina en relación a la naturaleza jurídica de tal fenómeno, que el mismo puede ser considerado:

> En cuanto a su naturaleza jurídica, opinamos que la misma puede ser considerada, en primer término, una especie sui generis, de la ocupación penal a título de decomiso, toda vez que los bienes aprehendidos o capturados bajo la figura de inmovilización, son susceptibles de la aplicación de la pena de comiso y posterior confiscación (respecto de

> aquellos de ilícita procedencia) y, eventualmente, destinados a garantizar la responsabilidad civil del imputado derivada de su comisión (respecto de aquellos de lícita procedencia, propiedad del imputado o de sus interpuestas personas); y, en segundo término, dada su amplitud, una especie sui generis de la ocupación civil a título de embargo, secuestro o prohibición de enajenar y gravar. (pp. 186-187)

Lo anterior, conlleva a indicar que ciertamente *prima facie*, no se cuenta con información exacta en relación al eventual daño civil que se ha ocasionado, así como de los frutos o derivados producto del delito, lo cual implica que se tengan que asegurar todos los bienes, no obstante, consideramos que debe establecerse un aproximado, ya que no se conciba asegurar todos los bienes de los cuales es propietaria una persona, en virtud de presunciones por ello se ha establecido que las medidas obedecen a ciertos elementos de fondo que deben cumplirse (*periculum in mora* o *in damni* y *fumus boni iuris*), lo cual ya implica un aproximado, gracias a ciertos elementos que nos fundamentan la aplicación de las medidas.

Además, los procesos tienen una duración considerable, lo que significa que una persona va a estar limitada en el ejercicio de sus derechos fundamentales, por un tiempo que puede ser de cierta extensión (se habla hasta de años) en virtud de una investigación y eventual juicio, lo cual incide en la presunción de inocencia. Por ello, hacer uso del aseguramiento total de bienes, debe ser de carácter excepcional, y actualmente se está erigiendo como la regla, aspecto que trastoca los cimientos de la teoría preventiva y cautelar aplicada al proceso penal. Por otra parte, así el aseguramiento se realice por vía de decomiso, con más razón debe estar plenamente justificada, ya que no puede abusarse de esa figura, que está particularmente diseñada para asegurar bienes con una finalidad probatoria.

Podemos concluir lo relativo a la supletoriedad, ratificando la dificultad de aplicar a ciegas todas las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (1986), sin precisar algunas normas en materia del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que permitan comulgar con armonía ambas normativas adjetivas.

d).- Medidas cautelares reales y legislación penal colateral

En aras de concluir con los aspectos relativos las medidas cautelares reales, es oportuno realizar algunas precisiones con respecto a su regulación en la legislación penal colateral. En tal sentido, en primer término, debe advertirse que existe una regulación asistemática al respecto, en virtud que diversas normas consagran disposiciones relacionadas con la responsabilidad civil, a pesar que el Código penal (2005) y el Código Orgánico Procesal Penal (2012), establecen normas al respecto.

Así, la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Periodo 1958-1998 (2011), dispone en su artículo 10, el *nomen iuris* de la reparación a las víctimas y sus familiares, y en su contenido, únicamente se estipula la obligación del Estado de reparar a la víctimas y familiares de los delitos establecidos en la Ley (la ley no tipifica, sin embargo, menciona a los delitos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes), incluyendo obligación de asistencia médica, psicológica y social, hasta la total rehabilitación, adicionando que el Estado debe establecer políticas públicas para ello.

Por su parte, la Ley Especial contra los Delitos Informáticos (2001), estatuye en su artículo 31, la indemnización civil, la cual opera en casos de condena de los delitos previstos en los Capítulos II y V de la ley, la cual deberá ser impuesta en la sentencia, una indemnización a favor de la víctima por un monto equivalente al daño causado.

Igualmente, la Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014), contempla en su artículo 64, lo relacionado a la acción civil, la cual indica que todos los hechos de violencia (no hace referencia a tipos), implica el pago de una indemnización, a las víctimas y herederos, en caso de fallecimiento, el monto será fijado por el órgano jurisdiccional especializado, sin perjuicio del pago del tratamiento médico o psicológico de la víctima.

Adicionalmente, en su artículo 65 *ejsudem* hace referencia a la reparación, la cual se circunscribe a los daños a los bienes muebles e inmuebles de las víctimas,

incluso por el deterioro, en su defecto, indemnizará al valor del mercado. Por último, establece una indemnización especial por casos de acoso sexual, una suma igual al doble del monto de los daños del acto causado, a la persona acosada en acceso al empleo, ascenso o desempeño de actividades. Y por una suma no menor de (100) Unidades Tributarias U.T ni mayor de (500) Unidades Tributarias U.T. en casos indeterminados de daño. En caso de insolvencia del condenado, el tribunal acordará la conversión en trabajo comunitario.

Por otra parte, la Ley Penal del Ambiente (2012), dispone en su artículo 9, la responsabilidad civil, la cual ser hará efectiva luego de la sentencia condenatoria por delitos que impliquen daños o perjuicios contra el ambiente, pudiendo el juez ordenar experticia complementaria de valoración de datos, haciendo referencia a la imposición de medidas restitutivas para reparar el daño e indemnizar perjuicios.

Las disposiciones del artículo in commento, denominadas medidas restitutivas y reparatorias, se denota que más que indemnizaciones o reparación del daño civil, estas se erigen como sanciones accesorias, que procuran subsanar los daños materiales ocasionados al ambiente, enfocadas en un sentido de restablecimiento del ambiente, más que en un sentido civil de responsabilidad extracontractual. Igualmente, se verifica que la última, es una sanción indeterminada, aspecto que ha sido criticado en esta investigación, en virtud que viola el principio de legalidad.

Ahora bien, la Ley Contra la Corrupción (2014) consagra en su artículo 90 que la restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios inferidos al patrimonio público, es de orden público, por ello, se faculta al Ministerio Público para que de oficio practique las diligencias pertinentes para determinar la responsabilidad en el delito, incurriendo en el error de denominar coparticipes en el delito, cuando en realidad debe hacer referencia a autores y partícipes, no obstante eso, estatuye que el tribunal se pronunciará sobre la responsabilidad civil de los enjuiciados.

Adicionalmente, contempla que, si no está determinada la cuantía, se procederá conforme al 249 del Código de Procedimiento Civil (1986) -Experticia complementaria del fallo-. Por otra parte, el artículo 91 *ejsudem*, contempla el procedimiento para materializar dicha responsabilidad, sin embargo, tal señalamiento colide con el artículo 52 del Código Orgánico Procesal Penal (2012),

en virtud que la norma de la Ley, contempla que su ejercicio se hace en capítulo separado en el escrito de acusación, y la norma del código adjetivo, que se puede hacer acompañando la sentencia condenatoria.

Por último, la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera (1997), contempla en su artículo 21, que la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en dicha ley, son de orden público, por tanto, el juez practicará de oficio las diligencias conducentes a su determinación y pronunciarse en la sentencia de fondo sobre dicha responsabilidad de los enjuiciamientos, adicionando la aplicación supletoria del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil (1986).

Como corolario, el artículo 22 *ejusdem*, indica que el juez de oficio, podrá dictar medidas para hacer efectiva dicha responsabilidad civil. Este aspecto choca con los postulados de esta tesis, que pregona la aplicación de la tutela preventiva y cautelar en el proceso penal, conforme a la teoría general del proceso y conforme a los principios propios de un sistema acusatorio, sin dejar de lado, los postulados del Estado de Derecho, particularmente la prohibición de dictar medidas de oficio.

Ahora bien, a pesar de lo sostenido anteriormente, este trabajo doctoral se realiza con la finalidad de plasmar un constructo teórico que permita, en todo caso contar con un sustento teórico en aras de ser tomado en consideración para futuras reformas de la legislación adjetiva, en aras de subsanar los vicios y fallas indicadas.

d.1.- ***Legislación especial, algunas consideraciones de ejecución anticipada de bienes***

Otro de los puntos que merece especial atención es el referido a la ejecución anticipada, por conducto de medidas, sin que medie previamente una sentencia definitivamente firme, tal como ocurre en la Ley Orgánica de Drogas (2010), y en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012), las cuales consagran un régimen similar en relación al tratamiento de los bienes, en los cuales prevalece su asignación a un ente rector quien tendrá las más amplias facultades, incluso de uso, a pesar que no exista sentencia definitivamente firme q avale tal derecho para el Estado.

Adicionalmente, se trabaja con una terminología totalmente distante de la dogmática procesal, mezclando los términos decomiso, incautación, aseguramiento y confiscación, de lo cual más grave que el empleo azaroso de la terminología, es la posibilidad que en el trascurso del proceso, sin que medie sentencia definitiva, se disponga definitivamente de los bienes, al declarar su decomiso (que en realidad se trata de un comiso) lo cual significa que se trata de la imposición de una pena anticipada. Por ello, llama la atención que se establece de modo genérico que el servicio rector, podrá enajenar los bienes asegurados, sin que necesariamente exista sentencia condenatoria.

Por otra parte, se obvia por completo a la víctima, a pesar que existen delitos en materia de delincuencia organizada que afectan a determinadas víctimas distintas al Estado, no se hace mucho énfasis en la reparación del daño, o restitución de bienes a la misma, por lo cual el régimen relacionado con los bienes predominantemente se circunscribe a establecer procedimientos para procurar que los bienes sean asignados al órgano rector en materia de administración de bienes, según cada competencia.

Igualmente, con respecto a los tipos de bienes a ser asegurados, se abarcan tanto los empleados en la comisión del delito, como los de procedencia ilícita, sin especificar que estos de procedencia ilícita deben estar relacionados con los tipos penales de tales investigaciones, porque de lo contrario, se pueden asegurar cualesquiera de los bienes de los cuales sea propiedad una persona, presumiendo su procedencia ilícita, tal como se desprende del artículo 54 de Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizad y Financiamiento al Terrorismo (2012).

Además, se establece en el artículo 54 *ibídem*, que para asegurar los bienes ilícitos se tomará en consideración los elementos de convicción, cambiando los fundamentos dogmáticos procesales de las medidas, que generalmente exigen un *fumus boni iuris* y un *periculum in mora* para el caso de las medidas cautelares y de igual manera, para acordar las medidas preventivas de aseguramiento probatorio, se trabaja con otros aspectos que de igual manera no necesariamente tienen que ver con elementos de convicción, que es otra terminología relacionada con las investigaciones penales.

e.- ***Ausencia de medidas específicas para penas pecuniarias o para los casos del comiso y confiscación***

En el presente trabajo doctoral se determinó que en el catálogo de medidas que conforman la tutela preventiva y cautelar del proceso penal, no existen propiamente medidas destinadas exclusivamente a garantizar el comiso y la confiscación, a pesar, que podría sustentarse que con la institución del decomiso (cuyo fin es el de aseguramiento netamente probatorio), se zanja tal situación, sin embargo, debemos advertir que precisamente el fin del decomiso, es netamente probatorio, a pesar que cuando se asegura, paralelamente se está evitando que se pierdan los objetos activos o pasivos con ocasión a la comisión del delito, y eventualmente, sobre tales bienes se podrían dictar otras medidas cautelares reales.

En tal sentido, consideramos que, si cesa la finalidad probatoria de los objetos asegurados, ya el decomiso pierde su razón de ser y eficacia, lo cual implica que tal aseguramiento debe cesar, por tanto, obligatoriamente los objetos deben ser devueltos, conforme a las disposiciones adjetivas al respecto, con lo cual, no existen medidas específicas que puedan garantizar la aplicación del comiso y confiscación (excepto en el caso de la legislación penal colateral).

Por ello, ciertamente el decomiso *prima facie* cumple tal función, sin embargo, ella no es suficiente, en virtud que debe ir acompañada de posteriores medidas que posibiliten su aseguramiento hasta que se dicte sentencia, abarcando su final ejecución, por ello es que se aduce que existe un vacío al respecto, ya que no necesariamente el decomiso debe culminar en comiso y su posterior confiscación. Regularmente, es el trámite o ciclo natural, no obstante, tal como se advirtió, se trata de una institución cuya finalidad es netamente probatoria, siendo ese su sustento, a diferencia de otras medidas que abarcan otros fines.

Dicho lo anterior, de igual manera el Código Penal (2005) hace referencia a penas accesorias, entre las que destacan:

> Artículo 10. Las penas no corporales son:
> (…)**7. Multa. (…)**

10. Pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan.

11. Pago de las costas procesales. (Resaltado nuestro)

Artículo 33. Es necesariamente accesoria a otra pena principal, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan; y se la ejecutará así: las armas serán decomisadas de conformidad con el Capítulo I del Título V del Libro Segundo de este Código; y los demás efectos serán asimismo decomisados y rematados para adjudicar su precio al respectivo Fisco Nacional, del Estado o Municipio, según las reglas del artículo 30.

Visto lo plasmado en los artículos anteriores, las medidas que pudieran inscribirse en el ámbito patrimonial o pecuniario (incluyendo la afectación de bienes) son las *supra* resaltadas. Ahora bien, con respecto a las multas y pago de las costas, consideramos que no existe un régimen de medidas para garantizar las mismas, con lo cual hay un vacío con respecto al aseguramiento del cumplimiento de tales penas, este es un aspecto que merece recomendar la inclusión o extensión de la finalidad de medidas preventivas o cautelares que recaigan sobre bienes.

Ahora bien, con respecto a la pérdida de instrumentos o armas con las cuales se cometió y los efectos que de él provengan, ya se ha hecho referencia que de alguna u otra manera, se indicó que existen diversos puntos problemáticos, principalmente con respecto a las medidas que permiten materializar dicha disposición. Así, con respecto al a pérdida de instrumentos o armas con las cuales se cometió, su materialización se desprende del decomiso y la incautación (en caso de armas sin el referido porte o de prohibida tenencia), a pesar que se ha destacado que tales instituciones persiguen una principal finalidad, no obstante esta puede converger con otras, como la que actualmente se verifica, igual se debe insistir en que es menester una regulación al respecto, en aras de determinar el alcance de ambas instituciones, y que su regulación sea incluida en el código adjetivo, para evitar el tratamiento asistemático en leyes colaterales.

Por otra parte, con respecto a los efectos que provengan del delito, es menester hacer referencia al comiso, el cual la legislación penal colateral maneja en su mayoría como una pena, surge la problemática, relativa a qué medidas

pueden materializarse en el proceso penal que persigan o tengan por finalidad asegurar los efectos del delito mediante la aplicación de la pena de comiso (en caso que se acepte su naturaleza de pena), en virtud que las medidas de aseguramiento probatorio están circunscritas a asegurar fuentes de prueba o elementos que eventualmente servirán de pruebas en el proceso, y las medidas cautelares civiles aplicadas en el proceso penal, obedecen exclusivamente a la responsabilidad civil derivada del delito, la cual eventualmente implica a) *la restitución o reparación del daño*, así como b) la *indemnización de perjuicios*, pudiendo entrar en la primera categoría, sin embargo, no existe un sistema de medidas exclusivas para garantizar esta pena de comiso, a pesar que existan las figuras del decomiso y las medidas cautelares reales, sin embargo, cada una obedece a ciertas finalidades.

Sostenido lo anterior, debe ampliarse o clarificarse que el ejercicio de la acción civil derivada del delito, abarcará los efectos del mismo, por lo cual se podrán dictar medidas destinadas a asegurar tales efectos. En tal sentido, pudieran crearse medidas cautelares específicas destinadas a hacer efectiva la pena de comiso y eventual confiscación, que no dependa principalmente del aseguramiento de bienes con fines probatorio de carácter preventivo, sino a su aseguramiento cautelar, con la finalidad de asegurar el eventual fallo, que abarcaría la pena de comiso y eventual confiscación, sin perjuicio de todo lo que implica la recuperación de activos.

En síntesis, actualmente no existen medidas que permitan lograr asegurar la imposición de multas y costas procesales, así como la existencia de una pobre regulación con respecto a la pérdida de instrumentos o armas, lo cual requiere una revisión, y por último, actualmente se logra garantizar los efectos del delito, sobre la base de las medidas cautelares, sin embargo, se debe ampliar el alcance de tales medidas, en el sentido que no quede ilusorio el comiso y eventual confiscación, así como ampliar el tema de la recuperación de activos en el caso de ciertos delitos como ocurre en materia contra la corrupción, entre otros.

f.- Análisis de la decisión Nº 333 de la Sala Constitucional de fecha 14 de marzo de 2001 (especial referencia a las medidas cautelares con sentido indemnizatorio)

Existe una decisión emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que merece un análisis pormenorizado, se trata de la decisión Nº 333, de fecha 14 de marzo de 2001 (inspirada en la decisión Nº 2674 de fecha 17 de diciembre de 2001, ratificada en el caso in commento, así como en posteriores sentencias, tales como la Nº 1222 de fecha 07 de junio de 2002; Nº 1458 de fecha 04 de junio de 2003; Nº 1201 de fecha 06 de junio de 2006; Nº 1427 de fecha 14 de agosto de 2008 y Nº 233 de fecha 13 de abril de 2010, todas de la Sala Constitucional), en la cual se abordó lo relativo al aseguramiento de bienes, precisándose a grandes rasgos las siguientes consideraciones medulares y que guardan relación con este apartado de la investigación:

1.- Observó la Sala que, el Ministerio Público, solicitó como medida innominada la suspensión de la ejecución y no era parte en el proceso civil. Se argumenta por parte de la Sala que no está contemplada en el Código de Procedimiento Civil, por lo que la misma al decretarse, subvirtió el orden procesal.

Ciertamente, al tratarse de un proceso distinto al penal, se considera que no tiene competencia el Ministerio Público, aunado, al criterio demostrado en esta tesis, en el cual se determinó que las medidas cautelares innominadas no tienen cabida en el proceso penal.

2.- Considera la Sala que las medidas innominadas son preventivas, para la fase de conocimiento y no para la ejecutiva. Adicionalmente, el Ministerio Público no goza de disposición que le faculte a actuar como tercero.

Asimismo, las medidas innominadas son de carácter preventivo, sin embargo, específicamente su naturaleza es de medidas cautelares, es decir, un género específico dentro de las categorías de las medidas preventivas, tal como se ha determinado en esta tesis.

3.- Expresamente se indica que en casos como el de autos, al no poder obrar como tercerista, el Ministerio Público tal vez (sic) podría intervenir con el fin de

impedir la consumación de un delito. En otros casos se ha considerado (al menos durante la vigencia del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal) que una ejecución puede detenerse para impedir un delito, pero la orden de suspensión debe emanar de un juez penal que decreta una medida de aseguramiento de bienes, previo cumplir determinados requisitos. Se indica que el Ministerio Público puede solicitar del juez penal competente, las cautelares que no pueden tener un contenido general o indeterminado. No se permiten las denominadas muertes civiles, al dictarse medidas de carácter generales.

Sobre este criterio, la Sala no es del todo clara o contundente en evidenciar tal posibilidad, en todo caso todos los términos que emplea la decisión son inseguros, tales como "podría", tal vez", "no emerge diáfanamente", "de ser ello posible", "es discutible", entre otros, lo cual refleja la falta de sustento teórico por parte de la Sala, ya que no logra ni siquiera determinar si es posible dictar una medida innominada para impedir la consumación de un delito, aspecto que se abordó en este trabajo, en el cual se indicó que las medidas innominadas no tienen cabida en el proceso penal, por trastocar los principios de legalidad, taxatividad e interpretación restrictivas de las medidas, ya que las innominadas son de carácter general.

Adicionalmente, tales situaciones son asumidas por el constructo teórico aquí planteado que hace referencia a una categoría inédita de medidas de protección (o en todo caso, si sería discutible si se enmarcan en medidas de aseguramiento real cuyo principal fin es probatorio, sin embargo, no excluyo otros, como lo relativo al impedimento de consumación de un delito, por ejemplo, cuando se asegura un arma a una persona que comete un delito o que no tiene el debido empadronamiento, se hace con un principal fin probatorio y a su vez, el hecho de impedir que siga representado un peligro).

Por último, se evidencia la prohibición de las denominadas muertes civiles, al dictarse medidas genéricas sobre todo un patrimonio sin determinarse un quantum, en tal sentido, esto se ha criticado en esta investigación, se enarbola una teoría de las medidas garantista y cerrada a interpretaciones amplias que afecten el bagaje de principios que hacen vida en la materia.

5.- Las medidas sobre los bienes y derechos de las personas pueden atender a la instancia del Ministerio Público o a órdenes de los jueces penales. Al Ministerio Público se le atribuye el aseguramiento de objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del delito. Esta actividad de aseguramiento puede ser propia, oficiosa del Ministerio Público, o de una previa autorización judicial y se ejecuta mediante varias figuras de aseguramiento (que tienen en común aprehender muebles o inmuebles).

Este apartado es compartido en este trabajo, ya que se indica que el Ministerio Público posee la atribución de asegurar objetos activos y pasivos, relacionados con la perpetración del delito, siendo oficiosa o previa autorización judicial.

6.- En algunos delitos, es posible confiscar bienes o inmovilizarlos preventivamente (artículo 271 de la Constitución, casos de delitos contra el patrimonio público o tráfico de estupefacientes) acudiéndose al embargo o prohibición de enajenar y gravar, a fin de asegurar el cumplimiento del fallo (confiscación de bienes -obligatorio en los delitos supra indicados-) y también a lograr las ocupaciones de corte probatorio (prohibir que se innoven los bienes).

En estos casos, la sala obvia la institución del secuestro, que es otra de las medidas cautelares reales que convergen con el embargo y con la prohibición de enajenar y gravar. Igualmente, se puede deducir que equipara medidas cautelares con medidas preventivas de corte probatorio, lo cual es una errónea interpretación, en virtud que no pertenecen a la misma categoría, conforme a la tesis presentada, que enarbola la diferencia entre medidas cautelares y medidas preventivas.

7.- De las figuras cautelares puede hacer uso el Ministerio Público y hasta la policía motus proprio (sic), en los casos de flagrancia, a pesar que el Código Orgánico Procesal Penal no lo prevea expresamente (sic).

Este es uno de los aspectos más graves observados en la decisión, relativo a que el Ministerio Público "*motus proprio*" puede hacer uso de las cautelares en casos de flagrancia, lo cual refleja una de las evidencias de los principales problemas observados en esta investigación, relativo a la confusión entre medidas

cautelares y preventivas, en ningún caso, la policía o el Ministerio Público, tienen poder cautelar, a lo sumo, preventivo. Y adicionalmente, en los casos de flagrancia, de ninguna manera se aplica una medida cautelar, se trata de medidas de aseguramiento personales o reales, que no tienen un fin cautelar, lo cual se desprende en esta teoría de medidas en el proceso penal.

8.- Se cuestiona la facultad del Ministerio Público o de la Policía, para asegurar bienes, cuando surja la presunción grave que son producto de actividades ilícitas (Ley en materia de Drogas -Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente para el momento-), considerando que chocan (sic) con el artículo 271 de la Constitución que señala que debe dictarlas una autoridad competente, concluyendo con la idea que el Ministerio Público no podrá inmovilizar activos (figura asegurativa distinta a las cautelas ordinarias).

En este caso, si debe advertirse que el aseguramiento no cautelar, por parte del Ministerio Público o de la Policía, puede hacerse en los casos previsto en el Código (finalidad probatoria o someter al imputado al proceso "flagrancia"), y en relación al aseguramiento de bienes con un fin de materializar la futura acción civil, el Ministerio Público ciertamente funge como un ente que solicita, no siendo posible de manera directa, sino a través del órgano judicial.

9.- Se indica que el Ministerio Público puede devolver los bienes ocupados recolectados con fines probatorios o los incautados (sic) siempre que no sean imprescindibles para la investigación. Asimismo, será el juez penal quien decretará las medidas cautelares, distintas a las asegurativas con fines probatorios.

Aquí se otorga la razón a lo postulado en el trabajo, ya que, si bien el Ministerio Público no tuviese facultades para asegurar bienes con un fin probatorio, es ilógico que tenga facultades de devolución si el aseguramiento no proviene del mismo. Igualmente, se amplía la posibilidad de dictar medidas al Ministerio Público siempre que sean de naturaleza probatoria -incluso de protección-, ya que el único facultado para dictar las medidas cautelares es el juez penal. Ahora bien, en relación al aseguramiento de bienes con fines indemnizatorios, se indicó lo siguiente:

10.- La aprehensión de bienes o derechos nunca se realiza para prevenir el futuro pago de indemnizaciones de acciones civiles por hechos provenientes del delito, excepto 271 Constitucional (Patrimonio público, drogas) y en el caso de la Ley Penal del Ambiente que contempla desposesiones.

11.- La reparación constituye un derecho subjetivo de la víctima en el cual el Estado no puede subrogarse y por ello se establece un procedimiento que es la acción civil separada de la penal, a pesar que uno de los fines del proceso es la reparación del daño patrimonial que se la causare.

12.- Tal tipo de medidas no está previsto en el Código Orgánico Procesal Penal y al éste no remitirse al Código de Procedimiento Civil, como lo hacía el artículo 20 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, no existe en cabeza del juez la clara posibilidad de dictarlas.

. En este caso, la Sala discute y afirma, que en sede penal no se pueden asegurar bienes con la finalidad de indemnizar a la víctima por acciones civiles derivadas del delito, excepto en los casos de injustos que afecten el patrimonio público, al ambiente o en materia de drogas.

En este caso, es oportuno indicar que ciertamente la acción civil derivada del delito, según el artículo 120 del Código Penal, abarca: 1.- La restitución, 2.- la reparación del daño causado, 3.- La indemnización de perjuicios. Siendo cuestionada por la Sala, la última, referida a la indemnización de perjuicios.

Ahora bien, ciertamente, algunos autores como García De Mármol León (2000), indican que el contenido de la acción civil consagrada en el artículo 120, presenta un error de técnica legislativa, en virtud que la restitución según el artículo 126 del Código sustantivo, es una consecuencia de la responsabilidad criminal y es de orden público la obligación de declararla en la propia sentencia (p. 170) siendo diferente, para el caso de la reparación o indemnización, que se puede traducir en un interés particular de la víctima.

Sin embargo, el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), prevé que el Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los Derechos humanos.

Adicionalmente, indica que el Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza para hacer efectivas las indemnizaciones y protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.

Igualmente, el artículo 23 del Código adjetivo, indica que las víctimas de hechos punibles, tendrán derecho la protección y reparación del daño a la que tendrán derecho, siendo objetivos del proceso penal. Como corolario, el artículo 118 ejusdem, reafirma lo indicado, al plasmar expresamente que la reparación será un objetivo del proceso penal.

En la misma línea, se inscribe Tamayo (2003), quien critica el criterio de la Sala, en la decisión analizada, al expresar que:

> Sin embargo, en nuestro criterio, y fundados en la misma disposición del Artículo 118 COPP, conforme al cual es obligación de los jueces la de garantizar la vigencia de sus derechos y "el respeto, protección y reparación durante el proceso", lo mismo que en la del nuevo Artículo 23 eiusdem, que contempla, como principio general, que la **reparación del daño causado a la víctima también es un objetivo del proceso penal, no existe ninguna razón de peso que impida a la víctima solicitar al juez de control las medidas cautelares reales preventivas que sean necesarias a los efectos de garantizar la eventual responsabilidad civil del imputado derivada del delito**.
>
> **Esta posibilidad sólo estaría condicionada, a nuestro modo de ver, a la oportuna presentación durante la fase intermedia, de su Acusación particular propia** y la expresa petición en ella de dichas medidas con fundamento en el numeral 5. del Artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal que establece que las partes, hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, podrán "Pedir la imposición o revocación de una medida cautelar", que, dicho sea de paso, puede ser de carácter personal o real, porque la norma no distingue entre una ni otra, ni tampoco la limita a la sola coerción personal. Y nosotros pensamos, inclusive, que de acuerdo a las especiales circunstancias de comisión del delito de que se trate, la adopción de la medida podría estar sujeta a la previa constitución de la caución o fianza a que se contrae el Artículo 590 17 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del Artículo 551 18 del Código Orgánico Procesal Penal.
>
> **Con la presentación de la Acusación particular propia, la víctima estaría manifestado su intención expresa de hacer uso de su derecho subjetivo a reclamar, una vez firme la sentencia**

> **condenatoria, el resarcimiento del daño causado por el delito, que incluye, exclusivamente, la reparación y la indemnización**, pues, como señalamos antes, la restitución no forma parte de la responsabilidad civil.

Por último, el mencionado autor, concluye reafirmando lo sostenido anteriormente:

> De allí que el criterio de la Sala Constitucional cuando sostiene que con relación a la reparación civil "no hay medidas cautelares previstas durante el proceso penal" (Sent. N° 2674,17-12-01) y que "no es posible pensar que, durante el proceso penal, pueda protegerse a la víctima, con la posible reparación del daño patrimonial que se le causare" **(Sent. N° 333,14-3-01), sólo es aplicable, a nuestro modo de ver, para el caso de que la víctima no haya presentado Acusación particular propia, o que, habiéndolo hecho, no haya solicitado expresamente la aplicación de medidas cautelares reales, con base al numeral 5. del Artículo 328 COPP, tendientes a garantizar la eventual responsabilidad civil del imputado, pues con tal actuación, insistimos, estaría manifestado expresamente y dando a conocer al Estado su intención inequívoca de formalizar la acción civil una vez firme la sentencia condenatoria contra el imputado, y con ello, el ejercicio de su derecho constitucional en tal sentido**; y la circunstancia de que en la actualidad la acción civil ha de ser ejercida separadamente de la acción penal, tampoco constituye obstáculo para ello. (pp. 12-13)

En tal sentido, observando lo expresado anteriormente, se comparte el criterio sostenido por el autor Tamayo (2003), en virtud que la Constitución y el propio Código adjetivo, son unísonos al referirse a la protección de la víctima, siendo que ello abarca no solo la restitución del bien o bienes, sino también la reparación e indemnización, todos estos, considerados contenidos o aspectos que abarcan la responsabilidad civil derivada del delito, tal como se desprende del artículo 120 del Código Penal venezolano, por ello, en los casos en los cuales la víctima presente acusación particular propia, le asiste tal derecho a solicitar que se acuerden medidas cautelares reales (además de los casos de delitos contra el patrimonio público, ambiente o en materia de drogas), siendo únicamente cuestionable si, fuera de esos casos, existe la posibilidad que se materialicen las aludidas medidas, ante lo cual nos inclinándonos a una interpretación contraria a la de la Sala.

Asimismo, la doctrina es conteste en afirmar que las medidas cautelares reales, persiguen un fin de asegurar bienes para lograr en su momento, las decisiones o resoluciones indemnizatorias (López 2011, p. 84). Por su parte, el maestro Ortíz-Ortíz (2015b), aduce que la potestad cautelar procura la futura ejecución de un fallo patrimonial (p. 240), sin discriminarse si se trata de un fallo patrimonial indemnizatorio, reparador o restaurador, en todo caso, la acción civil derivada del delito abarca todos los aludidos aspectos.

En el mismo tenor, el artículo 413 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), contempla que firme la sentencia, los legitimados para ejercer la acción civil, podrán demandar ante el juez que dictó la sentencia la reparación de daños y la indemnización de perjuicios. Lo cual implica que, de existir la posibilidad de solicitar tal indemnización, es ilógico que no exista la posibilidad de acordarse medidas para asegurar ese fin.

Lo anterior, no significa o se traduce en que el juez penal en su decisión condenatoria debe pronunciarse acerca de la reparación de daños o indemnización de perjuicios, ya que no se discute la forma en la cual se instrumentaliza la aludida acción civil, lo discutido en este apartado se refiere principalmente a considerar la posibilidad que se dicten medidas cautelares reales para garantizar a la víctima futuras indemnizaciones en el marco de la responsabilidad civil derivada del delito, que incluso, puede incoarse en sede pena una vez firme la decisión, según lo señalado en el aludido artículo 413.

Ahora bien, la sala argumenta que, a pesar que uno de los fines del proceso penal es la reparación del daño ocasionado a la víctima, se trata de un derecho subjetivo de la misma, algo que se contradice con el espíritu de las disposiciones señaladas en los artículos 2 y 30 constitucional, que enarbolan la visión del Estado de Derecho y de la protección a la víctima, así como los artículos 23 y 120 del Código adjetivo, que de igual manera se refieren a la protección y reparación del daño a la víctima como un fin del proceso, en tal sentido, la legislación venezolana propugna una protección integral de la víctima (que abarca la reparación por daños e incluso la indemnización por perjuicios), que de ninguna manera, puede traducirse en que exista una obligación por parte del juez penal de pronunciarse de manera

indemnizatoria, sino se trata de permitir que se acuerden medidas cautelares reales para tal fin, de conformidad con el sentido constitucional que reconoce a la víctima como acreedora de un derecho que debe ser interpretado de manera progresiva.

Dicho lo anterior, indistintamente del procedimiento que se debe emplear para ello, o el cuestionamiento que realiza la Sala sobre si al Estado corresponde o no subrogarse tal derecho, lo cierto es que la víctima tiene derecho a solicitar las medidas cautelares reales, particularmente es claro en el caso de la víctima que presenta acusación particular propia y adicionalmente, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) consagra el derecho de la víctima a ejercer las acciones destinadas a garantizar la acción civil proveniente del delito (que según el Código sustantivo abarca la restitución, la reparación e indemnización), caso contrario, de negarse tal derecho a la tutela cautelar, se generaría una burla en el sistema cautelar, que impediría la materialización de medidas para asegurar las reparaciones e indemnizaciones consecuencia de la responsabilidad por delito, en virtud que sin el bagaje de medidas, quedaría ilusoria tal posibilidad, lo cual incide en la institución de la tutela judicial efectiva (en su contenido de posibilidad de ejecutar una decisión) reconocida en el artículo 26 de la Constitución venezolana.

Sostenidas las anteriores consideraciones, debe tenerse en cuenta que defender el derecho a la tutela cautelar, no significa que se afirme en este trabajo que las sentencias penales deben ordenar indemnizaciones, ni que el aseguramiento de los bienes se realice con el fin que en sede penal de manera directa se condene a la indemnización de perjuicios, se defiende es el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación a la posibilidad de ejecutar un eventual fallo de naturaleza patrimonial, por responsabilidad civil derivada del delito, el cual incluso puede generarse posteriormente a través de un procedimiento especial el cual se desarrolla a partir del artículo 413 del Código procesal.

Por último, es menester destacar que la Sala no emplea ningún asidero o base legal, solo se basa en una interpretación del artículo 271 constitucional, que en ningún caso prohíbe o limita lo indicado, únicamente se refiere a determinados delitos, sin que ello menoscabe los derechos de la víctima para los demás delitos.

g.- Problema específico relativo a la remisión del Código Orgánico Procesal Penal al Código de Procedimiento Civil

Además de los aspectos indicados anteriormente, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) no presenta claridad en relación al sustento legal de las medidas cautelares reales, que colaboren con la determinación del sentido, alcance y ámbito de aplicación de las mismas. Incluso, se puede afirmar que dicho instrumento no regula expresamente la temática de las medidas cautelares reales, a pesar que algunos autores indican que su regulación se desprende de la cláusula de remisión al Código de Procedimiento Civil (1986), cuando se trate del "aseguramiento de bienes muebles e inmuebles", contenida en el artículo 518 del referido Código adjetivo penal, tal como se observa a continuación:

> 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.

Visto el artículo anterior, el mismo no se corresponde con lo sostenido a lo largo de este trabajo, con respecto a la teoría general de las medidas o tutela preventiva y cautelar, en virtud que expresamente se hace referencia a medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, aspecto que puede corresponderse igualmente con las medidas preventivas de aseguramiento de bienes con finalidad probatoria, no necesariamente se desprende que se trate de medidas cautelares reales.

En tal sentido si bien todas las medidas cautelares son preventivas, no todas las medidas preventivas son cautelares, con lo cual se generan dudas derivadas de la regulación *in commento*, ya que no se determina expresamente si se trata de medidas preventivas o cautelares. Por ello, no es precisamente acertado o del todo cierto, aducir que el artículo 518 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) regula

o remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (1986), para normar lo relativo a las medidas cautelares reales, en virtud de lo antes expresado. En todo caso, se debería dejar claramente plasmado que se trata de medidas cautelares reales o de aseguramiento con un fin cautelar de la eventual responsabilidad civil derivada del delito.

Por otra parte, a lo largo de la presente investigación se ha sostenido que la temática de las medidas obedece a unos principios básicos como lo es la aplicación e interpretación restrictiva de las medidas, así como el de legalidad procesal, en tal sentido, ampliar el catálogo de las medidas, así como extender su aplicación, soslaya tales principios, al permitir que se apliquen medidas sin contar con una regulación precisa de las mismas.

Igualmente, permitir la aplicación con la simple remisión legislativa presenta serios problemas de índole procesal, tales como el señalamiento expreso que las decisiones dictadas con ocasión a las medidas, serán impugnadas por los medios y casos establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal (2012), aspecto que no resulta del todo claro, ya que surge la interrogante referida a la exclusión de los mecanismos de impugnación de las medidas propiamente dichas (oposición, apelación, entre otras) limitándolos a los consagrados en el Código *in commento*, (revocación, apelación de autos, apelación de sentencias, revisión penal o casación) con respecto a la decisión en sede penal que acuerda la medida.

Como corolario, el problema se acentúa gracias a la existencia de un bagaje de legislación penal colateral que incluye aspectos atinentes a la responsabilidad civil, tales como la Ley Penal del Ambiente (2012), la Ley de la Protección a la Actividad Ganadera (1997) y la Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014), con lo cual se realizan regulaciones sobre las medidas cautelares reales, que impide un manejo unificado y armonioso de estas instituciones.

En tal sentido, La Ley Penal del Ambiente (2012) consagra en su artículo 9 la Responsabilidad civil, explanado que luego de la sentencia condenatoria por delitos en los cuales se ocasionen daños o perjuicios contra el ambiente, ordenando en caso de ser necesario, la práctica de la experticia complementaria.

Igualmente, el juez podrá ordenar diversas medidas (modificar construcciones, restauración, restituciones, reordenación territorial, instalación de dispositivos, repatriación de desechos, entre otras), incluyendo medidas indeterminadas, con lo cual se trata de un régimen amplio, que difiere sustancialmente del régimen ordinario de medidas cautelares reales que se derivan del Código Orgánico Procesal Penal (2012).

En el caso de la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera (1997) consagra en su artículo 1, el objeto de la ley, el cual abarca las medidas de restitución y reparación, para ello, según el artículo 22 de la aludida ley, el juez, en cualquier estado y grado del proceso, podrá dictar, incluso de oficio, las medidas establecidas en el Código de Procedimiento Civil con el fin de asegurar la responsabilidad civil nacida de los tipos penales consagrados en la ley *in commento*. Siendo, la responsabilidad civil derivada de los delitos del instrumento analizado será de oficio, según el artículo 21 la misma. Incluso, el juez deberá practicar las diligencias conducentes a la misma.

Lo anterior denota un divorcio total entre la norma adjetiva que entró en vigencia, posterior a la ley comentada y que no faculta al juez a practicar diligencias de oficio, para determinar responsabilidades. Asimismo, el régimen de medidas puede ser concebido de oficio, lo cual pugna con el principio de prohibición de dictar medidas de oficio, expuesto en este trabajo, en virtud del sistema que rige en Venezuela, en el cual solicitar las medidas corresponde al Ministerio Público, o en su defecto, a la víctima, siendo que el juez, únicamente le corresponde acordarlas, a partir de las aludidas solicitudes.

Por último, en lo que respecta a la responsabilidad civil consagrada en Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014), esta se infiere de todos los hechos de violencia en caso de fallecimiento de la mujer, y acarrea el pago de indemnización, siendo fijado por el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de la obligación de pagar el tratamiento médico o psicológico para la víctima (artículo 61).

Igualmente, el artículo 62 de la referida ley, consagra que el condenado por hechos punibles de la ley, que haya ocasionado daños patrimoniales en bienes de

la mujer, está obligado a repararlos o indemnizar su pérdida, pagando el valor del mercado. Asimismo, el artículo 66, consagra la responsabilidad en casos de acoso sexual. En tal sentido, para hacer efectivas la responsabilidad civil, antes descrita, se puede acordar diversas medidas, tales como la prohibición de enajenar y gravar bienes de la comunidad conyugal o concubinaria, hasta un cincuenta por ciento, así como cualquier otra medida necesaria para la protección patrimonial de la mujer víctima de violencia, lo cual se traduce en una medida indeterminada e implica que puede acordarse cualquier medida que el juez considere. Esto, de igual manera no se colige con la legislación penal ordinaria, e incrementa el desorden y manejo no uniforme de la temática.

Ahora bien, además de los aspectos regulados en las leyes especiales antes descritas, vale advertir que la propia remisión que hace el Código Orgánico Procesal Penal (2012) se hace no es diáfana, ya que se refiere al término "aseguramiento", no expresándose claramente si se trata de medidas cautelares. Por todas las anteriores razones, se denota que la supletoriedad o remisión que plasma el Código Orgánico Procesal Penal (2012), no es totalmente plausible, en virtud que la misma no puede ser absoluta, a pesar que se trata de una responsabilidad civil extracontractual, existen aspectos que convergen con la misma que requieren una regulación detallada en el ámbito penal, por la especialidad y particularidad de la responsabilidad civil que deriva de los procesos penales (por ejemplo: el caso de las personas interpuestas, que en materia civil se prohíbe decretar medidas sobre bienes cuyo propietario no sea el demandado)

En vista de lo anterior, en este trabajo se realiza una propuesta que se basa en sistematizar las medidas, tanto personales como reales, que hacen vida en el campo penal, y observando la situación anterior, es indudable que debe procurarse una solución, en primer término, se entiende que al momento, con la regulación actual, se debe aplicar el régimen consagrado en el Código de Procedimiento Civil, en la medida que pueda ser aplicable, sin embargo, como propuesta de *lege ferenda*, debe tomarse en consideración la tendencia mundial de los Códigos adjetivos, en los cuales se regula de forma general la temática de las medidas cautelares reales, tales como son los casos de Argentina, con el Código Procesal

Penal Nacional (2014), artículo 186, que regula el embargo y otras medidas cautelares, destinadas a garantizar el comiso, la pena pecuniaria.

Igualmente, el Código Colombiano, Código de Procedimiento Penal (2004), regula las medidas cautelares sobre bienes en el artículo 92, estableciéndose en términos generales la regulación, y remitiendo a su Código de Procedimiento Civil, para el trámite del embargo y secuestro.

En relación a Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal (2014), establece en el artículo 549 el régimen de medidas cautelares sobre bienes, escindiendo entre secuestro, incautación, retención y prohibición de enajenar. De igual manera, el artículo 519 *ejusdem*, consagra la finalidad de las aludidas medidas, incluyendo su alcance para reparación integral de las víctimas. Lo cual es ampliado en el artículo 554 *ejusdem*, que estatuye que las medidas reales están enfocadas en asegurar valores suficientes para garantizar las obligaciones de carácter civil. Por último, se regulan otras medidas como las destinadas a las personas jurídicas, las cautelares sobre bienes o cuentas, prohibición de trasferencia o movilización de fondos, entre otras.

En el mismo orden de ideas, México, en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales (2014), consagra el embargo y la inmovilización de cuentas, enfocados en la restitución los derechos de la víctima, haciéndose referencia a la reparación del daño. Igualmente, regula lo relativo al aseguramiento de bienes, instrumentos, objetos o productos del delito (artículo 229), luego se ubican diversas normas procedimentales que regulan el aludido aseguramiento.

Por otra parte, el Código del Proceso Penal (2015), de Uruguay, consagra en su artículo 250, la regulación de las medidas cautelares sobre bienes, para proteger los derechos de las víctimas, y sus respectivos aspectos procesales.

Por último, en lo que respecta a los principales Códigos de Latinoamérica, se ubica el de Chile, el cual en su artículo 157, contempla una regulación similar a la del Código Orgánico Procesal Penal (2012) de Venezuela, siendo un poco más específica, ya que se remite a las medidas específicas del Código de Procedimiento Civil y adicionalmente, regula lo atinente al régimen de impugnación.

Ante tal escenario, es notorio que en la región se maneja una regulación en los propios Códigos de Procesos Penales, siendo esa la tendencia generalizada, asimismo, en el caso de Europa, en lo que respecta a España, Italia, Alemania la regulación es similar, ya que en todos los aludidos países, en mayor o menor medida, se establece un régimen de medidas cautelares reales que es desarrollado en gran parte en los Códigos adjetivos de carácter penal.

Vistas las anteriores consideraciones, se considera la necesidad de regular lo atinente a las medidas cautelares reales, ya que la regulación, en los términos del artículo 518 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) es insuficiente, por las razones que han sido expuestas en esta investigación, principalmente por la oscura regulación, la problemática del alcance de dicha responsabilidad civil, la inconsistencia de las responsabilidades civiles clásicas en relación con la responsabilidad civil derivada del delito, la dificultad para tramitar el régimen recursivo, la problemática de las personas interpuestas, la regulación paralela en la legislación penal colateral y la confusión generada por la precaria regulación que suele generar dudas si se trata de medidas de aseguramiento (con una finalidad probatoria) o cautelares reales propiamente dichas, por esas razones, aunado a la tendencia procesal de estipular las medidas cautelares reales en el Código adjetivo penal, en la medida de lo posible desarrollar sus aspectos básicos, por ello debe ampliarse o regularse tal situación en la norma venezolana, con lo cual se sugiere tomar en consideración los aspectos propuestos en el apartado de este trabajo referido a la propuesta, sustentada en la dogmática procesal.

g.- Algunos aspectos procedimentales

El Código Orgánico Procesal Penal (2012) se caracteriza por su corte principista, con lo cual no entra a desarrollar muchas normas procedimentales, se limita a estatuir las instituciones básicas, sin precisar o ahondar mucho en su desarrollo, a diferencia del Código de Procedimiento Civil (1986) u otros Códigos, que son un poco más específicos y amplios en cuanto a la regulación de tales aspectos, en tal sentido, las normas relativas a las medidas, no son excepción, al contrario, encontramos que la única medida que posee una regulación considerable

es la medida cautelar privativa de libertad, con algunos aspectos a mejorar o ampliar, sin embargo, es la única que medianamente se regula.

No obstante, con respecto a las demás medidas notamos fuertes vacíos, que en algunas ocasiones son llenados gracias a la regulación en las normas colaterales, lo cual ha sido criticado en esta investigación, en virtud del tratamiento desordenado y solapado de esta temática.

Ahora bien, existen dos situaciones que merecen especial atención, referidas a las solicitudes de medidas preventivas (particularmente las de aseguramiento probatorio) o cautelares por parte de a) la víctima querellante o, b) del acusador privado.

Con respecto a las primeras (medidas solicitadas por la víctima querellante), el Código Orgánico Procesal Penal (2012) al regular la querella, no hace referencia a la posibilidad de solicitar medidas preventivas o cautelares, igualmente, con respecto a los derechos de la víctima, se plasma que la misma puede solicitar medidas de protección, obviando las demás medidas.

Dicho lo anterior, no está prohibido que la víctima pueda solicitar en su querella la aplicación de medidas, todo lo contrario, consideramos que es un derecho de las partes, no obstante, en virtud que la víctima no cuenta con los mismos recursos a nivel de investigación, puede que su solicitud carezca de suficientes elementos, lo cual puede ser una limitante, sin embargo, perfectamente puede solicitarlas. Siguiendo con el orden de ideas, debe destacarse que la referida solicitud de medidas, debe acordarse, si se llenan los extremos de fondo, de lo contrario, la petición por sí sola no es suficiente para que sea acordada.

Tamayo (2011), opina que:

> Iniciada la investigación, presentada la querella y admitida, la condición de parte en el proceso de la misma, podrá facultarla para solicitar directamente ante el juez o a través del Ministerio Público el decreto de dichas medidas, no obstante, que si lo hace directo ante el juez deba consultar opinión fiscal, en virtud de su carácter de titular de la acción penal. (p. 177).

El planteamiento anterior debe ser rechazado en parte, primero porque la querella es un modo de inicio del proceso, por ello, si ya se inició el proceso por otra

de las vías que dispone el Código (investigación de oficio o denuncia) la querella no tiene razón de ser, en todo caso, la víctima tiene la oportunidad de presentar luego una acusación particular propia o adherirse a la acusación fiscal, de resto, ya el proceso se entiende iniciado y además, ciertamente el Ministerio Público es el titular de la acción penal, sin embargo, el hecho que sea titular de la acción penal no menoscaba los derechos de las partes, particularmente de la víctima que también tiene derecho a solicitar en este caso medidas, cuya solicitud no implica su acuerdo obligatorio, en virtud que igualmente debe reunir los requisitos de fondo exigidos dogmática y normativamente.

Por otra parte, con respecto a la facultad de la víctima de solicitar medidas preventivas y cautelares por parte del acusador privado, operan las consideraciones anteriores con respecto a la víctima querellada, no obstante, apunta Tamayo (2011), que:

> No operan medidas de coerción real, en virtud que sólo podrán ser dictadas por el juez de juicio una vez dictada sentencia condenatoria contra al acusado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 411 (actual 402) del Código Orgánico Procesal Penal, que establece facultades y cargas de las partes, siendo una de ellas, solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción personal, no reales. (p. 178).

Sin embargo, el dictado de medidas una vez dictada sentencia condenatoria, es ilusorio y no tiene sentido, en virtud que se sostuvo que la teoría general de las medidas no las concibe como ejecutivas, sino preventivas (cautelares), perdería sentido acordarlas posterior al proceso, incluso, ya no se trataría de medidas propiamente dichas. Asimismo, con respecto a las medidas de aseguramiento probatorio, perfectamente pueden ser solicitadas y que se practiquen las mismas, en virtud que el derecho a prueba es un derecho de la víctima por ser parte en el proceso. Al respecto, se debe advertir que operan mediante la figura del auxilio judicial consagrado en el artículo 393 del Código Orgánico Procesal Penal (2012).

Dicho lo anterior, con la finalidad de instrumentalizar la temática de las medidas y que se cumpla con su verdadero fin, deben ser ampliados tales aspectos en aras de garantizar el ejercicio de la tutela judicial efectiva en el proceso penal, traducido en la posibilidad de materializar la tutela preventiva y cautelar como manifestaciones diferenciadas de la tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO V
PROPUESTA TEÓRICA DE LA TUTELA PREVENTIVA Y CAUTELAR

1.- Referencia a los principales Sistemas Latinoamericanos y europeos

La mayoría de los Códigos Procesales Penales o criminales (como se denominan en algunos países), consagran normas relativas a la tutela preventiva y cautelar, no obstante, en aras de evaluar el tratamiento otorgado a nivel internacional, se seleccionaron algunos de los países más destacados, a nivel latinoamericano y europeo, todos manejados con un sistema de Derecho escrito o de tradición continental, lo cual significa que poseen una tradición jurídica similar a la venezolana.

Los sistemas de derecho escrito (wtritten law), es definido según Gottheil (1960):

> Se llama sistema de tradición continental o civilista, o, simplemente, "civil law", al "sistema jurídico que, heredero del derecho romano a través de la Codificación de Justiniano, se consolida en la gran codificación del siglo XIX. Además, este sistema rige en la Europa Continental, Latinoamérica y varios países asiáticos". (p. 17)

En similar sentido, Martínez (2011) sostiene que:

> En consecuencia, el sistema de derecho continental se caracteriza por ser un sistema de derecho escrito que reposa en códigos (…) y cuyos principios fundamentales son similares debido a que provienen de las instituciones de Derecho Romano. (p. 37)

Visto lo anterior, en virtud de la tradición jurídica similar, se analizaron legislaciones de países latinoamericanos y europeos, basados en el referido sistema. Ahora bien, en principio se obvió lo atinente a las medidas cautelares personales, en virtud que el manejo de la privación de libertad preventiva es en términos generales a nivel mundial tratada de manera uniforme, en virtud que la mayoría de las legislaciones analizadas alberga los principios de interpretación restrictiva, la libertad como regla (privación como excepción), así como otros principios, propios de los sistemas eminentemente acusatorios, sin embargo, se

realizaron observaciones con respecto dichas medidas, cuando la normativa revisada lo amerite en razón de sus particularidades.

De igual manera, se omitió lo relativo a las medidas preventivas de protección, debido a que las mismas generalmente son consagradas en la legislación penal colateral, bien sea en forma de leyes especiales de protección de víctimas o testigos, al igual que ocurre con la materia de protección de Niños, Niñas y adolescentes, protección de la mujer, protección del ambiente, entre otras. Adicionalmente, tales materias se desarrollan en virtud de acuerdos o instrumentos internacionales, de los cuales la mayoría de los países son signatarios, incluyendo el caso de Venezuela.

En tal sentido, sostenido lo anterior, el análisis se centrará principalmente en las medidas de aseguramiento probatorio y las medidas cautelares de coerción personal, en virtud de lo disímil que resulta su estudio entre un país y otro, así como el escaso desarrollo dogmático especializado de tales medidas preventivas y cautelares en el ámbito procesal penal.

1.1.- Sistemas Latinoamericanos

1.1.1.- Argentina

La República Argentina se maneja con un Código Procesal Penal Nacional (2014), así como diversos Códigos para las distintas provincias que lo conforman, no obstante, nos circunscribimos al Código Nacional, el cual establece las normas generales en materia procesal.

Al respecto, existe un capítulo referido a las medidas cautelares, en el cual, el artículo 186 se dedica exclusivamente al embargo y otras medidas cautelares, sin determinar cuáles constituyen estas últimas, tratándose de un catálogo muy amplio, en virtud que comprenden las del poder cautelar típico, así como un *numerus apertus* que implica que se pueda dictar cualquier medida cautelare que se considere necesaria, por tal razón, tal tipificación puede ser criticada en razón de los postulados de esta investigación. De igual manera, las anteriores medidas se

emplean con la finalidad de garantizar: a) *los bienes provenientes del delito, así como su trasformación e incluye los instrumentos de los cuales se valió el imputado*, aspecto que consideramos positivo en relación a que se estatuye expresamente una tutela cautelar y no se contempla de tal manera en la legislación venezolana.

Por otra parte, se incluye lo atinente a la b) *pena pecuniaria*, la c) *indemnización civil* y d) *las costas*, con lo cual abarca por completo la finalidad de la tutela cautelar real, situación que no rige de esa manera en Venezuela, en virtud que se según el Código Penal (2005) y de la legislación adjetiva –Código Orgánico Procesal Penal (2012)-, únicamente se contempla la tutela cautelar real para asegurar patrimonialmente la responsabilidad civil derivada del delito y no cuando se trate de penas pecuniarias y mucho menos de las costas (que es considerada una pena no corporal).

Dicho lo anterior, se cita la normativa consagrada en el aludido artículo 275 del Código Procesal Penal Nacional (2014), que regula lo atinente a las medidas de aseguramiento probatorio, así como el comiso (confiscación) –denominado en este instrumento decomiso-, en el cual se establece que en los casos de condena, se decomisarán las cosas o ganancias que sean producto o el provecho del delito, en favor del Estado, salvo la restitución o indemnización de la víctima o terceros.

-De igual manera, se establecen reglas atinentes a *cosas peligrosas*, se ordenará el comiso, salvo el derecho a ser indemnizados.

-Por otra parte, se regula lo relativo a autores o participes como *personas interpuestas*, personas beneficiadas a título gratuito, de lo cual igual se aplicará comiso en contra de éstos.

-Con respecto a los *bienes de uso o de valor cultural*, se entregará a las entidades estatales, teniendo valor comercial, se dispondrá su enajenación, si no tuviera valor, se destruirá.

-En relación a *algunos delitos* (tales como secuestro, entre otros del catálogo indicado expresamente en el artículo), se decomisarán los muebles o inmuebles en los cuales se mantuvo la víctima privada de su libertad o siendo objeto de su

explotación. De igual manera, las multas se afectarán a programas de asistencia a las víctimas.

-Cuando se trate de *armas de fuego o derivados*, serán decomisados y destruidos (lo que la doctrina venezolana denomina incautación, e incluso el Código analizado), regulando el plazo del mismo. Será restituido de manera excepcional, cuando su titular no tenga vinculación con el hecho y siempre que conste la respectiva denuncia en el Registro de Armas, de la pérdida o robo.

-Cuando se trate de procesos de delitos consagrados en el Código Penal argentino, que presuntamente las cosas o ganancias aludidas, son fuente o provienen de objeto ilícito, o han servido para cometer le hecho, el juez correspondiente ordenará (a petición del Ministerio Publico) su decomiso, aun antes de sentencia.

-Posteriormente, se estatuye lo atinente a la promoción de las incidencias procesales, a fin de salvaguardar los derechos de terceros ajenos al hecho delictivo, lo cual será regulado por ley especial. Además, los reclamos o litigios correspondientes a la propiedad de las cosas, se realizarán mediante acción administrativa o civil de restitución o la respectiva reclamo cuando haya sido subastada (reclamo de su valor monetario).

Ahora bien, el artículo analizado, comprende lo atinente a las medidas de aseguramiento probatorio, indicando en un parágrafo, lo siguiente:

> (…) Dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, el Ministerio Público Fiscal procurará la producción de la totalidad de las medidas de prueba relacionadas con dicho material y observará las exigencias que la normativa procesal prevea para la realización de medidas probatorias irreproducibles. El plazo para el decomiso y destrucción podrá ser prorrogado por el juez, por única vez y por el mismo período, a pedido de las partes. Vencidos los plazos establecidos, la autoridad de aplicación de la Ley Nacional de Armas y Explosivos Nº 20.429 quedará habilitada para proceder al decomiso administrativo.

Por otra parte, como complemento, se establece que el Ministerio Público podrá solicitar al juez que adopte las medidas cautelares para asegurar el decomiso de o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, vehículos, elementos

informáticos, técnico de comunicación, y toda cosa o derecho patrimonial, que por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el delito que se investigan, el decomiso presumiblemente pudiera recaer.

Por último, se estatuye que las medidas cautelares pueden materializarse con la finalidad de hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, a evitar que se consolide su provecho o se impunidad la impunidad de sus partícipes. Quedan a salvo los derechos de restitución o indemnización a la víctima (damnificado) o terceros.

Visto lo expuesto anteriormente, existen aspectos positivos que pueden ser tomados de lege ferenda para el sistema venezolano, de igual manera son precisados en lo relativo a la propuesta teórica realizada en esta investigación, específicamente en el último capítulo.

1.1.2.- Chile

La República de Chile se rige por un Código Procesal Penal (2000) –con sus respectivas modificaciones-, que contempla en su artículo 157 lo atinente a las medidas cautelares reales, con lo cual, al igual que el Código Procesal Penal argentino –antes revisado-, se trabaja en la misma línea de esta investigación, al considerar como medidas cautelares reales aquellas que tienen como finalidad asegurar la responsabilidad civil derivada del delito. Las referidas medidas cautelares reales se encuentran reguladas en los artículos 157 y 158, y se evidencia una regulación similar al del Código Procesal Penal venezolano (2012), el cual expone una remisión a aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, no obstante, se establece una regulación específica relativa a que procederán en fase de investigación, a petición del Ministerio Público o la víctima y será acordada por el juez de garantía (similar al Juez de control en el caso de Venezuela). De igual manera, que esta norma específica en su título y contenido, que se trata de medidas cautelares reales, a diferencia del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que no deja claro si se trata de medidas cautelares reales o medidas de aseguramiento probatorio.

Por otra parte, se regula lo atinente al aseguramiento de objetos, tal como se observa en los artículos 187 y 188 del Código Procesal de Chile (2000), en los cuales se verifica el aseguramiento probatorio, o lo que la doctrina venezolana denomina “decomiso”. Por otra parte, el artículo 189 del referido Código, consagra lo relativo a las reclamaciones o tercerías, siendo lo particular que será tramitado ante el juez de garantía (juez de control en Venezuela) y además, que no se devolverán sino hasta concluido el procedimiento, no aplicando para las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se devolverán a su dueño o legítimo tenedor, en cualquier estado del proceso, previa su comprobación de tal carácter.

Ahora bien, en el artículo 217 del Código Procesal de Chile (2000) establece lo relacionado a la incautación de objetos y documentos, el cual se refiere a los objetos que pueden ser objeto de comiso, así como aquellos que puedan servir como medios de prueba, serán incautados (previa orden judicial librada a petición fiscal), siempre que se trate de objetos no sean entregado voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiera poner en peligro la investigación. Así se denota que la incautación tiene un sentido referido a la entrega no voluntaria o aseguramiento necesario sin que se requieran los objetos.

Igualmente, el aludido artículo explana que, si los objetos están en poder de una persona distinta al imputado, se procede apercibirla para que los entregue, rigiendo las reglas para los testigos y tal apercibimiento no procede respecto a las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no declarar. Por último, cuando los objetos se encuentren en lugares cerrados, se aplicarán las normas respectivas para ingresar al mismo. Siguiendo el orden de ideas, el artículo 220, establece un catálogo de objetos no sometidos a incautación, ni entrega bajo apercibimiento (comunicaciones del imputado y personas que pueden abstenerse de declarar como testigos, notas confiadas por el imputado a los aludidos testigos, resultados sobre la salud del imputado, de los cuales se extendiera la facultad de prestar declaración, siempre que todos los aludidos objetos se encuentren en poder de las personas que la ley reconoce la facultad de no declarar.

Los artículos 469 y 470 del Código adjetivo analizado regulan aspectos relativos a las especies decomisadas o retenidas, estatuyendo en relación a las

primeras, que, si se trata de dineros, se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Si corresponde la destrucción, se realizará con responsabilidad del administrador. Las demás especies serán puestas a disposición de la Dirección General del Crédito Prendario, en aras de proceder a su enajenación en subasta (destinadas a la Corporación antes señalada) o destruirlas, si carecen de valor. Asimismo, cuando se trate de instrumentos tecnológicos decomisados, se destinarán al Servicio Nacional de Menores o departamentos especiales de los órganos de policía. Por último, con respecto a las especies retenidas, se establecen unas reglas, en relación a su disposición, similares a las señaladas anteriormente.

Por otra parte, se establece en el artículo 472, *ejusdem* en relación a la ejecución civil de la sentencia, que la misma se rige por el Código de Procedimiento Civil chileno.

En atención a la sentencia condenatoria, se estatuye en el artículo 348 *ejusdem*, que esta fijará lo atinente al comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución. Y con respecto a su ejecución, está regulada en el artículo 468 *ejusdem*, que consagra lo relativo al cumplimiento de los comisos.

1.1.3.- Colombia

La República de Colombia se rige por un Código de Procedimiento Penal (2004), el cual contempla una cláusula general relativa al restablecimiento del derecho, que faculta a adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan a su estado anterior, consagrada en el artículo 22.

Ahora bien, se establece un capítulo dedicado a las medidas cautelares, específicamente las reales, que son denominadas “medidas cautelares sobre bienes”, establecidas en el artículo 92 *ejusdem*, en el cual sese verifica la posibilidad de poder dictar medidas cautelares (a petición fiscal o de las víctimas), sobre bienes del imputado, con la finalidad de proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito. La víctima deberá acreditar su condición, la naturaleza del daño y la cuantía de su pretensión.

Del artículo *supra* trascrito se verifica que posteriormente se aplica el embargo y secuestro, así que de tal señalamiento se desprende que las medidas cautelares sobre bienes se circunscriben a las tipificadas expresamente, sin que se permita aplicar otras fuera de éstas. Igualmente, previamente debe acordarse caución conforme al Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se dispone que el trámite, una vez decretado el embargo y secuestro, se realizará conforme al Código de Procedimiento Civil. Y, por último, se establece un régimen para inmuebles habitados, los cuales podrán ser depositados hasta que se dicte la sentencia condenatoria.

De igual manera, se adiciona la prohibición de enajenar y gravar que opera *ope legis*, consagrada en el artículo 97, *ejusdem*, que consiste en que el imputado no podrá enajenar bienes sujetos a registro, durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación, a menos que antes se garantice la indemnización de perjuicios o sea absuelto, tal obligación debe ser impuesta en la audiencia correspondiente y cualquier negociación será nula, por ello se debe comunicar a la oficina de registro correspondiente, sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad. De igual manera, el artículo 98 *ejusdem* contempla diversas excepciones.

Adicionalmente, se establece en el artículo 101 *ejusdem*, que antes de presentarse la acusación, el juez de control a petición del Ministerio Publico, podrá suspender el poder dispositivo de bienes sujetos a registro, cuando se presuma que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente, los cuales serán cancelados, cuando exista certeza de su origen fraudulento, informando a las autoridades correspondientes.

Por otra parte, se establecen tres principios relativos a la aplicación de las medidas cautelares reales, a) criterio de necesidad (limitación de los embargos y secuestros a lo necesario –artículo 93 *ejusdem*-); b) proporcionalidad (limitando que se ordenen medidas desproporcionales en relación con el daño, la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios –artículo 94 *ejusdem*-); y, c) inmediatez (las medidas se cumplirán en forma inmediatas, una vez decretadas –artículo 95 *ejusdem*-).

Igualmente, se consagra una disposición en el artículo 96 *ejusdem*, relativa al desembargo, que opera cuando se otorga caución en dinero efectivo, póliza de seguros o garantía bancaria, por un monto determinado por el Juez para garantizar daños y perjuicios, así como las demás obligaciones de contenido económico, aspecto que amplía la concepción de las medidas para garantizar la indemnización de perjuicios establecida en el artículo 92 analizado.

Ahora bien, se establece el artículo 99, relativo a la a) *restitución a la víctima de los bienes objeto de delito recuperados*, así como, b) la *autorización a la víctima del uso y disfrute de bienes adquiridos de buena fe*, objetos de delito y por último, una c) *ayuda provisional* a favor de la víctima cargo del fondo de compensación de víctimas que inscribe esta última en la línea de medidas de protección.

En relación a la afectación de bienes en delitos culposos, se consagra que los vehículos, se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo, salvo que pese sobre los mismos su embargo o secuestro. Si se trata de vehículos se servicio público, pueden entregarse en depósito provisional y la entrega definitiva ser realizará cuando se garantice el pago de perjuicios o se hayan embargado otros bienes en cuantía suficiente para proteger la indemnización producto del delito.

Con respecto al ejercicio de la acción civil, contempla el código analizado en sus artículos del 102 al 108, lo que se denomina “reparación integral”, sin determinar qué comprende o abarca, únicamente se limita a establecer aspectos procedimentales.

Ahora bien, abordados los aspectos atinentes a las medidas cautelares reales, corresponde plasmar las disposiciones relativas al comiso, regulado en el artículo 82 *ejusdem*, que procederá sobre los bienes y recursos del imputado que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicios de los o sujetos

Ahora bien, en aras de asegurar los anteriores bienes, se estatuyen medidas cautelares sobre tales bienes susceptibles de comiso, consagradas en el artículo

83. Posteriormente, del artículo 84 al 91 *ejusdem*, se regulan los aspectos procedimentales o de trámite, del aseguramiento de bienes con fines de comiso (denominándolos incautación u ocupación), estableciendo básicamente el trámite en relación a la incautación u ocupación, con fines de comiso (artículo 84), la suspensión del poder dispositivo (artículo 85), la administración de los bienes (artículo 86), la destrucción del objeto material del delito (artículo 87), la devolución de bienes (artículo 88), el tratamiento de bienes o recursos no reclamados (artículo 89), la omisión de pronunciamiento sobre los bienes (artículo 90) y la suspensión y cancelación de la personería jurídica (artículo 91).

Lo anterior determina la amplia regulación que otorga la legislación colombiana a la temática de las medidas de aseguramiento probatorio, así como a las medidas cautelares reales, aspecto que se considera positivo en el sentido que no da lugar a equívocos o improvisación en esta temática, estableciéndose una legalidad procesal en la materia. Tal aserto, forma parte de nuestra propuesta teórica, en virtud que la temática no puede quedar a la libre interpretación y aplicación por parte del juez.

1.1.4.- Ecuador

La República de Ecuador se maneja con un Código Orgánico Integral Penal (2014), el cual combina los aspectos sustantivos y adjetivos del derecho penal. Ahora bien, se establece la competencia del Fiscal del Ministerio Público de solicitar las medidas cautelares y de protección que correspondan, tal como se desprende del numeral 11 del artículo 444 del referido instrumento.

Se establece un Sistema Nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y participantes en el proceso, dirigido por la Fiscalía, indicándose que se podrán adoptar medidas de protección y asistencia a la víctima, testigos y demás participantes, en cualquier tapa del proceso, incluso preprocesal, tal como se desprende del artículo 445 de la norma *sub examine*.

Por otra parte, el artículo 519 *ejusdem*, consagra el bagaje de medidas cautelares y de protección, entre las cuales figuran las destinadas a proteger derechos de las víctimas, a garantizar la presencia de la persona procesada, el

cumplimiento de la pena, la reparación integral, las destinadas a evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción y las destinadas a garantizar la reparación integral a las víctimas.

En tal sentido, del aludido artículo se desprende que existen medidas de protección (tutela preventiva), medidas de aseguramiento personal (tutela preventiva), medidas de aseguramiento probatorio (tutela preventiva) y aquellas destinadas a garantizar la reparación integral a las víctimas. Por otra parte, se establece en el artículo 520 *ejusdem*, las reglas generales para la aplicación de medidas cautelares y de protección, y el artículo 521 *ejusdem*, consagra lo relativo a la audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de la medida cautelar y de protección.

Por otra parte, establece el 549 del Código Orgánico Integral Penal (2014), establece lo que denomina modalidades cautelares sobre bienes las siguientes modalidades: secuestro, incautación, retención y la prohibición de enajenar.

Según lo anterior, se verifica el tratamiento como cautelar de medidas que son únicamente de carácter preventiva, como la incautación, que se refiere a un aseguramiento probatorio. En todo caso la legislación otorgó una solución en el sentido de incluir este tipo de medidas sobre bienes, en un bloque de las que a todas considera cautelar. Por otra parte, el Código analizado establece un catálogo de medidas cautelares para personas jurídicas, en el artículo 550, las cuales pueden consistir en: clausura provisional de locales, suspensión temporal de actividades de la persona e intervención del ente público de control competente.

Lo anterior representa una novedad, en virtud que son escasas las legislaciones latinoamericanas que contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por tal razón no se ubican las medidas cautelares en contra de las mismas. Asimismo, se evidencia que las aludidas medidas son de carácter provisional o temporal, lo cual se corresponde con la temática de las medidas, sin embargo, es discutible que sobre las personas jurídicas se apliquen medidas cautelares propiamente dichas.

Por otra parte, se establece en el artículo 551 *ejusdem*, que se podrá solicitar medidas cautelares para inmovilizar bienes, fondos o activos, que estén en propiedad, vinculados o bajo el control directo de personas naturales o jurídicas, se resolverá en el plazo de veinticuatro (24) horas. Así como su procedencia en casos de delitos contra el ambiente o naturaleza, inhabilitando maquinaria pesada que pueda ocasionar daños.

Igualmente, se consagra en el artículo 552 *ejusdem*, órdenes especiales en delitos de terrorismo, tanto a los terroristas individuales como a grupos u organizaciones terroristas (atendiendo a su inclusión en la lista del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas). En el mismo orden, el artículo 553 *ejusdem*, consagra la vigencia de las medidas con respecto a delitos de terrorismo, explanando que se podrán levantar las medidas únicamente, cuando los bienes, fondos o activo, cuando no sean propiedad o no estén vinculados con el terrorismo.

Por su parte, el artículo 554 *ejusdem*, consagra que las medidas cautelares reales están enfocadas en asegurar valores suficientes para garantizar las obligaciones de la persona procesada, sin especificarse cuáles son esas obligaciones, si se trata de una responsabilidad civil o si está enfocada en las penas pecuniarias.

El artículo 555 *ejusdem*, consagra que las medidas cautelares sobre bienes o cuentas, serán acordadas en relación a la persona que va a juicio, si antes no se ha hecho, sin embargo, indica que las medidas serán acordadas por un monto equivalente al valor de la multa, lo cual detalla la finalidad del aseguramiento, aspecto, que no se corresponde con el punto anterior, en el cual se hace referencia a obligaciones.

En relación al artículo 556 *ejusdem*, se dispone la posibilidad de dictarse la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover fondos, activos, inversiones, entre otros, a la custodia temporal de los mismos, que serán entregados a la autoridad competente hasta que se dicte decisión definitiva. Por otra parte, en el artículo 557 ejusdem se desarrolla la institución de la incautación, de la cual se deduce que está destinada al depósito, resguardo y custodia de bienes

relacionados con el delito, sin especificarse la razón por la cual guardan relación con el delito, si son producto del mismo, se emplearon como instrumento para cometer el delito, armas, entre otras. Asimismo, al revisar el Código Orgánico Integral Penal (2014) se evidencia que diversos artículos hacen referencia a la incautación, limitándola a bienes relacionados con el delito, tal como se desprende del artículo 478 *ejusdem*.

Por otra parte, el artículo 558 del Código *in commento*, consagra un catálogo de medidas de protección, indicando diversas modalidades, que se equiparan algunas con las medidas cautelares sustitutivas de la legislación venezolana y otras se corresponden con medidas de protección, como en casos de protección de niños, víctimas de violencia de género, materia ambiental, entre otras, aunque no están desarrolladas con amplitud, como si ocurre en el caso de la legislación penal colateral venezolana.

Por último, el artículo 559 *ejusdem*, consagra el uso de dispositivos electrónicos para los casos de los numerales 2 y 3 del artículo 558 ejusdem, relativos a la prohibición del imputado de acercarse a la víctima o de realizar actos de persecución o intimidación. Igualmente, se establece que, de ser necesario, se dispondrá el uso de dispositivos a favor de la víctima, testigo u otro participante y a su vez, solicitar el ingreso de las mismas al Sistema nacional de protección de víctimas.

1.1.5.- México

En la República de los Estados Unidos de México rige el Código Nacional de Procedimientos Penales (2014). Ahora bien, este Código regula las medidas cautelares sobre bienes, que pueden ser, el embargo de bienes, la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.

Vale destacar que el artículo 155 del aludido instrumento, igualmente se consagra la posibilidad de acordar la colocación de dispositivos electrónicos para localizar al imputado. Por otra parte, se establece en el artículo 138 *ejusdem*, que la finalidad de las medidas cautelares para la restitución de los derechos de la

víctima, es la reparación del daño -sin especificar el tipo de daño-, las cuales pueden ser el embargo de bienes y la inmovilización, antes indicadas.

Igualmente, el artículo 139 *ejusdem* contempla que las medidas de protección y providencias precautorias (aquellas que recaen sobre bienes con la finalidad de asegurar la reparación del daño), tendrán una duración máxima de 60 días naturales, prorrogables hasta por treinta días, pudiendo extinguirse antes, cuando cese la causa que la origina.

Con respecto a las medidas de aseguramiento probatorio, se establece un régimen que las regula y denota su amplitud, al abarcar no solamente los bienes en los cuales existen huellas o elementos relacionados directamente con el hecho, sino abarca todos los objetos, instrumentos y productos del delito, los cuales serán asegurados y conservados. Por su parte, el artículo 230 *ejusdem* establece las reglas sobre el aseguramiento de bienes, indicando básicamente que el Ministerio Público o la Policía en auxilio de éste, deben realizar un inventario, así como preservar los instrumentos, objetos o productos del delito asegurados. Por otra parte, el artículo 231 *ejusdem* establece la notificación al interesado o a su representante legal del aseguramiento, dentro de los 60 días siguientes a su ejecución.

El artículo 232 del Código *in commento*, consagra la custodia y disposición de los bienes asegurados, cuando previamente hayan sido embargados, intervenidos, secuestrados o asegurados, se notificará el nuevo aseguramiento. Asimismo, no podrá ejercerse actos de dominio sobre los mismos, por parte de sus propietarios, depositarios e interventores o administradores, durante el aseguramiento.

Por otra parte, en el artículo 233 del Código, se plasma que se hará constar en los registros públicos, el aseguramiento de bienes inmuebles, derechos, aeronaves, empresas, acciones, títulos, entre otros, así como el nombramiento de depositario, interventor o administrador, siendo que el registro o cancelación, será a requisito de la emisión de oficio por parte de la autoridad judicial o el Ministerio Público.

Con respecto a los frutos de los bienes asegurados, se les dará el mismo tratamiento que a los bienes asegurados que los generan, en todo caso, no implica que entren al erario público, según el artículo 234 *ejusdem*. Ahora bien, en el artículo 235 *ejusdem*, se establece el régimen de aseguramiento de narcóticos y productos relacionados con delitos de propiedad intelectual, derechos de autor e hidrocarburos, en razón de algunos que impliquen un alto costo de peligrosidad para su conservación, estatuyéndose que el Ministerio Público ordenará su destrucción, previa autorización, fijando fotográficamente o en video, los mismos. Igualmente, en el caso de hidrocarburos y químicos se pondrán a disposición del Ministerio Público, entregándolos a su vez a las contratistas, permisatarios o asignatarios, para su destino final (conservando muestras representativas para los peritajes).

El artículo 236 ejusdem, dispone que cuando se trate de objetos de gran tamaño (naves, vehículos, grúas, entre otros), después de realizados los peritajes, serán fijados con fotografías o videos y su aseguramiento se realizará conforme al artículo 237 ejusdem, que consagra que serán devueltos, con o sin reservas, al propietario, poseedor o tenedor legítimo, según el caso, siempre que no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito.

El artículo 238 ejusdem, dispone el aseguramiento de flora y fauna, siendo provistas de cuidados necesarios y depositados en zoológicos o instituciones correspondientes. El aseguramiento de vehículos en caso de delitos culposos de tránsito, se entregarán en depósito a quien se legitime como su propietario, siempre que el vehículo no tenga reporte de robo, relacionado con otro hecho, se le hayan realizado los peritajes y no exista oposición, (en caso de presentarse estos supuestos, será asegurado hasta que se esclarezcan los hechos) tal como lo señalan los artículos 239 y 240 del Código analizado. Cuando se trate de asegurar armas o explosivo, se deberá informar a la Secretaría de la Defensa Nacional y demás autoridades competentes, artículo 241 *ejusdem*).

Por otra parte, se establece en el artículo 242 *ejusdem*, el aseguramiento de bienes o derechos relacionados con operaciones financieras, incluyendo cuentas, títulos y bienes, en aras de su aseguramiento.

Asimismo, se establece en el artículo 242 del Código *in commento*, los efectos del aseguramiento en actividades ilícitas, el cual no será causa de cierre o suspensión de actividades, relacionadas con actividades lícitas. En materia de hidrocarburos se asegurará el establecimiento mercantil o empresa prestadora del servicio, notificándose a las autoridades competentes, con la finalidad de realizar su transferencia. Adicionalmente, indica que antes de la transferencia se retirará el producto ilícito, e igualmente, en caso que se trate de franquicias o permisionario, el aseguramiento será causa justa para dar por terminados los contratos o revocado los permisos, previa determinación ministerial o judicial del destino de la misma.

Con respecto a las cosas no sujetas a aseguramiento, se ubican 1) comunicaciones, 2) información entre el imputado y las personas no obligadas a declarar (excepto las involucradas como autoras o partícipes del hecho punible o que actúen como encubridores), según el artículo 244 *ejusdem*.

Por otra parte, se regulan las causales de procedencia de devolución de bienes asegurados, a) cuando no se ejerza acción penal, en su defecto un criterio de oportunidad, o archivo y b) cuando la autoridad judicial levante el aseguramiento o no decrete el decomiso, tal como se expone en el artículo 245 *ejusdem*.

Con respecto a la entrega de los bienes, se estatuye en el artículo 246, que se devuelven los que no estén sometidos a decomiso, aseguramiento, restitución o embargo, posterior a la práctica de diligencias respectiva, dejando constancias fotográficas o por otros medios. La devolución podrá hacerse en depósito provisional o al poseedor, con la obligación que los exhiba cuando corresponda. Por otra parte, se establece que, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acuerdo de devolución, la autoridad judicial o el Ministerio Público, notificarán al interesado quien dentro de los diez días siguientes debe recogerlos, bajo apercibimiento de no hacerlo, de no hacerse, serán considerados en abandono a favor de la Procuraduría o Entidades Federativas y se ordenará la cancelación en el registro, una vez acordada la devolución.

Posteriormente, se indica en el artículo 247 *ejusdem*, que la devolución de bienes incluirá los frutos generados, y si se trata de numerarios, los rendimientos, a la tasa de la Tesorería de la Federación. La autoridad que administró, rendirá cuenta

a la persona que tenga derecho y se dará oportunidad al interesado para que revise las condiciones, así como el correspondiente inventario.

Si los bienes fueron enajenados o no existe posibilidad de devolverlos, debe cubrirse a la persona titular el valor de los mismos (artículo 248 *ejusdem*) y en caso que el producto, los instrumentos u objetos hayan desaparecido por causa atribuible al imputado, el Ministerio Público decretará o solicitará al Órgano Jurisdiccional correspondiente el embargo precautorio (sic), el aseguramiento, y en su caso, el decomiso de bienes propiedad del imputado, por el monto equivalente.

Por último, se contempla el decomiso en el artículo 250 *ejusdem*, que procederá mediante sentencia en el proceso penal, pudiendo decretar el decomiso de bienes. El artículo *in commento*, contempla lo que en la legislación venezolana se denomina comiso, que en la referida legislación mexicana se denomina decomiso.

1.1.6.- Uruguay

El último de los Códigos latinoamericanos a ser revisados es el de la República Oriental del Uruguay, el Código del Proceso Penal (2015), en el cual se contempla con respecto a la tutela preventiva y cautelar, lo siguiente. En primer término, como medidas cautelares, el artículo 250, las cuales serán aquellas que estime indispensables para proteger los derechos de las víctimas, siempre que exista peligro de su lesión o frustración. Las mimas abarcan al tercero civilmente responsable. Asimismo, las medidas se ajustarán a los principios del Código General de Proceso y leyes especiales.

Al respecto, se denota la amplitud de la regulación anterior de las medidas cautelares reales, las cuales se denominan asegurativas sobre bienes, similares al caso venezolano, no obstante, se estatuye que están destinadas a proteger los derechos de las víctimas, que puede ser interpretada como responsabilidad civil derivada del delito, es decir, de carácter patrimonial, advirtiendo que siempre que exista peligro de su lesión o frustración, lo que implica un fundamento para que sean dictadas, conforme a tales peligros.

Por otra parte, se amplía la potestad de dictar tales medidas sobre bienes del tercero civilmente responsable, siempre que esté justificada. Como mayor garantía para evitar excesos, se fijará la medida, previa prestación de garantía real o personal, salvo motivo fundando para eximir la misma. Asimismo, las medidas se ajustarán en relación al objeto y límites, a los principios del Código, otro aspecto que se considera positivo.

Ahora bien, se establece en el artículo 251 ejusdem, una excepción para acordar las anteriores medidas, y es cuando se trate de dictarlas en contra del Estado o Personas Jurídicas de Derecho Público.

Con respecto a la competencia para conocer de las medidas analizadas, cuando estas son solicitadas por la víctima, se deberá acreditar el inicio de la acción civil dentro de los sesenta (60) días posteriores de hacerse efectiva las medidas cautelares, siendo el ámbito civil el competente; si la víctima no cumple lo aludido, el afectado por las medidas puede solicitar su levantamiento, ante el juez que las dictó, e igualmente, cuando las medidas hubieren sido dispuesta a pedido de la Fiscalía, seguirá conociendo el fiscal que las dispuso hasta finalizar el proceso. (Artículo 252 *ejusdem*).

Con respecto al efecto de las medidas en relación a los medios de impugnación, al ordenarse la misma, será apelable sin efecto suspensivo. (Artículo 253 *ejusdem*) y las medidas se cumplirán inmediatamente después de dictadas, notificando a las partes a quien perjudiquen, una vez cumplidas. (Artículo 254 *ejusdem*).

Ahora bien, una vez plasmadas las consideraciones relativas a la tutela cautelar, procedemos a esbozar las normas que atañen a la tutela preventiva, específicamente las atinentes a las medidas de aseguramiento de bienes (probatorias).

En primer término, se atribuye al Ministerio Público la dirección de la investigación, pudiendo dictar o solicitar, según corresponda, las medidas probatorias que considere pertinentes (artículo 45.1 *ejusdem*), además, puede solicitar que se acuerde judicialmente el allanamiento de lugares cerrados en el cual

se puede encontrar objetos provenientes de la actividad delictiva o relevantes para la investigación (artículo 191 *ejusdem*).

El artículo 197 *ejusdem*, expresamente consagra la incautación de bienes, cuando el propietario se niegue, el fiscal solicitará y el juez ordena su incautación. La autoridad administrativa no requiere autorización cuando se trate de delitos flagrantes o en peligro inminente.

Adicionalmente, el artículo 198, contempla que el tribunal al pronunciar su resolución, designará concretamente el bien cuyo secuestro, incautación o exhibición ordena; cuando se trate de secuestro o incautación, se plasmará el nombre del depositario y la orden de comunicar al registro público (en caso de bienes inmuebles o muebles registrables).

Una vez obtenida la autorización para el secuestro, incautación o exhibición, el fiscal la ejecutará inmediatamente, con el auxilio de la fuerza pública, si esta es necesaria. Los bienes objeto de la medida, serán registrados y debidamente individualizados, con la determinación del depositario y en caso de bienes inmuebles o muebles registrables, se inscribirá la medida en el registro correspondiente, de todo ello, se levantará actas. (Artículo 199 *ejusdem*).

Por otra parte, se devolverán los bienes incautados o sustraídos, a la víctima o a terceros, incluso al imputado si no tuvieran relación con el delito. De igual manera, la devolución podrá ser provisional, en calidad de depósito, pudiendo solicitarse su exhibición cuando fuese necesario. Asimismo, los bienes sustraídos serán entregados a la víctima.

Por último, el artículo 119 ejusdem, contempla que la sentencia definitiva deberá expresar, según el 119.6 y 119.7 del referido Código, el destino de las cosas secuestradas y sujetas a confiscación, y si se trata de sentencia absolutoria o la que acuerda el sobreseimiento, ordenará que las cosas secuestradas sean devueltas a la persona de quien se obtuvieron.

1.2.- Sistemas Europeos

Similar a lo que se estiló en relación a los sistemas Latinoamericanos, se seleccionaron aquellos países de Europa los cuales manejan un sistema penal

similar, en atención al sistema de derecho escrito –continental germánico-, al Derecho Procesal Penal venezolano, en tal sentido, se tomaron como referencias los Códigos Procesales Penales de España, Italia y Alemania, los cuales se detallan a continuación.

1.2.1.- España

El reino de España, perteneciente a la Unión Europea, que se rige por una Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882), a la cual se le han realizado diversas modificaciones posteriores, no obstante, en esencia se sigue tratando del mismo código de corte principalmente inquisitivo. Ahora bien, en primer término, debe advertirse que el Código regula de manera asistemática la temática de las medidas, incluso, no existe un capítulo especial que así las denomine, sin embargo, se infieren de su regulación y las mismas se plasman en el artículo 589, sl respecto, se desprende que básicamente se pueden requerir fianzas o materializar embargo de bienes suficientes, cuando no se prestare fianza. Taxativamente se consagra que la cantidad se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias, determinándose que las mismas obedecen a un ámbito patrimonial.

Posteriormente, se consagran algunas disposiciones relativas a aspectos procedimentales, tales como el trámite en pieza separada (artículo 590 *ejusdem*); modalidades de fianzas, denominada personal y fianzas reales que pueden ser garantías pignoraticias –prendas-, hipotecarias -hipoteca- o incluso en dinero efectivo o aval solidario, con ciertos requisitos como el otorgamiento por entidad de crédito, sociedad de garantía recíproca o cualquier medio que garantice inmediata disponibilidad.

De lo anterior se desprende que se otorga un tratamiento a las fianzas como garantías personales o reales, siendo que en la legislación venezolana, la fianza únicamente es personal y las demás garantías (prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención y privilegios, son reales) (artículo 591 *ejusdem*); de igual manera, se consagran los señalamientos de quienes pueden ser fiadores, a saber: personas de buena conducta y residentes en el territorio del tribunal, entre otros requisitos exigidos (artículo 592 *ejusdem*); se consagra la posibilidad de sustitución

de la fianza hipotecaria por metálico, efectos públicos, valores y demás muebles (artículo 593 *ejusdem*); asimismo, se consagran las reglas de tasación de las fianzas hipotecarias y pignoraticias (artículo 594 *ejusdem*).

Asimismo, se establecen las formalidades de escritura e inscripción en el Registro (artículo 595); la apelabilidad del auto que declare la suficiencia de fianzas (artículo 596 *ejusdem*); la procedencia de embargo, al no prestarse fianza (artículo 597 *ejusdem*); procedimiento para el requerimiento de señalamiento de bienes (artículo 598 *ejusdem*); el embargo de otros bienes cuando los señalados no son suficientes (artículo 599 *ejusdem*); la aplicación supletoria de aspectos procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respetando la especialidad del artículo 597 *ejusdem* (artículo 611 *ejusdem*); y aplicación supletoria de la legislación civil sobre fianzas y embargos (artículo 614 *ejusdem*); la necesidad de exceso de la cantidad para asegurar la responsabilidad pecuniaria, por causas sobrevenidas (artículo 611 *ejusdem*); y la reducción de fianza o embargo cuando la cantidad es superior a las responsabilidades pecuniarias (artículo 612 *ejusdem*); la aplicación del artículo 536 *ejusdem* para hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias (artículo 613 *ejusdem*); y por último, iniciado el proceso por delito contra la Hacienda Pública, el juez decidirá las pretensiones referidas a las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 de la Ley General Tributaria (artículo 614 bis *ejusdem*).

Ahora bien, en relación a las medidas preventivas de aseguramiento probatorio se regulan así:

Se establece uno de los principios generales que rige en materia de investigación, indicándose que, entre las primeras diligencias de investigación, se consideran las de consignar pruebas (fuentes de prueba) del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, detener a los presuntos responsables y las de proteger a los ofendidos. Pudiendo acordarse las del artículo 544 bis o la orden de restricción 544 ter *ejusdem*.

Al respecto, dogmáticamente tal consignación se refiere a las fuentes de prueba, en aras de evitar su desaparición y poner en custodia lo que conduzca a su comprobación. De igual manera, se establece un catálogo de normas referidas al

cuerpo del delito (elementos activos y pasivos del delito), siendo la norma general la establecida en el artículo 334 de la Ley analizada, en el cual se determina que se recogerán las armas, instrumentos o efectos relacionados con el delito, ubicados en el lugar o en sus inmediaciones, incluso en cualquier lugar, incluyendo los que estén en poder del imputado. De igual manera, establece unas reglas a operar en relación al aseguramiento, incluyendo la posibilidad del afectado de recurrir, y se consagra lo atinente a la restitución.

Ahora bien, el artículo 335 *ejusdem* indica que se deben describir el estado y circunstancia de los objetos del delito y si se trata de documentos existentes en dependencias de las Administraciones Públicas, se reclamarán, sin perjuicio de su devolución terminada la causa. Igualmente, el artículo 338 ejusdem contempla que los objetos deben ser recogidos garantizando su integridad y conservación.

Con respecto a las reclamaciones o tercerías destinadas a la devolución de los efectos que constituyen el cuerpo del delito, cualquiera que sea su clase y la persona que reclame, no será admitida por el Juez durante sumario (artículo 367 *ejusdem*).

Con respecto a los casos de delincuencia organizada, consagra el artículo 282 *ejusdem*, que, actuando bajo identidad supuesta, puede autorizarse el transporte de objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación, por el plazo que determine la ley (artículo 282 *ejusdem*).

Ahora bien, a partir del artículo 367 *ejusdem* se regula la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales, que abarca todos aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el proceso penal.

Se decretará la destrucción (se trata de la institución de la incautación) de los efectos judiciales cuando sea necesaria o conveniente por la naturaleza de los efectos dejando muestras suficientes, previa audiencia con el Fiscal y el propietario (si se conoce) o la persona en cuyo poder se halló. Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes, psicotrópicas, la autoridad administrativa, una vez analizadas y conservadas las muestras mínimas para ser utilizadas ulteriormente,

así como previa autorización judicial, se destruirán. Se deberá dejar constancia de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y otros aspectos, así como su valor.

Con respecto a los efectos intervenidos con ocasión a delitos contra la propiedad intelectual o industrial, se procederá como en el apartado anterior, pudiendo ser destruidos anticipadoramente, luego de su examen y conservación de muestra, salvo pronunciamiento judicial distinto. Si los objetos no pudieran, por su naturaleza, conservarse en su forma primitiva, se estimará judicialmente lo conveniente para conservarlos.

Por otra parte, existe una adición que regula otro tipo de bienes, como los de ilícito comercio, en los cuales podrán realizarse los efectos judiciales, sin espera de pronunciamiento firme, cuando se trate de bienes perecederos, abandonados, impliquen gastos de conservación superiores a su mismo valor, o efectos que puedan desaparecer por le transcurso del tiempo.

Ahora bien, con respecto a la conservación y administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal, podrán ser encomendados a la Oficina de Recuperación y Gestión de activos, procedente a petición judicial, fiscal o administrativa -la propia Oficina de Recuperación antes indicada- (artículo 367 *septies ejusdem*).

Por otra parte, el artículo 367 *quinquies ejusdem*, dispone que la realización de efectos judiciales puede consistir en la entrega a entidades sin ánimo de lucro, a las administraciones públicas, realización por medio de persona o entidad especialidad, y casos de subasta pública.

Por último, el artículo 367 *sexies* (sic) *ejusdem*, dispone que podrá autorizarse la utilización provisional de los bienes o efectos decomisados en los casos particulares.

1.2.2.- Italia

La República Italiana se rige por el Códice di Procedura Penale (1988), en el cual las medidas cautelares reales se regulan en el Título II, Capítulo I, artículos 316

y siguientes, siendo que el aludido 316, contempla el denominado secuestro conservativo, del cual se infiere que: se infiere que:

-Si hay razones justificadas para creer que faltan garantías para el pago de la multa, las costas procesales, y cualquier otra cantidad debida a las autoridades fiscales, el fiscal, en cualquier etapa del mérito, podrá solicitar el embargo de bienes muebles o inmuebles del acusado o de las cantidades o cosa, en la medida que la ley permita la incautación.

-Si hay razones justificadas para creer que faltan garantías para el cumplimiento de las obligaciones civiles derivadas del delito, el demandante, puede solicitar el embargo de los bienes del acusado o el responsable civil, conforme al párrafo anterior.

-Las medidas ordenadas a petición del Fiscal, también benefician al demandante.

-Como resultado de las reivindicaciones de secuestro referidas a los párrafos 1 y 2 se consideran privilegiada, en comparación con cualquier otro. Posteriormente, el artículo 317 *ejusdem* contempla el procedimiento y la competencia para aplicar el artículo anterior.

Asimismo, el artículo 318 *ejusdem* consagra los aspectos referidos a la revisión del secuestro fijado, la cual no suspende la ejecución de la medida. Igualmente, el artículo 319 *ejusdem* consagra la oferta de depósito u oferta de caución, la cual consiste en que el acusado o responsable civil, puede proporcionar fianza adecuada para garantizar los préstamos referidos en el 316, la cual consagra varios supuestos para que se genere.

Por otra parte, el artículo 320 *ejusdem* hace referencia a los bienes adjudicados o ejecución del bien secuestrado, estatuyendo una remisión al Código de Procedimiento Civil, de manera supletoria. Ahora bien, el artículo 321 *ejusdem* consagra el denominado el Secuestro Preventivo, que surge en los siguientes supuestos:

1.- Cuando hay peligro en la libre disponibilidad de una cosa relevante en el delito que pueda agravar o prolongar las consecuencias del mismo o facilitar la

comisión de otros delitos, a petición del Fiscal al tribunal competente, para decidir al respecto, mediante decreto motivado. Primero, el procesamiento proporciona el juez para las investigaciones preliminares.

2.- El tribunal puede, además, tomar las cosas y la confiscación permitida.

2-bis. - En el curso de las acciones judiciales para los delitos contemplados en el Capítulo I del libro, Título II, del Código Penal, el juez puede confiscar los bienes.

3.- El secuestro, será inmediatamente revocado a petición del fiscal o el interesado, cuando por hechos sobrevenidos se pierdan las condiciones de aplicabilidad prevista en el numeral 1. En el curso de la investigación preliminar, el fiscal debe proporcionar un decreto motivado, el cual debe ser notificado a quienes tienen derecho a apelar.

3-bis. - Durante la investigación preliminar, cuando no es posible por la situación urgente, esperar el fallo del juez, el secuestro se realizará sin el decreto motivado del fiscal, la policía podrá realizarlo, y dentro de 48 horas, deben informar al fiscal, del lugar donde se realizó el secuestro. Estos, sin embargo, para retornar las cosas secuestradas requieren la validación del juez y la emisión del decreto previsto en el numeral 1, dentro de las 48 horas de embargo.

3-ter. - El secuestro perderá eficacia si no se observan las condiciones previstas en el apartado 3-bis o si el tribunal no ha emitido una orden de validación dentro del primer día de recibida la solicitud. La copia de la orden será inmediatamente notificada a la persona a la que se le tomaron las cosas.

Ahora bien, el artículo 322 *ejusdem* contempla el examen del secuestro preventivo, plasmando que el imputado o su defensor, así como la persona a la que la cosa le ha sido secuestrada, tiende derecho a solicitar la revisión de la orden, conforme al 324 *ejusdem*, y la solicitud de revisión no suspende la ejecución. Asimismo, el artículo 322-bis, contempla la apelación (modificada por Decreto Legislativo en el año 1998), indicando resumidamente, que fuera de los límites del artículo 322, el Fiscal, el acusado y su abogado, y la persona a quien las cosas fueron tomadas, tendrán condición de recurrir a la ordenanza de secuestro y en

contra de la revocación de convulsión del decreto emitido por el fiscal. La apelación será decidida en la Corte Capital de la Provincia, en la que la sede la oficina emitió la decisión. El recurso no suspende la ejecución de la medida.

El artículo 323 *ejusdem*, consagra la pérdida de la eficacia del secuestro preventivo, cuando:

1.- Con la absolución o no procesamiento, a pesar que son objeto de apelación, el tribunal puede ordenar ser devueltas a las personas que tienen derecho, cunado no lo hace, imponer la confiscación conforme al 240 del Código Penal.

2.- Cuando hay más copias idénticas de lo aprehendido, y es relevante para los propósitos de la prueba, el juez, incluso después de la absolución o no procesamiento impugnada por el Fiscal, se mantiene el orden de la toma de un ejemplar y ordena la restitución de las otras.

3.- Si hay sentencia pronunciada, los efectos del secuestro permanece cuando se acuerda la confiscación de las cosas.

4.- El reembolso no está ordenado, si el juez tiene, en la solicitud fiscal o parte civil, que las cosas pertenecientes al demandado o civilmente se mantienen incautación de garantía de los créditos previstos en el artículo 316.

Posteriormente, los artículos 324 y 325 del Código estudiado, contemplan el procedimiento del régimen de impugnación, apelación y casación, respectivamente.

Plasmadas las anteriores consideraciones, es menester hacer referencias otras normas consagradas en el Código analizado, que inciden en el régimen de los bienes, específicamente, el aseguramiento preventivo, tal como se observa a continuación:

El artículo 248 *ejusdem*, consagra el régimen de solicitud de entrega de cosas, en tal sentido, si la autoridad judicial busca algo, podrá invitar a su entrega, si la cosa es archivada, no se realizará ninguna búsqueda a menos que se considere útil para la exhaustividad de la investigación. Y por otra parte, se deben indicar las cosas que se han de secuestrar para determinar otras circunstancias útiles a efectos de las investigaciones. Los agentes de policía judicial o delegados, pueden

examinar documentos bancarios, correspondencia, datos, informaciones y programas, en caso de rechazo, la autoridad judicial procederá a buscar.

Por otra parte, el artículo 253 *ejusdem*, establece el objeto y formalidad del secuestro, que operará así:

1.- La autoridad judicial emite un decreto motivado para el secuestro del cuerpo del delito, y de las cosas para necesarias para la determinación de la responsabilidad.

2.- Recaen sobre el cuerpo del delito, o las cosas mediante las cuales se cometió el delito, así como su producto, ganancia o precio.

3.- El aseguramiento procede personalmente a la autoridad judicial o de un oficial de la policía judicial delegado en el mismo decreto.

4.- la copia del decreto de secuestro se entregará a la persona interesada, si está presente.

Igualmente, el artículo 254 *ejusdem* consagra el secuestro de datos informativos de proveedores de servicios, informática, telemática y telecomunicaciones, cuando la autoridad judicial autorice. Al respecto, se establecen las normas relativas a su obtención, y copiado, asegurando su inmutabilidad y protección.

Por otra parte, el artículo 255 *ejusdem* consagra el secuestro en los bancos, estatuyendo que la autoridad judicial puede proceder a asegurar los documentos, títulos, valores, cantidades depositadas en cuentas, y todo lo demás, incluso cuando estén contenidos en cajas de seguridad, cuando existan motivos razonables para creer que corresponden al delito, aunque no pertenezcan al delito o no estén registrados a su nombre.

Asimismo, el artículo 256 del Código analizado, dispone el deber de exhibir los secretos. En los siguientes casos: 1.- En relación a las personas indicadas en los artículos 200 y 201 *ejusdem*, deberán de manera inmediata a la autoridad judicial, consignar los documentos, incluso originales (si se ordena), datos, información, programas informáticos (incluso su copia en soportes adecuados) y todos los demás, en razón de su cargo, Ministerio, profesión o arte, a menos que se

indique por escrito si es un secreto de Estado o un secreto Inherente a su oficina o profesión. 2.- Cuando la declaración se refiera a un secreto profesional, la autoridad judicial, si hay razón para dudar de su validez y considera que no puede adquirir los documentos o cosas mencionadas en el párrafo 1, proporcional a las investigaciones necesarias. Si la declaración es verdadera sin fundamento, la autoridad judicial tiene la incautación.

En el mismo orden de ideas, el artículo 256-bis *ejusdem*, dispone la adquisición de documentos, actos u otras cosas aparte de la autoridad judicial en la sede los servicios de información por la seguridad. Asimismo, el artículo 257 *ejusdem* establece la revisión del decreto de incautación, consagrando las normas relativas al mismo. Indicándose en términos generales que procede por parte del demandado y la persona a quien se le tomaron las cosas, podrá atacar incluso el fondo, conforme al artículo 324 *ejusdem*. De igual manera, la solicitud de reconsideración no suspenderá la ejecución de la medida.

Igualmente, el artículo 258 *ejusdem*, establece lo atinente a las copias de documentos secuestrados, indicando que la autoridad judicial podrá extraer copias de los actos y documentos secuestrados, devolver los originales y expedir copias auténticas gratuitas. Los funcionarios podrán expedir copias, extractos o copias certificadas de documentos devueltos por la autoridad judicial y la persona en la oficia en la que se incautó, tiene derecho a obtener copias. Por último, si el documento incautado es parte de un volumen o registro inseparable, el volumen puede quedar en depósito judicial.

En similar orden, el artículo 259 *ejusdem* estatuye la custodia de las cosas secuestradas, las cuales serán confiada a la custodia en el papel a la secretaria, cuando no es posible, la autoridad judicial velará que tenga lugar en un sitio distinto, determinando el camino y nombrado otro depositario conforme al artículo 120 *ejusdem* y al momento de la entrega, el depositario es advertido de la obligación de guardar y presentar las cosas a cada solicitud de la autoridad judicial. Por otra parte, el artículo 260 *ejusdem*, consagra la colocación de sellos a las cosas secuestradas, perecederas y la destrucción de las mismas, según las siguientes reglas:

1.- Las cosas secuestradas se asegurarán con el sello y suscripciones de la oficina judicial, dependiendo de las cosas, también con otros medios, de carácter electrónico o informático, capaces de indicar las restricciones impuestas a los fines de la justicia.

2.- La autoridad judicial extraerá una copia de los documentos y tomará fotografías y otras reproducciones de las cosas que pueden ser alteradas, o difíciles de ocultar, o de difícil custodia, empleando medios adecuados, si se trata de datos informáticos se deben realizando copias que garanticen su conformidad e inmodificabilidad.

3.- En el caso de cosas que puedan alterarse, el tribunal podrá decretar la enajenación o destrucción. Los bienes prohibidos para la fabricación, posesión, tenencia o comercialización, o cuando es peligroso para la seguridad, salud, higiene o prohibido, se ordenará la destrucción de la mercancía restante. De igual manera, la autoridad judicial a petición del órgano determinante, decretará su comercialización cuando los mismos son de difícil mantenimiento. Asimismo, transcurridos tres meses desde la fecha de ejecución del secuestro (que involucren a personas desconocidas), los bienes serán destruidos, sin perjuicio del estado de conservación de las muestras a utilizar a fines judiciales.

Como corolario, el artículo 261 *ejusdem* consagra la extracción y reapertura de juntas, que regula lo atinente al retiro de sellos, comprobando primero la integrada y asistencia del auxiliar. Posteriormente, serán selladas de nuevo, con un sello nuevo por parte de la autoridad judicial y sus respectivos auxiliares, a la fecha de suscripción.

En el mismo sentido, el artículo 262 *ejusdem* contempla la duración y restitución del secuestro, en los siguientes términos:

1.- En principio, cuando no sea necesario mantener el secuestro para fines probatorios, las cosas serán devueltas a aquellos que tienen derecho, incluso antes de la sentencia, en caso de ser necesario, la autoridad judicial podrá requerir fianza.

2.- En el caso previsto en el numeral anterior, la restitución no será ordenada, si se realizó como garantía de los créditos establecidos en el artículo 316.

3.- No se realizará la devolución y se mantiene la medida preventiva cuando el tribunal disponga conforme al 321 del Código analizado. Después de cinco años a partir de la sentencia, sujeto a apelación, las cantidades de dinero serán confiscadas si nadie pidió restitución.

4.- Una vez que el fallo deja de ser objeto de recurso, en el caso de cosas no devueltas a quienes tienen derecho, serán confiscadas.

Por último, el artículo 263 *ejusdem*, indica que el procedimiento para la restitución de las cosas secuestradas, de la siguiente manera:

1.- La restitución de la cosa secuestrada es acordada por el juez con orden, si no hay dudas sobre su pertenencia.

2.- Cuando las cosas son secuestradas a un tercero, la restitución no puede ser ordenada a favor de otros sin la escucha de la sala según los formularios del artículo 127 del Código *in commento*.

3.- En caso de controversia sobre la propiedad de la cosa secuestrada, el juez remite la resolución al tribunal civil competente en primera instancia, manteniendo el secuestro.

4.- Durante la investigación preliminar, la cosa será devuelta por el Ministerio Público mediante escrito motivado.

5.- Contra el decreto del Ministerio Público que contemple la devolución o entrega, podrán presentarse oposición ante el Tribunal conforme al artículo 127 del Código estudiado.

6.- Una vez que la sentencia deja de ser objeto de recurso, corresponde decidir su entrega al juez de ejecución.

1.2.3.- Alemania

Por último, corresponde plasmar el sistema preventivo y cautelar de la República Federal Alemana, el cual se rige por diversas fuentes, según Roxin (2000):

> 1.- Las fuentes principales del Derecho procesal penal y del Derecho la organización judicial en materia penal son la CVG del 27/1/1877 y la RStPO del 1/2/1877; las dos entraron en vigencia el 1/10/1879 junto con las restantes llamadas –en conjunto- leyes de la justicia del imperio (ZPO, RAO y KO).
>
> 2.- La StPO está dividida en ocho libros: (p. 14).

De igual manera, desde la publicación de las mismas, han sido modificadas en diversas oportunidades mediante leyes o normas complementarias, rigiendo entre las últimas, la StPO de fecha 07/04/1987 (BGBI.I).

Ahora bien, con respecto a las medidas de aseguramiento probatorio, es denominado por la StPO, por la Sección Octava del Libro Primero, así:

> Section 94. [Objects Which May Be Seized]
>
> (1) Objects which may have importance as evidence for the investigation shall be impounded or be secured in another manner.
>
> (2) Such objects shall be seized if in the custody of a person and not surrendered voluntarily.
>
> (3) Subsections (1) and (2) shall also apply to driver's licenses which are subject to confiscation.

De lo anterior se desprende que el aseguramiento comprende: a) objetos que pueden ser de importancia como medios de prueba, (los cuales serán aseguradas a pesar que no sean entregados voluntariamente); b) permisos para conducir sujetos a confiscación (concedidos por un ente o autoridad alemana).

Profundizando un poco en lo aludido anteriormente, aduce Roxin (2000), que:

> 2.- la orden de aseguramiento conforme al § 94 es obligatoria y presupone, en el marco de la proporcionalidad de la intensidad de la intervención y el grado de sospecha, sólo la sospecha inicial simple. (…) (p. 299).

De igual manera, continúa indicando el referido autor que:

> 1.- A través del aseguramiento oficial se aplica la fuerza estatal sobre los objetos mencionados. La clase de aseguramiento está confiada a la práctica. El 94, I, acentúa como subcaso del aseguramiento la toma oficial en depósito, pero, simultáneamente, permite reconocer (o asegurar de otra manera) que el aseguramiento puede realizarse de las

> maneras más diversas, p. ej. También a través de la prohibición, dirigida al poseedor de la cosa, de modificarla o de disponer de ella. La StPO conoce tres formas de apoderamiento de los objetos asegurados de esa manera:
>
> 1.- El aseguramiento de objetos (en especial, la toma oficial en depósito de las cosas muebles) que son entregados voluntariamente o que no están bajo custodia. Es la forma más sencilla de aseguramiento; para ella están autorizados todos los funcionarios que se ocupan de la persecución penal.
>
> 2.- El secuestro, en sentido estricto, esto es, el depósito oficial, u otro aseguramiento, de un objeto, con motivo de una orden expresa. Está indicado en el caso de objetos que no son entregados voluntariamente pero pueden ser hallados por los órganos de la persecución penal, (en caso necesario, por medio de un registro).
>
> 3.- Finalmente, el forzamiento de la entrega de cosas (muebles) que no son presentadas ni entregadas por el obligado a hacerlo (§ 95, I) a través de la imposición de medios de corrección y de coerción previstos en el §70 (§ 95, II). Tanto para la entrega, como para la imposición de sanciones previstas en el §70 es competente el juez. (p. 299-300).

Al respecto, se denota que el aseguramiento explanado anteriormente, se circunscribe a un aseguramiento de fuentes de prueba, es decir, los objetos asegurados, como aduce Roxin (2000), deben ser importantes para la prueba (p.300).

Ahora bien, existe otro aseguramiento distinto al desarrollado en los artículos § 94 y siguientes (aseguramiento probatorio), referido al aseguramiento desarrollado § 111b y siguientes, que persigue, según Roxin (2000):

> (…) se trata esencialmente, del aseguramiento de la ejecución de la confiscación especial y del decomiso a través del secuestro o del embargo real (Ak-ACHENBACH, §111b-111d, núm. marg. 1). Además, a partir de la OrgKG 1992 hay que añadir el aseguramiento de la pena patrimonial en el sentido del § 43ª, StGB, a través del embargo real o del secuestro total o parcial del patrimonio (§§ 111º, 111p). (p. 312-313).

Visto lo señalado anteriormente, este aseguramiento persigue: a) aseguramiento de la ejecución de la confiscación y el decomiso, a través del secuestro o embargo real, como medidas cautelares, e igualmente, b) aseguramiento de la pena patrimonial, a través del secuestro toral o parcial del

patrimonio. Al respecto, cabe destacar que con respecto a la responsabilidad civil, así como a la devolución de los objetos sustraídos a la víctima, arguye Roxin (2000), lo siguiente:

> Efectos. Ellos están regulados en interior del resarcimiento del ofendido (…). En el marco de este compendio es digno resaltar lo siguiente:
>
> 1.- El secuestro según el 111c no tiene efecto contra una disposición del ofendido a través de la ejecución forzosa o de la ejecución del embargo para asegurar una pretensión derivada de un hecho punible (111g, I, ver además II). Si a causa de una pretensión semejante, el ofendido ha obtenido un aseguramiento real a través de la ejecución forzosa o de la ejecución del embargo, él puede pretender la preferencia sobre la cosa frente a una hipoteca de aseguramiento en razón del 111, d, Ii, en relación con el 932, ZPO (111h, I).
>
> 2.- El secuestro no sólo conduce a que surja la prohibición de Derecho público de malversar y de una relación de depósito del Derecho público –en caso de la toma oficial en custodia de cosas muebles-; sino que, ante todo tiene como consecuencia una prohibición relativa de disponer amplia en el sentido del 136, BGB (111c, V), que, en consonancia con el 111g, III y V, también opera en favor del ofendido.
>
> 3.- Las cosas muebles secuestradas que le han sido sustraídas al ofendido a través del hecho punible, deben serle entregadas tan pronto como sea posible, en tanto no se tome conocimiento de la existencia de pretensiones de terceros que lo impida (111k). Sobre la venta urgente ver 111l. (p. 314-315).

Se denota que se establece en relación a las cosas muebles sustraídas, deben ser entregadas lo ante posible, así, se estatuye el secuestro que no tiene efecto contra una disposición del ofendido a través de la ejecución forzosa o del embargo, para asegurar una pretensión del hecho punible.

2.- La Tutela Preventiva y Cautelar en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1998) surge en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ente creado en 1957 en la ciudad de Montevideo, con ocasión a las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, en tal sentido, dicho Instituto, elaboró dos instrumentos: 1) Código Procesal Penal Modelo (1998) y 2), Código Procesal Civil Modelo (1998), con la finalidad que sirvan de inspiración o modelo para las reformas jurídicas pertinentes

en Iberoamérica, en virtud de la elaboración científica que ha desarrollado el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, coincidiendo muchos aspectos con las tendencias procesales mundiales que procuran la salvaguarda y respeto del Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, en referencia al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1998), es preciso advertir que el mismo consagra algunos aspectos relacionados con las medidas que van en sintonía con la presente tesis, al respecto, se debe indicar que se consagran una serie de principios procesales entre los cuales figura la presunción de inocencia, institución propia de los sistemas predominantemente acusatorios, establecida específicamente en el artículo 3 que dispone el tratamiento del imputado como inocente y que las medidas posibles en contra del imputado, son las que el código autoriza, las cuales serán excepcionales, proporcionales y taxativas. Asimismo, las disposiciones que afectan la libertad, deben ser interpretadas restrictivamente, prohibiéndose la analogía in malam partem.

Ahora bien, se establece en términos generales la existencia de un poder coercitivo, el cual está referido al empleo de la fuerza pública -de ser necesaria-, para la aplicación de las medidas necesarias en aras de materializar los actos ordenados en el proceso penal, tal como se observa en el artículo 140 *ejusdem*, el cual recae sobre los tribunales.

En tal sentido, tal como se ha explicado a través de esta investigación, el término coerción es un término más amplio empleado usualmente en materia de medidas para significar el carácter “coercitivo”: “empleando la fuerza”, para el ingreso a esfera de derechos individuales de las personas, por ello se emplea de manera genérica en el campo de las medidas para designar la fuerza, sin embargo, no es un término propio de la teoría general del proceso.

Ahora bien, manteniendo la estructura que ha acompañado la investigación, en primer término, es preciso plasmar las disposiciones que contemplan normas referidas a la tutela preventiva, así ubicamos en relación a las 1) medidas preventivas de aseguramiento real (aseguramiento probatorio), al indicarse que la persecución penal implicará conservar elementos de prueba que se perderían con

la demora, siendo facultad de la policía, sin afectar la necesidad de autorización cuando corresponda (artículo 229).

Igualmente, existe en el artículo 160, la institución de entrega de cosas y documentos, secuestro, que recae sobre las cosas y documentos relacionados con el delito o de importancia para la investigación. Estableciéndose un catálogo de cosas no sometidas a secuestro (artículo 161), la orden de secuestro (artículo 162), el procedimiento (artículo 163), la devolución de cosas y documentos (artículo 164), el secuestro de documentos (artículo 165), apertura y examen de correspondencia (artículo 166) y la clausura de locales (artículo 168).

De los anteriores artículos se desprende que existen diversas disposiciones relativas al aseguramiento de elementos de convicción o fuentes de prueba, similares a las estatuidas en el Código Orgánico Procesal Penal (2012), no obstante, difieren principalmente en que se atribuye una denominación expresa al aseguramiento, que en este caso se titula “secuestro” que operará cuando no sean entregadas u obtenidas voluntariamente las fuentes de prueba, y además, la regla general es que para que opere el aludido secuestro, es menester que medie orden judicial previa, con sus respectivas excepciones en caso de demora.

Por otra parte, se incluye la clausura de locales, siendo esta procedente cuando en virtud de una investigación fuere indispensable la clausura de un local o inmovilización de cosas muebles, que no puedan ser depositadas, se asegurarán conforme a las reglas del secuestro.

Por otra parte, con respecto a las *2) medidas preventivas de aseguramiento personal* se precisan, *a) La aprehensión en aprehensión en Flagrancia*, b) *El mandato de conducción* y c) *la conducción coactiva de testigos y otros sujetos procesales.*

a) La aprehensión en aprehensión en flagrancia se consagra en el artículo 200, el cual consagra que es un deber practicar la aprehensión. Siendo entregado de inmediato a la autoridad policial o judicial más próxima, incluyendo las cosas que guarden relación y sean de interés penal.

b) El mandato de conducción: Al respecto, esta institución presenta una diferencia con la tendencia doctrinal venezolana de proscribirlo cuando se trata del imputado, limitándolo a otros sujetos, que en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1998), si opera para el imputado, tal como lo consagra el artículo 292 del aludido Código.

c) La conducción coactiva de testigos y otros sujetos procesales: esta se aplica según el artículo 138 que consagra la citación, plasmándose el apercibimiento en casos de no comparecencia, abarcando incluso la posibilidad de detención por el tiempo que dure el acto, con un tiempo máximo de 12 horas.

Ahora bien, con respecto a las *c) medidas preventivas de protección* se precisa que el Código no contempla expresamente las mismas, no obstante, se visualizan algunas disposiciones que pueden sustentar algunas medidas de esta naturaleza, como la prohibición del imputado acercarse a determinadas personas o mantener comunicación (artículo 209 *ejusdem*).

Ahora bien, plasmadas las normas relativas las disposiciones que consagran la tutela preventiva, pasamos a ubicar las normas que regulan la tutela cautelar, por ello, en primer término, se citan las *1) medidas cautelares de coerción personal (prisión preventiva)*

La prisión preventiva alberga una regulación completa en el Código analizado, y con una gran cantidad de aspectos similares al Código adjetivo venezolano, así, el artículo 202 del Código Modelo, estatuye la regla principal de la prisión preventiva, cuando existan elementos de convicción suficientes, así como una presunción razonable de peligro de fuga u obstaculización.

Del artículo anterior se desprende la consagración de los requisitos de procedencia de la medida, denominados por la doctrina como *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora*, desarrollados en los artículos 203 y 204 *ejusdem*, del Código analizado.

Por otra parte, se regula lo atinente a los aspectos procedimentales, tales como la competencia, forma y contenido de la instrucción, regulada en el artículo 205 del Código Modelo, los aspectos que circundan la orden de detención, en el

artículo 206 *ejusdem*, así como la obligación de comunicación de la orden y su respectiva regulación, estatuida en el artículo 207 *ejusdem*.

En el mismo orden de ideas, el artículo 208 *ejsudem* regula lo atinente a la cesación del encarcelamiento, la cual es muy similar a la regulación hecha por el Código venezolano, tales como al variar las condiciones que la motivaron, la duración, entre otras, destacándose que esta regulación es más benigna que la del Código adjetivo de Venezuela, al establecerse una duración máxima de un año, sin que se hubiera dictado sentencia condenatoria, prorrogable únicamente por tres meses más.

De igual manera, se consagran las medidas cautelares sustitutivas, en el artículo 209 *ejusdem*, indicándose que deben evitarse, sin embargo, preferirse ante la prisión preventiva, contando con un catálogo de medidas como el arresto domiciliario, sometimiento a cuidado o vigilancia, presentación periódica, prohibición de salir del país, prohibición de concurrir a reuniones, o a visitar lugares, prestación de caución económica (excepto en los casos de pobreza).

Por otra parte, se establecen las cauciones, con una regulación similar a la venezolana, consagradas en los artículos 211, 212 y 213 del Código Modelo analizado.

De igual manera, se consagra en el artículo 214 *ejusdem*, la denominada incomunicación del imputado privado, por un plazo máximo de 48 horas, en casos en los cuales se presuma obstaculización de la verdad. Al respecto consideramos que la misma es innecesaria, en virtud que precisamente ya el imputado se encuentra privado de libertad y puede incidir en el derecho a la defensa.

Asimismo, el artículo 217 *ejusdem* dispone el tratamiento al privado de libertad, estableciendo reglas relacionadas con el respeto de los derechos humanos del mismo.

Por último, el artículo 218 *ejusdem*, regula el examen de las medidas de coerción personal, las cuales pueden ser modificadas, aun de oficio, así como su revisión periódica o a petición del imputado.

Ahora bien, el Código analizado plasma la existencia de las *2) Medidas Cautelares de Coerción Real*, reguladas en el artículo 222, incluyendo el embargo, la inhibición y demás medidas (sin especificarse cuáles), para la multa, reparación y sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, se rigen por la ley de procedimientos civiles, siendo competente para el procedimiento el juez de la instrucción.

De los artículos *supra* indicados, se logra apreciar una regulación similar a la del Código Orgánico Procesal Penal (2012), en el sentido de la remisión a la aplicación de los procedimientos civiles, lo cual es lógico, en virtud que se trata de medidas que principalmente procuran el aseguramiento de la responsabilidad civil derivada del delito (que abarca la reparación y restitución), no obstante, dicha disposición es más diáfana que la remisión que realiza el Código Orgánico Procesal Penal (2012), en virtud que la misma establece expresamente que se trata de medidas de coerción para garantizar la reparación civil, a diferencia del Código adjetivo venezolano que las contempla para el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, sin entrar a discriminar cuál finalidad de aseguramiento se procura, que puede ser variada u obedecer distintos fines, en virtud que sobre bienes pueden recaer medidas de aseguramiento con principal finalidad probatoria o cautelares con la finalidad de asegurar la responsabilidad civil.

Por otra parte, se denota que se plasman como medidas típicas el embargo de bienes y la inhibición, además, se estatuye que se pueden aplicar las demás medidas de coerción.

Así quedan precisadas las disposiciones del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1998), las cuales se puede aducir que son armoniosas con la tesis aquí planteada, excluyéndose las deficiencias que se pueden presentar (tales como la ausencia de regulación de medidas de protección, la remisión total a la aplicación de las medidas cautelares de coerción real a la legislación adjetiva civil), e incluyéndose los aspectos que consideramos positivos, tales como el manejo de secuestro cuando se trate de bienes asegurados con finalidad probatoria, con su respectivo requisito de orden judicial previa –con sus respectivas excepciones-, así,

como la remisión expresa de las medidas cautelares reales, sin que quede dudas que se trata de las mismas.

3.- Propuesta teórica de medidas para el proceso penal (Tutela jurisdiccional diferenciada de medidas preventivas y cautelares)

La siguiente propuesta surge en virtud de la necesidad de contar con un sustento teórico para el estudio de las medidas aplicadas en el proceso penal, para ello, se propone partir de los fundamentos de la teoría general del proceso, sin menoscabar las características propias del sistema procesal penal de corte acusatorio que rige en Venezuela, es menester partir de una teoría de las medidas para el proceso penal, la cual se erige, sobre la base de la denominada tutela judicial efectiva, en su forma diferenciada, que alberga la tutela preventiva y cautelar, todas instituciones analizadas desde la óptica de la teoría general del proceso, siendo este el fundamento dogmático básico de este trabajo. Ahora bien, en vista de lo indicado surge la principal problemática observada en este trabajo, que radica en *a) la falta de sustento teórico en el manejo de las medidas y la necesidad de organización y sistematización en el tratamiento de las aludidas instituciones* (propuesta teórica):

Ante tal escenario, surge la propuesta teórica basada en la *tutela preventiva* y cautelar (formas diferenciadas de tutela), siendo que la primera se dirige a agrupar las medidas que persiguen la salvaguarda de los derechos de las partes intervinientes en un proceso o derivados del proceso mismo, tales como las medidas de aseguramiento personal, medidas de aseguramiento real y medidas de protección.

Por otra parte, se maneja una tutela cautelar, que agrupa únicamente a las medidas que tienen como finalidad asegurar la eventual ejecución de un fallo, es decir, procuran asegurar una decisión judicial para que no quede ilusoria, ubicándose básicamente dos categorías que escinden entre medidas cautelares personales y medidas cautelares reales. En tal sentido, la propuesta teórica queda estructurada así:

1.- Medidas preventivas (Tutela preventiva)

1.1.- Medidas de aseguramiento
- a.- Medidas de aseguramiento personal
  - a.1.- Sobre el imputado
    - a.1.1.- Aprehensión en flagrancia
  - a.2.- Sobre la víctima y otros sujetos procesales
    - a.2.1.- Mandato de conducción
    - a.2.2.- Comparecencia coactiva de testigos
- b.- Medidas de aseguramiento real
  - b.1.- Medidas de aseguramiento con finalidad probatoria

1.2.- Medidas de protección
- a.- Medidas de protección de víctimas y testigos
- b.- Medidas para la Defensa de la Mujer
- c.- Medidas de protección de niños y adolescentes
- d.- Medidas de protección ambiental
- e.- Medidas de protección en casos de secuestro y extorsión

2.- Medidas Cautelares (Tutela Cautelar)

2.1.- Medidas cautelares de coerción personal
- a.- Medida cautelar privativa de libertad
- b.- Medidas cautelares sustitutivas de la Privación de Libertad

2.2.- Medidas cautelares de coerción real
- a.- Medidas cautelares nominadas

En vista de lo anterior, se procede a detallar groso modo, el significado y alcance de cada una de las aludidas medidas:

1).- Medidas Preventivas

1.1). - Medidas de aseguramiento de personas, cuya finalidad será la de asegurar que determinadas personas cumplan con los cometidos del proceso o que se les garanticen sus derechos. Entre las que destacan, 1.1.1.- Aquellas que recaen sobre testigos, expertos y otros sujetos procesales, a saber: 1.1.1.1- Mandato de

Conducción y Comparecencia coactiva de testigos y expertos, y; 1.1.2.- Aquellas que recaen sobre el imputado, a saber: 1.1.2.1.- Aprehensión en Flagrancia.

1.2). - Medidas de aseguramiento de bienes, cuya finalidad será la de asegurar bienes (objetos activos y pasivos) en aras de la eventual actividad probatoria, manifestándose en sus diversas modalidades (decomiso –colección de bienes-, incautación y clausura preventiva).

1.3).- Medidas de protección de víctimas, testigos y otros sujetos procesales: las cuales estarán destinadas a garantizar la integridad física y psíquica de las referidas partes que hacen vida en el proceso, en vista de su carácter de vulnerabilidad y exposición, en virtud del proceso penal. Estas medidas abarcarán las materias de protección clásica de víctimas y otros sujetos procesales, así como la materia de protección de la mujer, de los niños y adolescentes, de víctimas por delitos de delincuencia organizada (secuestro, trata de personas, tráfico de personas, drogas, entre otros), protección del ambiente, protección de los animales (a pesar que no son víctimas, son objeto de protección), entre otros.

Incluso, en virtud de la amplitud del tema en virtud de la especialidad, en caso que se dificulte su inclusión en un Código adjetivo único, se sugiere manejar una ley especial para albergar tales medidas, no obstante, las bases fundamentales referidas a su materialización, deben estar en el Código adjetivo principal, en aras que se respete la teorización en materias de medidas.

Ahora bien, en virtud de la teoría manejada, que escinde entre tutela preventiva y tutela cautelar, a continuación, se plasma lo referido a las medidas cautelares, las cuales pueden ser confeccionadas al siguiente tenor:

2).- Medidas cautelares

2.1.-) Medidas cautelares personales

2.*1.1-) Medidas cautelares personales privativa de libertad,* que recaerán únicamente sobre el imputado y tendrán como finalidad, asegurar un eventual fallo, que, en este caso, radica en la imposición de una pena corporal.

2.1.2). - Medidas cautelares personales sustitutivas a la privativa de libertad, estas radicarán en sustituir la aplicación de medidas privativas de libertad, por otras

menos gravosas, que incidan en menor medida, con respecto al derecho fundamental a la libertad ambulatoria. En tal sentido, estas medidas deben ser ampliadas y ser tomadas en consideración con preferencia, en relación la privación preventiva.

2*.2.). - Medidas Cautelares Reales*

2.2.1). - Medidas Cautelares Reales típicas, las cuales tendrán por finalidad asegurar la eventual ejecución de un fallo, únicamente en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del delito. Ratificamos el aspecto de típicas, en virtud que tal como está concebido en la actualidad, consideramos improcedente la aplicación de las medidas indeterminadas e innominadas, por las razones explicadas en el capítulo anterior. Así, la responsabilidad civil derivada debe redefinirse, en aras de determinar su alcance y relacionarla con las medidas cautelares reales.

2.2.2.). - Medidas cautelares reales para garantizar penas pecuniarias. Esta nueva inclusión obedece a la inexistencia de medidas cautelares reales destinadas exclusivamente a garantizar la eventual pena de carácter pecuniaria que se pueda aplicar en el marco de un proceso penal.

La anterior clasificación refleja la estructura que debe observarse en materia de medidas, conforme a la teoría general del proceso, en la cual se le otorga el tratamiento de preventivas a aquellas medidas que persiguen salvaguardar los derechos de las partes en el marco de un proceso y cautelares, a aquellas medidas que persiguen garantizar la eventual aplicación o ejecución de un fallo, que en materia penal recae exclusivamente sobre penas, sean estas corporales o incorporales.

Vale destacar que esta clasificación es un constructo teórico emanado de esta investigación, al estudiarse los fundamentos dogmáticos de la tutela preventiva y cautelar, aplicados al proceso penal, entendiendo las particularidades de este último, que en la legislación venezolana atiende a principios propios de los sistemas acusatorios, lo cual propició ubicar cada una de las medidas aplicadas al proceso, ubicadas según su estructura ontológica particular.

Por otra parte, surge otra problemática que radica en *b) la necesidad de sistematización y precisión de los principios aplicados en materia de medidas*, que surgen como aquellos fundamentos indispensables para la interpretación y aplicación de las medidas, los cuales se encuentran dispersos en la legislación procesal penal venezolana e incluso, en ocasiones no están expresamente regulados, no obstante, se desprenden del estudio de la dogmática, a la cual se le otorga solución mediante la siguiente enunciación de principios básicos para el sistema de medidas, a saber:

1.- Carácter excepcional de las medidas;
2.- Carácter restrictivo en interpretación y aplicación;
3.- Medidas expresas;
4.- Principio de proporcionalidad;
5.- Sólo afectan el interés particular;
6.- Prohibición de medidas dictadas de oficio (solicitud expresa de las partes);
7.- Prohibición de pronunciamiento sobre el fondo o anticipar efectos de fallo;
8.- Respeto a la dignidad humana en su ejecución;
9.- Procedencia en circunstancias extraordinarias.

En vista de los anteriores principios, estos se presentan estructurado conforme a una propuesta inédita que los agrupa con la finalidad de superar el manejo asistemático que tradicionalmente se realiza. Igualmente, más allá, que tales principios puedan derivarse de normas constitucionales, o estar dispersos, es necesario que sean considerados en todo momento, cuando se apliquen medidas.

Asimismo, los principios indicados aplican para todas las medidas, superándose así la concepción que predomina de considerar que en su mayoría están referidos a la medida privativa de libertad, obviando la existencia de otras medidas de medular importancia, tales como las preventivas (aseguramiento probatorio –bienes-, aseguramiento personal o de protección). En tal sentido, es menester trabajar con la sistemática presentada, que sirve de piedra angular sobre la cual descansa el sistema preventivo y cautelar de medidas que rige en materia penal.

Por último, vale destacar que los principios antes expuestos, parten y comulgan con el sistema procesal penal de corte acusatorio venezolano y adicionalmente, sobre la base de los mismos se da solución a diversos aspectos que se erigen como vicios o problemas en el ámbito de aplicación de estas medidas.

Por otra parte, como consideración de lege ferenda, surge la *c). - Necesidad de codificar las normas que regulan las medidas en un único instrumento,* partiendo de la clasificación expuesta, en aras de simplificar y sistematizar las medidas, las cuales no solo deben atender a la clasificación, sino incluir expresamente el reconocimiento de los principios *in commento*.

Esto se inscribe en lo consagrado en el artículo 202 de la Constitución (1999) el cual dispone que:

> Artículo 202. La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. **Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos**. **(Resaltado nuestro)**

Visto lo anterior, ya la Constitución adelanta una idea de la codificación, la cual a decir de la propia carta magna, son ese grupo de normas relativas a una determinada materia, las cuales se deben erigir como Códigos, aspecto que contribuye a un manejo sistemático de las instituciones afines.

Tal situación no aplica en nuestra legislación penal, tanto en el ámbito material ni en el procesal, en virtud que se precisan una gran cantidad de normas que regulan materias que deberían estar en un Código único, tanto a nivel penal sustantivo (Rionero y Mila, 2012), como a nivel procesal penal. La codificación simplifica la aplicación de las normas, ya que al encontrarse todas en un cuerpo único, no se debe indagar en un centenar de leyes que en muchas ocasiones presentan antinomias o normas antagónicas, con lo cual se exige un mayor detenimiento para la resolución de casos presentados, tal como ocurre a nivel sustantivo con los concursos de delitos o la regulación de normas procesales medidas de manera solapada, que en ocasiones coliden.

El manejo codificado y sistemático de las normas es sinónimo de seguridad jurídica, por ello, las normas relativas a las medidas aplicadas al proceso penal,

deben reposar unificadas y codificadas, en aras de manejar un sistema coherente y según la teoría procesal.

Ahora bien, otro de los problemas que ameritan una solución es el relacionado con la d*). - Necesidad de unificar la terminología empleada en materia de medidas:*

Al respecto, independientemente de la terminología que se quiera adoptar con respecto a las medidas, es necesario, que esta tenga coherencia, es decir, si se va a tomar en consideración que el decomiso, se erigirá como un aseguramiento de objetos activos y pasivos, de manera preventiva con la finalidad de garantizar el derecho a prueba, ello debe sostenerse en toda la normativa al respecto, es decir, no enfocarla en algunas normas como si se tratara de la misma institución, igualmente con la incautación, institución que en diversas normas se emplea para referirse a bienes de ilícito comercio y en otras como sinónimo del decomiso.

Al respecto sugerimos manejar el término *aseguramiento preventivo*, con la finalidad de hacer referencia al aseguramiento probatorio, y que tal aseguramiento abarque el decomiso (incluyendo la recolección de bienes), incautación y clausura preventiva. En todo caso, independientemente del *nomen iuris* que se pretenda otorgar a cada institución, esta debe ser uniforme en el ordenamiento jurídico.

Igualmente, quedó demostrado en este trabajo que las medidas en general, no pueden ser consideradas todas de carácter cautelar, ya que éstas, poseen unas características y naturaleza específica, que no está presente en todas las medidas. Esto es importante destacarlo, en virtud que la doctrina patria (Bustillos y Rionero, entre otros), afirman que el Ministerio Público posee un poder cautelar, sin embargo, la doctrina mundial mayoritaria, incluso los tratadistas en materia de medidas más reconocidos en Venezuela (p. ej, Ortíz-Ortíz), son contestes en afirmar que las medidas cautelares únicamente pueden ser dictadas por el poder judicial, excluyéndose toda idea que indique o endilgue a otro poder, tal facultad.

En vista de lo indicado, es por ello que en este trabajo se escinde entre medidas de carácter preventivo y medidas de carácter cautelar, independientemente que se pretenda incluir el término coerción, el cual puede

acompañar perfectamente a los anteriores, no obstante, por sí solo no determina o soluciona la problemática planteada, ya que carece de contendido dogmático desde el punto de vista de la teoría pura del proceso.

Ahora bien, en vista que este trabajo se basa en la tutela preventiva y en la tutela cautelar, a fin de dar solución a la problemática específica de cada medida, se procede a plasmar la solución de cada problema, conforme a la estructura propuesta:

1).- Medidas preventivas

1.1).- Medidas de aseguramiento de personas,

1.1.1.- Aprehensión en flagrancia: El manejo de la flagrancia debe ser unificado, suprimiéndose la flagrancia que opera en materia de protección a la mujer, en virtud que la misma desnaturaliza la figura clásica de la flagrancia y pervierte el manejo de la misma. Adicionalmente, consideramos que debe suprimirse la figura del efecto suspensivo dispuesta en el artículo 374 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), la cual es contraria a los postulados del artículo 44 constitucional, en sus numerales 1 y 5, que se traducen en el derecho a la libertad personal, el cual debe prevalecer una vez dictada orden de excarcelación por parte de la autoridad competente, siendo ejecutada de inmediata, sin consideración alguna al delito o la pena.

Por otra parte, se debe recuperar el sentido de la flagrancia en aras de evitar el tratamiento inequívoco de la institución, en casos como el de altos funcionarios, en los cuales, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, ha calificado flagrancias inexistentes, por delitos que no evidencian los elementos de actualidad e inmediatez que implican que el hecho está cometiéndose, acaba de cometerse, o se aprehende a poco con elementos que implican autoría o participación en el mismo. En aras de evitar que se procure calificar flagrancias con respecto a altos funcionarios y así burlar la normativa que exige la autorización de la Asamblea Nacional para proceder a detener y enjuiciar a un alto funcionario.

1.1.2.- Mandato de Conducción

En virtud de la constante discusión relativa a que si el mismo procede o no contra el imputado, nos inclinamos por aducir que no, en tal sentido, consideramos que debe establecerse expresamente en la normativa, que no procede contra el mismo.

1.1.3.- Comparecencia coactiva de expertos y testigos

En relación a este punto, debe revisarse lo relativo a los dos llamados para localizar al testigo para su conducción a la fuerza pública, prescindiéndose de la prueba en caso que no se localice, en virtud que puede traducirse en una medida ilusoria de la conducción coactiva, es decir, deben establecerse mayores mecanismos que impliquen la comparecencia obligatoria de los referidos sujetos, bien sea incrementar los llamados o extenderse su lapso de recepción, en aras de no prescindirse de la prueba.

1.2).- Medidas de aseguramiento de bienes:

Con relación a las medidas de aseguramiento preventivo de bienes (con finalidad probatoria), lo primero que debe destacarse es la necesidad de regular la terminología a emplearse, en virtud que internacionalmente presentan diferentes terminologías e incluso en el propio ordenamiento jurídico venezolano presentan marcadas diferencias, según la ley que se trate, incluyendo el tratamiento en el propio Código Orgánico Procesal Penal.

En tal sentido, se incentiva a ampliar la regulación de las medidas de manera unificada, estableciéndose el alcance y finalidad de las mismas, en aras que se subsane que existen interrogantes, tales como la duración de las mismas (que por supuesto se entiende que están supeditadas a las respectivas fases del proceso) se establece de forma muy genérica que los objetos serán devueltos lo antes posible y una vez que no sean de utilidad para la investigación. Sin embargo, existe otra normativa relacionada con la exhibición de objetos en otras fases del proceso, en tal sentido, tales normativas evidencian una antinomia, ya que si los objetos son devueltos, pierde vigencia la exhibición.

Ahora bien, existen formas de manifestación de las medidas de aseguramiento probatorio (decomiso, incautación, recolección de bienes o clausura preventiva), de las cuales, las dos primeras (decomiso e incautación), son totalmente similares, variando únicamente la calidad o condición del bien, si se trata de bienes de ilícito comercio o prohibida circulación, los cuales por lógica no pueden ser devueltos sino destruidos, a diferencia del decomiso, que si implica su devolución, por lo cual este último es temporal, a diferencia de la incautación, por ello se puede simplificar su tratamiento, estableciéndose su agrupamiento en dos grandes categorías.

Por otra parte, la recolección de bienes, perfectamente puede coincidir con el decomiso, no obstante, parte de la doctrina ha insistido en indicar que se trata de bienes de escaso valor, sin embargo, tal diferenciación no es suficiente, sustentada en el escaso de un bien, en virtud que pueden recogerse bienes de alto valor que albergan piezas o elementos de convicción, tales como huellas, rastros o cualquier otra evidencia, por ello, tal construcción dogmática consideramos que puede incluirse en lo que sería el decomiso (más allá que en este trabajo expongamos otra denominación como propuesta teórica en aras de seguir el manejo de manera unísona con la legislación mundial).

Asimismo, en lo atinente a la clausura asegurativa, debemos advertir que tal clausura debe contar con un sustento legislativo, ya que no se puede incidir en derechos fundamentales tales como la propiedad y otros derechos reales, que implique su menoscabo, así, únicamente cuando así lo establezca una norma (siempre que de igual manera esa norma cumpla o respete otros principios propios del Estado Constitucional de Derecho) que justifique su aplicación. Igualmente, lógicamente se infiere que se realizará una especie de clausura momentánea de carácter preventivo, pero que es propia de una investigación cuando por ejemplo se practica una inspección, un allanamiento, o se requiere obtener un elemento de convicción, se va a traducir en la clausura momentánea de un local o inmueble, a pesar que previamente no exista una normativa que así lo permita.

Adicionalmente, se ha desconfigurado la aplicación de algunas disposiciones que contemplan la aludida institución, por ejemplo: Ley Orgánica de Drogas (2010), la cual no pueden aplicarse en materia ordinaria, en virtud que el objeto y ámbito de

la ley está delimitado a ciertos tipos penales relacionados con drogas, sin que ello puede aplicarse extensivamente a otros, ya que toda la tutela preventiva al igual que la cautelar, rige el principio de interpretación y aplicación restrictiva de las mismas.

Otro caso palpable se evidencia en la Ley contra el Secuestro y la Extorsión (2009), en su artículo 23, que estatuye el aseguramiento de bienes muebles o inmuebles empleados o provenientes de la perpetración de los delitos tipificados en la referida ley, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su aseguramiento en la investigación penal. Sin delimitar el alcance de tal aseguramiento, o cuál finalidad. Dicho lo anterior, se ratifica la necesidad de regular el tema de forma medular en el instrumento rector a nivel procesal, la cual es el Código Orgánico Procesal Penal.

Por otra parte, en vista que la doctrina suele estudiar la pena de comiso y la institución de la confiscación, en la temática de las manifestaciones de las medidas de aseguramiento probatorio, es menester indicar que no existe un régimen de medidas que justifiquen su aplicación para imponer la eventual pena de comiso, y en su defecto, la posterior confiscación. Tal señalamiento obedece a que las medidas de aseguramiento con fines probatorios, persigue principalmente asegurar bienes u objetos, con el objetivo de asegurar las fuentes de prueba generadas con la presunta comisión del delito, sin menoscabo que al practicarse tales aseguramiento, en principio pueden coincidir con un fin de conservación de las mimas, un fin preventivo para que no se siga cometiendo delitos mediante el empleo de determinados objetos, o la finalidad de sacar de circulación bienes o sustancias peligrosas, entre otros. Igualmente, puede generarse un aseguramiento preventivo *prima facie* de objetos, que posteriormente pueden ser objeto de aseguramiento cautelar.

Por otra parte, en la legislación venezolana las medidas cautelares reales recaen o se materializan exclusivamente para asegurar una eventual responsabilidad civil derivada del delito, siendo discutido la aplicación de las medidas innominadas, en virtud que estas últimas surgen para precaver un daño a

cualquiera de las partes, no obstante, para ello en sede penal se generan las medidas preventivas de protección o de aseguramiento de personas.

Así, no se justifica la aplicación de las medidas antes mencionadas, con la finalidad de garantizar exclusivamente la imposición de una pena de comiso, en virtud que no contamos con un catálogo de medidas exclusivas para ello, siendo el objeto de las medidas preventivas de aseguramiento es asegurar fuentes de prueba, por su parte, las medidas cautelares personales están destinadas a la imposición de una pena corporal y las medidas cautelares reales están concebidas con la finalidad de garantizar la responsabilidad civil derivada del delito, que no puede ser confundida con la aplicación de penas de carácter pecuniario.

De esa manera surge la necesidad de ampliar las medidas cautelares reales a la finalidad de asegurar la imposición de penas de carácter pecuniario, teniendo presente que una de las tendencias modernas del derecho penal es el de imponer penas no necesariamente corporales sino pecuniarias, incluyendo las multas.

3).- Medidas de protección de víctimas, testigos y otros sujetos procesales:

Con respecto a estas medidas, es importante clarificar que estas no pertenecen al ámbito cautelar sino al ámbito de la tutela preventiva, ya que se procura salvaguardar derechos de las partes en el marco de un proceso. Ahora bien, el Código Orgánico Procesal Penal (2012), como instrumento procesal penal principal, no establece un régimen de medidas de protección para la víctima, a pesar que pregona que uno de los fines del proceso es la protección de la víctima y la reparación del daño. Dicha regulación principal se encuentra en una Ley especial suscrita con la finalidad de honrar compromisos internacionales, la cual abarca un catálogo amplio, en su regulación que abarca a diversos sujetos procesales, obviándose una protección más profusa a los denunciantes que no necesariamente son víctimas.

Ahora bien, además de la referida normativa, cada materia penal colateral ha ido ampliando el catálogo de medidas, lo cual ha implicado que cada materia o catálogo de tipos penales, tenga su propio catálogo de medidas, tal como ocurre en materia de protección a la mujer, víctimas de secuestros o extorsión, protección del

ambiente, entre otras, siendo que otras materias carecen de regulación de protección penal, tal como ocurre con la protección al patrimonio cultural, cuya ley data del año 1993 y no contempla una regulación que implique la protección de los bienes sujetos a ser salvaguardados en virtud de su carácter de patrimonio cultural.

Todo lo indicado implica que se debe realizar una codificación del catálogo de medidas de protección que forman parte de la tutela preventiva, en virtud que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico. En todo caso, tal codificación, debería encontrar cobijo en un capítulo del Código Orgánico Procesal Penal, o en su defecto, en una ley que reúna todo lo atinente a dichas medidas de protección, en aras de no contar con diversas leyes que así las consagren.

Por otra parte, en materia de protección de la mujer, en la Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014), se evidencian graves fallas a nivel dogmático, al estatuir como medidas de protección, en su artículo 90, se establecen medidas que son cautelares personales que inciden en la esfera de derechos individuales, tales como el arresto, la retención de armas, independientemente del oficio que tenga el imputado en el cual pueda depender de esas armas, la salida del inmueble, a pesar que el mismo pueda ser de su exclusiva propiedad, la imposición de sustento, además de estatuir medidas indeterminadas, como facultad extensiva y de interpretación amplia, y de aplicación extrajudicial, por parte de los órganos receptores de denuncia, que puede ser desde un órgano de policía, hasta una jefatura, aspecto que ha sido constátenme criticado por parte del foro penal, en virtud del ligero tratamiento a ciertos derechos fundamentales, empleado como excusa la protección de la mujer. Ante tal escenario, ciertamente la mujer requiere una protección absoluta, sin embargo, debe revisarse el catálogo de medidas antes indicadas y realmente considerar medidas que sean de protección, excluyendo otras que persigan una finalidad distinta, o en todo caso, regular en detalle las *supra* criticadas.

Situación similar ocurre con las medidas de protección consagradas en la legislación de secuestro y extorsión, en la Ley contra el Secuestro y la Extorsión (2009), se consagra en su artículo 15, una denominada actuación de protección, indicando que está destinada a proteger la integridad física de la víctima, de sus

parientes y patrimonio, siendo este último, sujeto a practica de medidas de protección, que radica en la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de los bancos, entidades de ahorro, y otras instituciones financieras, así como notarías y registros, en aras de evitar que se cancele suma alguna por pago de rescate en secuestro o pagos de extorsiones.

Tal situación de ninguna manera representa una medida de protección, en todo caso, está referida a salvaguardar un patrimonio y a evitar que se paguen los denominados rescates, sin embargo, la única forma en la cual deba ser asegurado en materia penal, es en virtud de una orden judicial, destinada a asegurar la eventual responsabilidad civil derivada del delito y contra le imputado, o personas interpuestas (aspecto tratado más adelante), de ninguna manera contra la víctima o parientes, que no pueden ser limitadas en sus derechos, más allá de las razones de política criminal, no puede exigírseles actuar de otra manera (miedo insuperable).

Así, notamos otro manejo erróneo de las medidas, que puede dar paso a arbitrariedades, en virtud que ni siquiera se establece un tiempo de duración o alcance de la misma, así como la indeterminación de referencia a parientes cercanos.

Por otra parte, en el caso de la materia de protección de niños y adolescentes, no es claro el tratamiento que se otorga mediante las medidas de protección, es decir, no puede inferirse claramente si se trata de medidas administrativas o medidas de protección abarcadas por el ámbito penal, en virtud que los artículos 127 y 128 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015), regulan el abrigo y la colocación familiar, respectivamente, que son instituciones observadas en procedimientos especiales que no son de carácter penal. Igualmente, la aludida Ley consagra que el órgano competente para dictar las referidas medidas, es el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en sede administrativa, salvo los literales i) y j), que son impuestas por el Juez competente. Luego, los artículos 130, 131 y 132 *ejusdem*, contemplan aspectos procedimentales de las medidas, tales como la aplicación, los principios, su modificación y revisión, y aspectos administrativos de las entidades de atención, sin

que se desprenda expresamente que dichas medidas tienen cabida en el ámbito penal.

En tal sentido, a pesar que se esté tramitando una causa en sede penal, en la cual un niño puede ser víctima o afectado indirectamente, se deberían aplicar medidas de protección que impliquen su protección integral conforme al principio de prioridad absoluta. Asimismo, dispone el artículo 532 *ejusdem*, que cuando un niño o adolescente menor de 14 años se encuentre incurso en un hecho punible, sólo se aplicarán medidas de protección en razón de su inimputabilidad, lo cual demuestra la intención de proteger al niño o adolescente, incluso al tener responsabilidad penal.

En vista de lo anterior, es necesario incluir la protección de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de las medidas preventivas de protección, en virtud que el ordenamiento que regula su protección no es diáfano al desarrollar medidas específicas para el ámbito penal.

Por otra parte, en materia ambiental, la Ley Penal del Ambiente (2012), contempla un catálogo de medidas en su artículo 8, que denomina precautelativas, nomen iuris que no es aceptado en la dogmática de las medidas preventivas y cautelares, ya que es inexistente el carácter precautelar de una medida, en todo caso se trata de medidas preventivas de protección ambiental.

Asimismo, de la revisión del aludido catálogo se visualizan algunas medidas que ciertamente son preventivas de protección y que en virtud de la particularidad de la protección del ambiente, son diversas sus manifestaciones, siendo que algunas están destinadas a eliminar un peligro, o a interrumpir un daño, sin embargo, otras implican el ingreso a la esfera de derechos individuales, y establecen cargas a las personas investigadas, tales como ejecución de trabajos, orden de retiro de vehículos u objetos, instalación de dispositivos, entre otras, que no se corresponden con la naturaleza de las medidas, las cuales deben ser reguladas en el catálogo de las instituciones correspondientes, por ejemplo: la pena.

Además, otro aspecto no compartido, es el atinente a la posibilidad de dictar de oficio tales medidas, en todo caso, debe ser a solicitud del Ministerio Público, en

virtud del principio que prohíbe acordar medidas de oficio, así como la cualidad de ejercer la acción penal. Asimismo, se denota el establecimiento de una medida indeterminada, es decir, que se puede dictar cualquier otra medida que considere el juez, aspecto que soslaya el principio que rige en materia de medidas de interpretación y aplicación restrictiva de las medidas, prohibiéndose cualquier aplicación analógica de medidas, lo cual debe ser suprimido o regularse en detalle, determinándose que persigue la protección del ambiente, ya que en materia de medidas de protección existe mayor amplitud en virtud que se persigue es brindar protección y no afectar derechos patrimoniales o personales, propiamente dichos.

Sostenidas las anteriores consideraciones, se evidencia un tratamiento asistemático de las medidas de protección, las cuales no han encontrado en la doctrina un lugar para su tratamiento, siendo generalmente englobadas en la tutela cautelar, no obstante, las mismas pertenecen al ámbito preventivo en general, lo cual es un aspecto de la propuesta teórica generada en esta investigación doctoral.

b).- Medidas Cautelares

1.-) Medidas Cautelares Personales

1.1-) Medidas Cautelares Personales Privativa de Libertad:

El primer punto a observar en estas medidas es el relativo a la inobservancia de los requisitos fundamentales del *periculum in mora* y *el fumus boni iuris*, ya que automáticamente se piensa que si un delito, acarrea una penal alta implica *per se* la aplicación de una medida privativa de libertad, incluso, indistintamente que el Código Orgánico Procesal Penal (2012) establezca un presunción, al tratarse de penas superiores a 10 años, que estas se deban acordar obligatoriamente, por contrario, es facultativa y además, debe fundamentarse la misma, en tal sentido, esa presunción debe limitarse en aras que se deje expresamente claro normativamente que independientemente de la pena que acompañe al delito, la medida debe estar plenamente sustentada.

Por otra parte, normativamente se debe destacar como principio medular la preferencia del juzgamiento en libertad, ya que jurisprudencialmente se ha notado una tendencia a interpretar y aplicar extensivamente las medidas (por ejemplo en el

caso de protección de la mujer) al establecerse que automáticamente se privará de libertad preventiva, ente, al tratarse una pena superior a 10 años (Sentencia Nº 331 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 02 de mayo de 2016). Lo anterior representa una involución en la temática de las medidas, por ello la importancia de destacar un catálogo de principios entre los cuales debe figurar la interpretación restrictiva.

Por otra parte, se sugiere suprimir la prórroga de la privación preventiva de libertad o en todo caso, establecer un carácter muy excepcional de dicha prórroga. Igualmente, el lapso de dos (02) años es excesivo, en tal sentido, debe fijarse como meta reducir ese tiempo, de un año a un año y medio, siendo este un tiempo suficientemente extenso para que una persona se encuentre privada de libertad sin que medie una sentencia condenatoria, con la finalidad de evitar que la medida preventiva de privación de libertad se convierta en una aplicación anticipada de pena.

Igualmente, se debe establecer normativamente la obligación de separar a los condenados, de los procesados, ya que no se establece expresamente en nuestra legislación. Asimismo, independientemente que una persona se encuentre privada en virtud de cumplir una pena o sujeto a una medida de privación preventiva, se le debe garantizar la seguridad, aspecto que trasciende del plano normativo hasta pasearse por políticas públicas del Estado, no obstante, la muerte, lesiones y violaciones de derechos de los privados de libertad es un fenómeno que se ha evidenciado históricamente en Venezuela, el cual se ha incrementado en los últimos años, por tal razón, se debe comenzar por plasmar legislativamente la obligación del Estado de brindar seguridad y garantizar los derechos fundamentales de los mismos, comenzando por la clasificación de privados, para evitar que compartan en los centros de privación individuos condenados, con individuos procesados, aspecto que enarbola la presunción de inocencia como regla. Incluso de existir división entre privados de delitos comunes y privados por delitos considerados de alta peligrosidad,

Por otra parte, se debe regular lo atinente a situaciones en las cuales a pesar de la existencia de orden de excarcelación o medidas sustitutivas de privación de

libertad y las mismas no son ejecutadas por los cuerpos policiales (sean estos preventivos, judiciales o políticos) (a pesar que ya está incluido expresamente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999, en el numeral 5 del artículo 44), en tal sentido, deben establecerse mecanismos legislativos, incluso sanciones penales, administrativas y disciplinarias para los funcionarios que inobserven la aludida orden.

Adicionalmente, operan similares consideraciones en los casos en los cuales cuerpos policiales actúan *motus proprio*, ordenando o materializando aprehensiones fuera del marco constitucional, así se pretenda posteriormente hacerse valer dicha aprehensión, a pesar de su nulidad (debe dejarse sin efecto la decisión Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Nº 526 de fecha 09/04/2001), tal aspecto atenta contra la naturaleza del sistema de medidas cautelares personales que rige en Venezuela, es decir, a nivel constitucional y legislativo está plenamente sustentado un sistema garantista de los derechos humanos y derechos fundamentales, particularmente la libertad personal, lo cual no puede soslayarse bajo ninguna circunstancia, a pesar que pueda tratarse de comisión de delitos de envergadura.

En tal sentido, existen diversos tipos penales que sancionan las anteriores conductas, los cuales pueden revisarse en aras de ampliar su ámbito de aplicación a estos escenarios, de manera que no quede duda que estas conductas no pueden ser obviadas, que además, repercuten en el ámbito internacional y estatal, ya que el Estado es responsable por privaciones de libertad realizadas de manera temeraria o dolosamente sin observar los requisitos procedimentales de forma y de fondo. Adicionalmente los funcionarios que la materialicen pueden incurrir en responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria, sin que sirvan de excusas órdenes superiores, cuyas acciones, por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos, son imprescriptibles.

Por otra parte, ciertamente la indemnización ante privaciones de libertad por error, retardos u omisiones, encuentra cobijo constitucional, tal como dispone el numeral 8 del artículo 49, que consagra lo siguiente:

> 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Así, como el artículo 30 constitucional, que dispone:

> Artículo 30. El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.
>
> El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.
>
> El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.

Vistos lo artículos anteriores, claramente encuentra sustento constitucional lo relativo a la indemnización a las personas privadas de libertad, no obstante, consideramos que debe instrumentalizarse tal indemnización, de manera tal que se cuente con un desarrollo legislativo de tal aspecto y adicionalmente, se trabaje de una manera más célere.

1.2). - Medidas Cautelares Personales sustitutivas a la Privativa de Libertad

Estas medidas deben traducirse en prioridad, en comparación con la prisión preventiva, e igualmente debe destacarse que su aplicación no obedece a la aplicación de alguna medida como justificación del trabajo judicial (obtener un determinado número de medidas acordadas mensualmente por parte de los jueces para justificar que están cumpliendo con su trabajo), por contrario, deben aplicarse conforme a los mismos requisitos que se emplean para aplicar la medida privativa de libertad.

Entre las sugerencias, en correspondencia con cada numeral del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), se plasman las siguientes consideraciones:

Debe entenderse que la dispuesta en el numeral 1° del artículo 242 *ejusdem* (detención domiciliaria) representa una prisión preventiva, únicamente que el sitio

de reclusión es el domicilio, siendo igual de invasiva que una prisión preventiva en un centro de reclusión del Estado, por lo cual, debe aplicarse de igual manera como *última ratio*.

Por otra parte, la del numeral 2° *ibídem*, relativa a la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, con información al tribunal, es una medida un poco abierta e indeterminada, en la cual no se delimita el alcance de la misma, que incluso puede confundirse con una medida de seguridad, por la forma en la cual está redactada. En tal sentido, se sugiere delimitar la misma, en aras de determinar su fin, de resto, consideramos que es una opción plausible en aras de aplicar como última ratio la prisión preventiva, y que puede aplicarse en ciertos delitos.

La del numeral 3° *ibídem*, consistente a la presentación periódica ante el tribunal o autoridad designada, se erige como una de las principales medidas dictadas en el proceso penal como sustitutiva de la prisión de libertad, sin que en ocasiones se comprenda la finalidad de la misma, en todo caso, esa presentación periódica no se establece su regulación, pudiendo ser excesiva o incidir en otros derechos, tales como el derecho al trabajo, por ello, se sugiere su regulación de una forma más explícita que no deje lugar a dudas para afectar los mismos, y además, que se apliquen aspectos tecnológicos que faciliten la presentación de imputados, sin que se observen largas colas en las entradas de los juzgados para cumplir con la misma, soslayando otras actividades de los mismos que revisten igual importancia.

Con respecto a la del numera 4° *ibídem*, relacionado con la prohibición de salir sin autorización del país, localidad o ámbito territorial fijado por el tribunal, ciertamente se trata de una medida que representa una buena opción en aras de evitar una fuga del imputado, no obstante, la misma no puede convertirse en la regla al aplicarse en todos los casos, ni aplicarse de manera temeraria, tal como se analizó en el punto correspondiente en esta investigación. Por ello, debe dejarse asentado que su materialización debe obedecer a ciertos elementos y acordarse en determinadas situaciones, sin que sea la regla general.

Adicionalmente, con respecto a la anulación administrativa del pasaporte, alegándose que el mismo es anulado mediante el sistema, consideramos que deben establecerse mecanismos que eviten que se materialicen estos escenarios de anulaciones temerarias *de facto*, sin cumplir con los canales regulares para ello y, además, socavando derechos fundamentales al prohibir el libre tránsito y derecho a la libertad ambulatoria de las personas.

Por otra parte, el numerales 5 y 6 *ibídem*, relacionados con la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, así como la prohibición de comunicarse con personas determinadas (sin afectar el derecho a la defensa), no se corresponden realmente con medidas cautelares sustitutivas de libertad, en todo caso, se trata de medidas que se inscriben en la clasificación de las medidas preventivas, en virtud que ambas se entienden con un carácter preventivo de protección, no cautelar propiamente dicho, en tal sentido, debe estudiarse su inclusión como medida de protección.

Por otra parte, se ha observado en la *praxis*, que en diversos casos se ha establecido como medida cautelar sustitutiva la privación de libertad, la abstención de declarar ante medios de comunicación o abstenerse de declarar, medida que merece ciertas observaciones en virtud que no se comprende su finalidad, en virtud que la misma en todo caso pudiera erigirse como una medida preventiva, tal como se indicó en esta investigación, ya que su finalidad radicaría principalmente en evitar que se siga cometiendo un delito mediante el cual se emplea como medio de comisión a los medios de comunicación, o en todo caso, para evitar que divulgue cierta información (aunque el proceso tiene el carácter de público, salvo que se trate de la reserva de la investigación o en fase de juicio cuando se presentan los supuestos que así lo ameritan –artículo 316 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) -, de resto, no existe una finalidad objetivamente viable de esta medida, que afecta el derecho a la libre expresión, por tanto, no es compatible con el sistema de medidas preventivas y cautelares que se defiende en este trabajo, que en todo momento ha destacado que las medidas deben obedecer a un fin atendiendo d la verdadera naturaleza de las referidas instituciones y no aplicarse medidas que por contrario, atentan contra los derechos fundamentales.

Igualmente, lo anterior se traduce en una medida indeterminada, que no tiene cabida en este sistema de medidas, ya que atenta contra le principio *pro libertatis* así como el de interpretación y aplicación restrictiva de las medidas, en virtud que interpretar que la medida consistente en la prohibición de comunicarse con determinadas personas, pueda entenderse que abarca medios de comunicación, es una interpretación extensiva.

Similar situación se aprecia con el numeral 7° *ibídem*, que contempla el abandono inmediato del domicilio, si se trata de agresiones o delitos sexuales contra mujeres o niños, siempre que la víctima conviva con el imputado, medida que ya se encuentra abarcada de manera especial en la legislación de protección de la mujer, que se cataloga como una medida de protección, analizada anteriormente en este trabajo, en tal sentido, no se trata de una medida cautelar propiamente dicha, a pesar que ingresa en la esfera de derechos fundamentales de las personas.

Asimismo, el numeral 8° *ibídem*, estatuye las denominadas cauciones económicas, destacando la proporcionalidad, sin embargo, dicha medida se ha desconfigurado y tergiversado, erigiéndose como un verdadero obstáculo para materializar una medida cautelar sustitutiva a la prisión, en virtud que se trata de una medida que en ocasiones resulta muy onerosa, ya que se exigen ciertos requisitos a los fiadores que se dificulta su materialización, tales como que se trate de funcionarios, cierto monto que devengue, cartas de residencia expedidas por consejos comunales, entre otra serie de requisitos que no son propios de una caución, en virtud que la caución sigue siendo una institución de derecho civil aplicada al proceso penal, con lo cual el requisito de los fiadores está delimitada en el Código Civil (1982) , así que cualquier otra carga representa una afrenta a la materialización de medidas cautelares sustitutivas, que implican que una persona siga privada de libertad si no cumple tales extremos. Por tales circunstancias, tal situación debe ser subsanada legislativamente, regulándose expresamente para evitar cargas no plasmadas en la legislación.

Por último, se estatuye en el numeral 9° *ibídem*, una disposición que abre el abanico de aplicación de medidas cautelares indeterminadas, numeral que debe ser eliminado del Código Orgánico Procesal Penal (2012), en virtud que se trata de una

medida que viola el principio de legalidad procesal, así como los principios fundamentales que rigen en materia de medidas, que implican la taxatividad, interpretación y aplicación restrictiva, así como el respeto al estado de libertad y principio de presunción de inocencia, sin menoscabo de otros principios que están relacionados con la temática de medidas, en tal sentido, se observa que se hace referencia a medidas preventivas o cautelares, dando un abanico muy amplio de margen de acción al juez que implica incluso la vulneración del principio de oficialidad, que implica que dicha medida debe ser solicitada expresamente por el representante del Ministerio Público.

Así las cosas, tal medida se ha evidenciado que se encuentra consagrada en otras normativas penales colaterales, las cuales deben ser igualmente eliminadas en virtud de las razones anteriormente expuestas, en virtud que debe establecerse expresamente el bagaje de medidas que se pueden aplicar en un proceso penal, que implica la presunción de inocencia y manejo de principios propios de un sistema de corte acusatorio.

Dicho lo anterior, se ha denotado algunos casos en los cuales se ha implementado la colocación de un brazalete que permita la ubicación del imputado sometido a la medida cautelar personal sustitutiva de libertad, sin embargo, operan las mismas observaciones realizadas anteriormente, se trata de una medida indeterminada que no encuentra cobijo en nuestro sistema, no obstante, de querer implementarse estos mecanismos novedosos para nuestro Estado, deben realizarse conforme al principio de legalidad procesal, incluirlos legislativamente de manera expresa y además, evaluar el impacto que recibe desde la óptica de los derechos fundamentales, de manera que no se implementen mecanismos contrarios a los derechos humanos, en virtud de ser considerados que atentan contra la dignidad humana.

2.). - Medidas Cautelares Reales

2.1).- Medidas Cautelares Reales típicas,

Las primeras observaciones que debe realizarse, es que debe prohibirse la creación medidas por parte de cualquier Tribunal, incluyendo al Tribunal Supremo

de Justicia, ya que no existe tal facultad y además, dichas creaciones no encuentran cobijo en la dogmática procesal, en virtud que se ha desnaturalizado la finalidad de las medidas cautelares reales destinadas a asegurar una eventual responsabilidad civil derivada del delito, la cual bajo ninguna circunstancia debe desvirtuarse y mucho menos aplicarse una medida sobre bienes de carácter ilimitada, ya que esta debe tener un alcance y además, debe atender a la presunta comisión de un delito que implique tal responsabilidad, tal como se advirtió anteriormente, no todos los delitos acarrean necesariamente responsabilidad civil.

Por otra parte, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) no presenta aspectos que colaboren a determinar su alcance y ámbito de aplicación, asimismo, en esta investigación se indicó que dicha regulación es insuficiente, así en los términos en los cuales se encuentra no regula expresamente la temática de las medidas cautelares reales, a pesar que algunos autores indican que su regulación se desprende de la cláusula de remisión al Código de Procedimiento Civil (1986), cuando se trate del “aseguramiento de bienes muebles e inmuebles”, contenida en el artículo 518 del referido Código adjetivo penal, tal como se observa a continuación:

> 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.

Visto el artículo anterior, consideramos que el mismo no se corresponde con lo sostenido a lo largo de este trabajo, con respecto a la teoría general de las medidas o tutela preventiva y cautelar, en virtud que expresamente se hace referencia a medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, sin especificarse si se trata de un aseguramiento probatorio o medidas cautelares (que precisamente son preventivas, pero con la especialidad de ser cautelares, es decir, procuran la ejecución de un fallo).

En tal sentido, no es precisamente acertado o del todo cierto, aducir que el artículo 518 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) regula o remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, para regular lo relativo a las medidas cautelares reales, en virtud de lo antes expresado. En todo caso, se debería dejar claramente plasmado que se trata de medidas cautelares reales o de aseguramiento con un fin cautelar de la eventual responsabilidad civil derivada del delito.

Además, a lo largo de la presente investigación se ha sostenido que la temática de las medidas obedece a unos principios básicos como lo es la aplicación e interpretación restrictiva de las medidas, así como el de legalidad procesal, en tal sentido, ampliar el bagaje de aplicación de las medidas soslaya tales principios, al permitir que se apliquen medidas sin contar con una regulación de las mismas.

Igualmente, permitir la aplicación de las medidas cautelares reales con la simple remisión al código adjetivo civil, presenta serios problemas de índole procesal, tales como el señalamiento expreso que las decisiones dictadas con ocasión a las medidas, serán impugnadas por los medios y casos establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal (2012), aspecto que no resulta del todo claro, ya que surge la interrogante referida a la exclusión de los mecanismos de impugnación de las medidas propiamente dichas -oposición, apelación, entre otras- limitándolos a los consagrados en el Código Orgánico Procesal Penal (2012) -revocación, apelación de autos, apelación de sentencias, revisión penal o casación- con respecto a la decisión en sede penal que acuerda la medida.

En relación a todo lo indicado, se sostiene la sugerencia realizada en el punto correspondiente a esta problemática, en el cual se acepta que se realice una remisión empero, únicamente para suplir algunos vacíos, en virtud que la tendencia mundial a nivel legislativo, es que los Códigos adjetivos penales consagren aspectos básicos o una mediana regulación de lo aludido, en aras de contar con una regulación específica para el campo penal, que presenta particularidades únicas.

Por otra parte, además de lo indicado, se presentan otros problemas en virtud responsabilidad civil extracontractual clásica, que difiere en ciertos aspectos de la

responsabilidad civil derivada del delito, tales como la restitución de los bienes en virtud del delito, o al presentarse casos en los cuales se verifican personas interpuestas que participan o encubren los bienes o provechos del delito, entre otras situaciones que merecen u obligan a la regulación detallada de las medidas, a pesar que se aplique la norma constitucional (artículo 271) que prevalece, sin embargo, esta se limita a ciertas categorías de delitos, no abarcando para todos, por lo cual subsiste la problemática.

Dicho lo anterior, se debe adicionar que no existen medidas únicamente diseñadas con la finalidad de garantizar la aplicación de penas pecuniarias, en virtud que las medidas que afectan bienes, por una parte, están dirigidas a asegurar los objetos activos y pasivos, con la finalidad de conservar fuentes de prueba y las medidas cautelares reales, únicamente se destinan a garantizar la responsabilidad civil extracontractual.

En tal sentido, se propone crear o extender el ámbito de aplicación de medidas, en aras de garantizar eventuales sanciones pecuniarias, previniendo de esta manera, eventuales reformas legislativas de tipos penales que acarreen más sanciones de carácter pecuniarias que personales, por ello, se debe contar con un sustento para aplicar medidas que abarquen la aplicación de las mismas que de igual manera incidan sobre bienes, en aras de garantizar la ejecución de la misma.

Por otra parte, se debe tomar en consideración la recuperación de activos, a nivel internacional, en aras de dar cumplimiento a las principales convenciones, convenios, tratados internacionales y otros instrumentos que ha suscrito y ratificado el Estado venezolano, entre los cuales figuran, la Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996), Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2005), Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico 1997), Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988), Iniciativa de Recuperación e Activos Robados STAR (2007), Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre la Recuperación de Activos

(2006), entre otros, que incentivan y facilitan el bagaje de normas internacionales para procurar la localización, congelación, confiscación y devolución a su país de origen, de los fondos obtenidos ilícitamente, siendo un procedimiento complejo en virtud que combina diversas jurisdicciones.

Ahora bien, las medidas preventivas y cautelares juegan un papel fundamental en la anterior temática, que hace necesario adecuar nuestra legislación en aras de facilitar la recuperación de activos, así, las medidas que hagan vida en nuestra legislación deben estar adecuadas a tal realidad, por tanto, las medidas deben proyectarse de igual manera para recuperar activos internacionalmente, no limitarse a una mera responsabilidad civil derivada del delito en el plano local.

Igualmente, debe en tomarse en consideración la pobre regulación que existe en relación a las personas interpuestas, ya que a pesar que el artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que las mismas se encuentran incluidas entre los titulares de los bienes a ser recuperados, legislativamente ello no es así, a pesar se trata de medidas destinadas a garantizar la eventual responsabilidad civil, las medidas cautelares reales aplicadas en procedimientos penales, se hace mediante remisión supletoria (suficientemente criticada en este trabajo, en virtud que tal remisión no es totalmente clara y además, obligatoriamente se requiere la creación de algunas normas que precisen su aplicación en el ámbito penal), en tal sentido, al revisar el Código de Procedimiento Civil (1986), el mismo es diáfano en indicar que únicamente se pueden aplicar medidas cautelares sobre bienes propiedad de quien se libre, es decir, contra el demandado, que en el ámbito penal es el imputado, a quien se le reclama responsabilidad civil extracontractual, según se desprende de su artículo 587, por tal razón, es menester regular legislativamente tal situación en aras de incluir el aseguramiento en sede civil de los bienes a pesar que reposen en personas interpuestas, cumpliendo así el mandado constitucional.

Por último, es necesario revisar lo atinente al cumplimiento de las medidas en general, indistintamente de su categoría de preventiva o cautelar, así como las consecuencias que se pueden derivar en virtud de tal incumplimiento. Por ello, se sugiere como primer escenario, buscar mecanismos alternos para que de efectivo

cumplimiento a las mismas y como *última ratio*, al precisarse un incumplimiento, se puedan aplicar sanciones que propugnen o persigan materializar el cumplimiento de manera coactiva.

CONCLUSIONES

1.- La tutela judicial efectiva es una de las instituciones medulares del Estado de Derecho, en virtud que no tiene valor ser titular de un derecho si el mismo no puede ser tutelado de manera eficaz, por ello, se entiende que la referida institución posibilita el ejercicio efectivo y real de los derechos, siendo considerada como un derecho fundamental.

2.- Existen diversas concepciones en relación al contenido de la tutela judicial efectiva, siendo la predominante en la doctrina venezolana la considera que la tutela judicial efectiva comprende cuatro aspectos básicos, entre los cuales destacan a).- el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, b).- el derecho a obtener una decisión ajustada a derecho, debidamente motivada y fundada, c).- el derecho a ejecutar las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales y d).- el derecho a ejercer los recursos o remedios procesales correspondientes en contra de las decisiones.

3.- Se determinó que en virtud del contenido antes descrito, particularmente lo relativo a la obtención de una decisión ajustada a derecho, así como la ejecución de la misma, se desprende de la tutela judicial efectiva una tutela preventiva y cautelar, como manifestaciones de la tutela jurisdiccional diferenciada, que se aplica ante situaciones apremiantes o que requieren aplicar tutelas diferenciadas en virtud de la necesidad de intervenir en el proceso de manera oportuna, en tal sentido, esta modalidad diferenciada es la institución macro estudiada porque abarca a las tutelas preventiva y cautelar como formas de manifestarse.

4.- El tratamiento de las medidas en el proceso penal se realiza sin contar con una sistematización, por tanto, se dio solución a este problema creando una teoría de las medidas aplicadas al proceso penal, que parte de los postulados de la teoría general del proceso, escindiendo entre medidas preventivas y medidas cautelares, abarcando sus fundamentos y alcance, en aras de contar con una base sólida que permita interpretar y aplicar correctamente cada medida, conforme a su sentido y finalidad.

5.- El enfoque teórico *in commento*, concibe a las medidas de una forma sistemática, conciliando la regulación dispersa que realiza la legislación venezolana, en la cual se plasman algunas normas relativas a las medidas preventivas y a las medidas cautelares en el Código Orgánico Procesal Penal (2012) y por otra, en las normas penales colaterales que de igual manera consagran normas que inciden en las medidas preventivas y cautelares, a pesar que la legislación lo realiza de forma asistemática, e incluso, presentando antinomias y vacíos, que son solventados con la teoría planteada en esta investigación.

6.- Adicionalmente, se propone un catálogo de principios en materia de medidas, relacionados con aspectos constitucionales, normativos y dogmáticos, que permiten contar con los fundamentos de las medidas, ya que se erigen como el núcleo esencial en la materia y sirven de soporte para dar solución a la mayoría de los problemas. En tal sentido, se cuenta con los principios de: Carácter excepcional de las medidas; Carácter restrictivo en interpretación y aplicación; Medidas expresas; Principio de proporcionalidad; Sólo afectan el interés particular; Prohibición de medidas dictadas de oficio (solicitud expresa de las partes); Prohibición de pronunciamiento sobre el fondo o anticipar efectos de fallo; Respeto a la dignidad humana en su ejecución; y Procedencia en circunstancias extraordinarias. Destacándose principalmente el principio de proporcionalidad que actualmente es un aspecto medular en la materia, que sin embargo los jueces venezolanos no entran a profundizar, por ello se realizó un análisis dogmático del mismo.

7.- Por otra parte, se observó que, en la legislación penal ordinaria y penal colateral, existe una hipertrofia terminológica, derivada de la confusión de términos plasmados en las diversas normas para referirse a las medidas, en los cuales se emplean denominaciones idénticas para denotar diversas instituciones, como en el caso del comiso, decomiso y la incautación, así como la concepción de cautelar de cualquier medida, para lo cual se solventó tal situación, al analizarse cada de las medidas, determinándose su naturaleza y denominación correcta, conforme a la teoría.

8.- La tutela preventiva se materializa a través de la aplicación de aquella serie de medidas aplicadas en el proceso para salvaguardar los derechos de las partes, en aras de salvaguardar la lesión o puesta en peligro de los mismos y reposa en todos las ramas del Poder Público (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral), las cuales realizan los cometidos del Estado de Derecho, en tal sentido, el empleo de esta tutela por parte de los entes que conforman el Poder Público, se realiza con la finalidad de precaver o anticipar eventuales daños que pueden sufrir los particulares, por tal razón, se deduce una actividad protectora y de salvaguarda de derechos por parte del ejercicio del Poder Público.

9.- En materia penal, la tutela preventiva se manifiesta a través de la aplicación de diversas medidas preventivas, entre las cuales destacan: 1.- Medidas de aseguramiento personal, que abarcan: 1.1.- Medidas sobre el imputado (1.1.- aprehensión en flagrancia); 1.2.- Medidas sobre otros sujetos procesales (1.2.1.- mandato de conducción y 1.2.2.- comparecencia coactiva de testigos); 2.- Medidas de aseguramiento real: 2.1.- Medidas de aseguramiento con finalidad probatoria; y, 3).- Medidas de protección (3.1.- Medidas de protección de víctimas y testigos, 3.2.- Medidas para la defensa de la mujer, 3.3.- Medidas para la protección de niños y adolescentes, 3.4.- Medidas para la protección del ambiente y 3.5.- Medidas para la protección en casos de secuestro y extorsión).

10.- Todas las medidas anteriormente descritas, están destinadas a salvaguardar los derechos de las partes en el desarrollo del proceso, como en caso del aseguramiento de personas, que por una parte, en la aprehensión en flagrancia se persigue que se determine o se realice un pronunciamiento sobre un procedimiento especial, siendo este un derecho de las víctimas en casos de delitos flagrantes, en relación a los aspectos probatorios, igualmente, con respecto a loa comparecencia coactiva de testigos y peritos, que se destina a asegurar la comparecencia del sujeto que posee la información y por tanto va a deponer como órgano de prueba. Asimismo, en lo que respecta a las medidas de aseguramiento de bienes, en esta categoría se realiza con la finalidad de asegurar las fuentes de prueba, para su eventual promoción para el juicio. Por último, están las medidas de protección de las víctimas y demás sujetos procesales, en aras de garantizar su integridad en el

marco del proceso. Dicho lo anterior, todas las medidas están destinadas a un fin común de salvaguarda y protección de derechos de las partes, por ello pertenecen a la aludida clasificación preventiva.

11.- En relación a las medidas preventivas de aseguramiento de personas, la aprehensión en flagrancia debe ser unificada, ya que en materia de género se rompe con la naturaleza de la institución, al igual que en los casos de altos funcionarios, en los que el Tribunal Supremo de Justicia ha declarado flagrancias inexistentes, obviando los requisitos de procedencia y de procedibilidad. Lo anterior es solventado aplicando los principios que rigen en la materia, tales como el de aplicación restrictiva, excepcional, taxativa y prohibición de dictar medidas de oficio, principios afectados en los aludidos casos. Igualmente, se determinó que el mandato de conducción no es procedente en contra del imputado y en la comparecencia coactiva de expertos y testigos, debe asegurarse, de lege ferenda, que ellos llamados sean realizados hasta lograrse su efectividad.

12.- Por otra parte, de las medidas preventivas, las que presentan mayores dificultades son las denominadas medidas de aseguramiento probatorio, en virtud que presentan una escasa regulación y además, suelen asociarse o relacionarse con las medidas cautelares reales, sin embargo, se determinó que persiguen fines distintos, en virtud que las medidas de aseguramiento probatorio procuran un fin esencial de asegurar las fuentes de prueba, a pesar que pueden converger otros fines, como de conservación o preventivos, para evitar que se siga cometiendo el delito u otros, en razón del aseguramiento de objetos que serán excluidos del comercio –tales como armas, drogas, desechos peligros, entre otros-. Al respecto, se dio solución con el análisis y estudio de la naturaleza y formas de manifestación de cada una de estas medidas.

13.- Se determinó la necesidad de ampliar o especificar la regulación de las aludidas medidas de aseguramiento probatorio, en aras de salvaguardar los diversos principios y derechos fundamentales que pueden comprometerse en razón de su materialización, ya que no se detallan ciertos aspectos, como su duración, alcance y finalidad, sin embargo, se explanó que están supeditadas a los trámites de cualquier acto procesal de la respectiva fase que se trate, con lo cual se otorga una

solución. Igualmente, el alcance de cada una de ellas, se solventó con el análisis según la doctrina, de la naturaleza de cada una de sus manifestaciones, con lo cual se facilita su interpretación y aplicación, como sucede en los casos del decomiso y la incautación.

14.- En el mismo orden de ideas, debe indicarse que no existen medidas de carácter ejecutivo, tal como se ha pretendido indicar, por parte de algunos autores, en todo caso las medidas sean cautelares o preventivas, persiguen un fin preventivo, no ejecutivo, ya que no pueden anticipar el fondo de la causa.

15.- Por otra parte, las medidas de protección de sujetos procesales no encuentran regulación codificada, por tal razón, se realizó una propuesta en la cual se elaboró un catálogo de medidas de protección, que reposan en el Código Orgánico Procesal Penal (2012) y en la legislación penal colateral, lo cual garantiza su efectividad y el tratamiento de cada una conforme a un constructo teórico que permite la uniformidad en su tratamiento.

16.- Las medidas preventivas de aseguramiento personal y de aseguramiento real, no pueden ser catalogadas como medidas cautelares, en virtud que su naturaleza es de carácter preventivo, es decir, no persiguen el aseguramiento de un eventual fallo o decisión.

17.- Las medidas cautelares persiguen una finalidad que radica en asegurar la eventual ejecución de un fallo destinado a aplicar una pena, que es lo que básicamente se debate en un proceso penal, sin embargo, se demostró que parte de la doctrina venezolana confunde la naturaleza de las medidas cautelares, indicando que diversas medidas como el decomiso son de naturaleza cautelar y que además, el Ministerio Público posee poder cautelar, tal desatino es totalmente desajustado y erróneo, ya que no se corresponde con la teoría general del proceso, en su contenido de la tutela preventiva y cautelar, que escinde entre medidas de carácter preventivo y medidas de carácter cautelar, las cuales obedecen a fines distintos, lo cual se delimitó en esta investigación, al escindirse en categoría de medidas cautelares y no cautelares (preventivas).

18.- Asimismo, se determinó que las medidas cautelares únicamente pueden ser acordadas por vía jurisdiccional, a diferencia de las medidas preventivas las cuales pueden ser materializadas y acordadas por parte de los órganos que integran el Poder Público (con sus respectivos requisitos). En tal sentido, las medidas cautelares son una potestad-deber exclusiva de los órganos jurisdiccionales, que de igual manera están sujetas a límites, entre los cuales destacan requisitos de procedencia y de procedibilidad, así como un bagaje de principios en la materia que sirven de contención para su ejercicio arbitrario y desmedido.

19.- Igualmente, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) emplea diversos términos para designar a las medidas cautelares, denominándolas medidas de coerción personal o real. Ante tal escenario, es importante clarificar que el carácter coercitivo de una medida no es lo que denota su naturaleza cautelar, en virtud que la mayoría de las medidas aplicadas al ámbito penal, tienen como nota característica el aspecto coercitivo, por tanto, son de coerción. En tal sentido, a pesar que el Código las denomine así, ello no es suficiente para categorizarlas ni para escindirlas, por ello es preferible aplicar la teoría general del proceso que hace referencia es a medidas preventivas o cautelares, sin menoscabar, que el empleo del término coerción, no afecta ni incide en la propuesta teórica planteada.

20.- Por otra parte, se evidenció que el Código Orgánico Procesal Penal (2012) concentra mayor regulación en lo atinente a las medidas cautelares de coerción personal, dedicando la mayoría de los principios que estatuye en materia de medidas a las mismas, obviándose la existencia de otras medidas que revisten igual importancia, a pesar que no se trate de la privación de libertad de una persona, sin embargo se pueden afectar otros derechos que igualmente son considerados fundamentales, tales como la propiedad, por lo cual, esta investigación abordó la totalidad de las medidas aplicadas en el proceso penal, lo cual permite tener una visión amplia como sistema y reflejar que todas inciden en mayor o en menor medida, en la esfera de los derechos individuales.

21.- Igualmente, en relación a las medidas cautelares personales, debe advertirse que presentan diversas fallas, principalmente con respecto a la regulación, ya que son tipificaciones que en ocasiones son abiertas y dan paso a interpretaciones

extensivas o amplias, en tal sentido, se determinó que tales disposiciones abiertas indeterminadas, deben ser vistas sobre la base del principio de interpretación y aplicación restrictiva de las medidas, así como del principio de proporcionalidad.

22.- Por otra parte, debe excluirse totalmente la aplicación de medidas indeterminadas, tal como la consagrada en el numeral 9 del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que permite que el juez cree y acuerde la medida cautelar sustitutiva de libertad que considera, aspecto que trastoca los principios de aplicación e interpretación restrictiva de las medidas, lo cual fue reflejado en la investigación.

23.- Asimismo, se determinó que en ocasiones el cumplimiento de dos (02) años de privación de libertad sin que medie la sentencia, se erige como una aplicación anticipada de la pena. Aspecto que puede mejorarse a través de lege ferenda, disminuyendo el tiempo de reclusión preventiva, en aras de armonizar la legislación venezolana con la internacional, particularmente con el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1998), que estatuye un (01) año máximo de prisión preventiva, o en todo caso, sobre la base del principio de prohibición de aplicación de pena anticipada.

24.- Sostenido lo anterior, se evidenció en esta investigación que no existe una verdadera regulación de las medidas cautelares reales aplicadas en el proceso penal (excepto en aquellos casos de leyes penales colaterales específicas que indican una regulación autónoma), en virtud que únicamente el artículo 518 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), se considera que regula a las mismas, sin embargo, cuando se revisa en detalle, el aludido artículo únicamente se limita a indicar que en caso de aseguramiento de bienes (sin distinguir si se trata de bienes destinados a medidas cautelares reales o a bienes de aseguramiento probatorio), sin especificar el carácter, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (1986). Ante tal escenario, no se puede afirmar plenamente que dichas medidas estén realmente reguladas en el proceso penal.

25.- En vista de lo anterior, se realizó un análisis del sistema de medidas cautelares

Civiles aplicadas al proceso penal, partiendo de la fallida remisión, que son utilizadas con la finalidad de asegurar una eventual responsabilidad civil derivada del delito, siendo inexistente un motivo para la aplicación de penas de carácter pecuniarias. Ante tal escenario, de lege ferenda es evidente la necesidad de ampliar el alcance de la aplicación de las medidas cautelares reales en virtud que las penas actualmente se basan en muchas ocasiones en penas de carácter pecuniario, aspecto que se regula así en diversas legislaciones, sin embargo, en Venezuela se desprende del estudio realizado que se limita a la mera responsabilidad civil derivada del delito, que no necesariamente opera en todos los delitos, a pesar que así lo indica el Código Penal (2005).

26.- Igualmente, se debe determinar que parte de los mayores excesos y aplicación errónea de las medidas, se visualizó en este tipo de medidas cautelares reales, en virtud que se suelen aplicar las denominadas medidas cautelares innominadas e indeterminadas, lo cual no tiene cabida en el proceso penal, en los términos en los cuales está regulada esta aplicación de medidas bajo la remisión al Código de Procedimiento Civil (1986), adicionalmente, por chocar con los principios en materia de medidas, que resultan de los propios de las medidas a nivel general, plasmados por la teoría del proceso, como los principios del sistema acusatorio, que pregonan una aplicación restrictiva y clara de las medidas, sin que se permita crear medidas que no están delimitadas previamente en la ley, según el principio de legalidad procesal, el cual opera en esta temática.

27.- En tal sentido, no se concibe desde el punto de vista dogmático y garantista, que se apliquen medidas sobre la totalidad del patrimonio de una persona, por tiempo indefinido y fuera del sustento que exclusivamente puede generarse en materia de medidas cautelares reales que radica en el aseguramiento de una eventual responsabilidad civil.

28.- Por otra parte, la remisión efectuada implica verdaderas dificultades desde el punto de vista práctico, en virtud que existen dicotomías con respecto a aplicar el régimen de recursos, si operan los del Código Orgánico Procesal Penal (2012) o los del Código de Procedimiento Civil (1986). Asimismo, se debate lo relativo a la aplicación de medidas cautelares reales sobre bienes que no sean propiedad del

imputado, abarcándose bienes de las denominadas personas interpuestas o interpósitas, y que constitucionalmente, prevalece el artículo 271, sin embargo, este se limita a una serie de delitos, lo cual presenta una limitación.

29.- Igualmente, existe otra temática relativa al aseguramiento de bienes, a nivel internacional, conforme a la temática de la recuperación de activos, los cuales encuentran regulación dispersa en leyes penales colaterales, sin que exista uniformidad en relación a esta temática, lo cual amerita que se codifique y unifique esta regulación, e incluso se determine si es menester que las medidas abarquen de igual manera dicho fin (que puede desprenderse de la responsabilidad civil derivada del delito), para ello, se puntualizaron los instrumentos internacionales que sirven de sustento para materializar tal fin.

30.- Igualmente, debe advertirse que se precisaron diversos casos (incluso casos ventilados en las propias Salas del Tribunal Supremo de Justicia, a pesar de no ser competentes para acordar medidas cautelares de carácter penal) en los cuales se inobserva absolutamente los requisitos para acordar medidas cautelares (*fumus boni iuris* y *periculum in mora –periculum in damni en el caso de las innominadas e indeterminadas, a pesar que se cuestiona su aplicación en el ámbito penal, en virtud que existen las medidas de protección las cuales persiguen la misma finalidad*-).

31.- Igualmente, en relación a la sentencia Nº 333, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del año 2001 (ratificada en posteriores decisiones), se cuestionó la posibilidad de acordar medidas cautelares con un fin indemnizatorio, al respecto, se realizó un análisis detallado de la aludida decisión y se arribó a la conclusión que cuando se trate de casos de víctimas que presenten acusación particular propia, puede abrirse tal posibilidad que la víctima solicite la aplicación de tales medidas con un fin indemnizatorio, que en los términos regulados, se vislumbró que la responsabilidad civil derivada del delito, abarca este ámbito, ello sobre el sustento de la doctrina y el análisis efectuado conforme a la teoría planteada, que de ninguna manera entiende o traduce la obligación que el juez penal deba pronunciarse condenatoriamente estableciendo indemnización, sino se cuestiona es la posibilidad que se acuerden medidas para un eventual responsabilidad civil derivada del delito que incluye la indemnización.

32.- Por otra parte, el constructo teórico elaborado en esta tesis, procura evitar que se repitan casos como el analizado en la investigación, relacionado con la aplicación de medidas en sede penal, con efectos generales, capaces de incidir en otras competencias (caso del referéndum revocatorio, en el cual se acordó una medida de efectos generales). En tal sentido, en virtud del establecimiento de fundamentos dogmáticos que enarbolan principios del derecho procesal, en materia de medidas así como en relación a los sistemas acusatorios, tal desatino no tiene cabida en el sistema planteado en esta tesis, ya que soslaya los diversos principios analizados al respecto.

33.- En el mismo orden, la teoría planteada evita que se apliquen medidas de naturaleza penal para casos en los cuales no se hace referencia a un delito, es decir, la situación presentada en diversos casos (como el de Alejandro Puglia y de la Ex fiscal General de la República) en los cuales sin que exista solicitud previa por parte del Ministerio Público y no se califique delito alguno, se acuerden medidas sobre todo el patrimonio del imputado, o medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad, sin que las mismas tengas sustento, ya que deben obedecer a la ejecución de eventual decisión.

34.- Por otra parte, se ubicaron los aspectos que pueden ser considerados de carácter positivo, tomados de la principal legislación de carácter continental o de derecho escrito de países de Latinoamérica y de Europa, en aras de elaborar la propuesta teórica. Asimismo, se analizaron las disposiciones del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1998), en aras de contribuir con la aludida propuesta.

35.- Asimismo, se realizó una revisión exhaustiva de la normativa ordinaria y colateral, en relación a los aspectos relativos a las medidas, ubicándose los diversos vicios y erróneo tratamiento que se viene otorgando a estas instituciones, incluyendo el análisis jurisprudencial de diversos casos en los cuales se reflejan mayormente el erróneo tratamiento, en aras de tomarlos en consideración para la propuesta teórica, realizada con la finalidad de solventar esta problemática.

36- Sostenidas las anteriores conclusiones, se sugiere que se tomen como recomendaciones las consideraciones plasmadas en la propuesta teórica de tutela

preventiva y cautelar como forma de manifestación diferenciada de la tutela judicial efectiva, diseñada en esta investigación, las cuales se sustentan en la dogmática procesal en general, así como los principios que hacen vida en el proceso penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acevedo, M. (2003). Medidas de Aseguramiento con fines probatorios. Revista de Derecho Probatorio. Nº 13. Director: Cabrera, J. Caracas: Editorial Melvin.

Aguilar, J. (1991). Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II. Caracas: Fondo de Publicaciones UCAB-Fundación Polar.

Alexy, R. (2003). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alonso, R. (1994). Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Arboleda, M. (2001). Código Penal Anotado (Ley 599 de 2000). Bogotá: Editorial Leyer.

Araujo-Juárez, J y Arbeláez, B. (2000). La seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal. INVEDEPRO. Caracas. Livrosca.

Araujo-Juárez, J (2007). Estado de Derecho y de Justicia, Poder Judicial y Tutela Judicial Efectiva. Tendencias Actuales de Derecho Procesal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Arteaga, A. (2006). Derecho Penal Parte General. Caracas: Editorial Mc Graw Hill.

Arteaga, A. (2007). La privación de libertad en el proceso penal venezolano. Segunda edición. Caracas.

Ascencio, J. (1987). La Prisión Provisional. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal Parte General. 2 Edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Barboza, G. (2005). Principio de legalidad y proceso penal. Revista Derecho Penal y Criminología. Nº 78, Vol. 26. pp.109-124.

Barnes, J. (1993). La Tutela judicial en la Constitución Alemana. Libro Homenaje al Profesor J. González Pérez. España: Civitas.

Bello, C. (1998). Ilicitud Penal Colateral. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas: UCV. Imprenta Universitaria.

Bello, H. y Jiménez, D. (2004). Tutela Judicial Efectiva de los Intereses Colectivos y Difusos. Caracas: Ediciones Paredes.

Bello, H. (2015). Tratado de Derecho Probatorio. Bogotá: Editorial Ibañez.

Bello, M. (2004). Tutela Preventiva, Medidas Cautelares y su Vinculación con la Tutela Judicial. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Benaím, S. (2000). El abuso de las medidas cautelares y su profilaxis en el nuevo milenio. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal: La seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar. Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal. INVEDEPRO. Volumen III. (enero-junio 2000) Caracas. Livrosca.

Bernard, J y Montealegre, E. (2013). El Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Berizonce, O. (2005). La tutela anticipada en el Derecho Argentino. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. I: Obtención de información y de asunción probatoria. Procedimientos sumarios y familiares. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Binder, A. (1999). Introducción al Derecho Procesal Penal. Segunda Edición. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.

Binder, A. (2003). Introducción al Derecho Procesal Penal. Tercera Edición. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.

Blanco-Uribe, A. (1998). Procedimientos Autorizados Ambientales. Revista de Derecho Administrativo. Volumen 2. (enero-abril). Caracas: Editorial Sherwood. pp. 5-23. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDA/2/rda_1998_2_5-23.pdf Consultado: 19/11/2017

Borrego, C. (2002). La Constitución y el Proceso Penal. Caracas; Editorial Livrosca.

Borjas, A. (1984). Comentarios al Código de Procedimiento Civil. Tomo IV. Quinta Edición. Caracas: Librería Piñango.

Brewer, A. (2014). El fallido intento de justificar lo injustificable. Análisis de las Sentencias Nº 245 y 263 de la Sala Constitucional. Artículo digital, disponible en: http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20sobre%20las%20sentencias%20del%20caso%20de%20los%20Alcaldes%20de%20San%20Diego%20y%20San%20Crist%C3%B3bal.%20EL%20FALLIDO%20INTENTO%20DE%20JUSTIFICAR%20LO%20INJUS).pdf. Consultado: 15/01/2017.

Cabrera, J. (1999). Algunas apuntaciones sobre el sistema probatorio del COPP en la Fase Preparatoria y en la Intermedia. Revista de Derecho Probatorio Nº 11. Caracas: Ediciones Homero.

Cafferata, J. (2012). Manual de Derecho Procesal Penal. Tercera Edición. Córdoba: Argentina. *Advocatus*. Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

Calamandrei, P. (1945) La Casación Civil. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Calamandrei, P (1964). Providencias Cautelares. Traducción Santiago Sentís M. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.

Carnelutti, F. (1944). Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. UTEHA.

Caroca, A. (1998). Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Barcelona: Bosh.

Carrara, F. (1980). Opúsculos de Derecho Criminal. T. V. Bogotá: Editor J. Guerrero.

Carta Magna Inglesa (1215). *Magna Carta Libertatum*, Juan I de Inglaterra, Runnymede, junio 15, 1215.

Casal, J. (1998). Derecho a la Libertad Personal y Diligencias Policiales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Casal, J. (2010). Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. Caracas: Legis.

Chiosone, T. (1977). Delitos Innominados: Delitos y Faltas previstos en leyes especiales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas: UCV.

Chiosone, T. (1989). Manual de Derecho Procesal Penal. Cuarta Edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas: UCV.

Chiovenda, G. (1936). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Revista de Derecho Privado. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

Circular del Ministerio Público N° 004-2002 de fecha 28 de noviembre de 2002 (2002). Requisitos de la acusación emanada del Despacho del Fiscal General de la República Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público. Circulares del Ministerio Público. Caracas, 2015.

Clariá, J. (1966). Tratado de Derecho Procesal. Buenos Aires: Ediar.

Códice di Procedura Penale (1888). Decreto del Presidente de la República Nº 447, septiembre 22, 1988. Italia.

Código Civil Venezolano (1982). Gaceta Oficial Nº 2.990 (Extraordinario), julio 26, 1982.

Código de Enjuiciamiento Criminal (1962), Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 748 (Extraordinario), febrero 03, 1962.

Código de Procedimiento Civil (1986), Gaceta Oficial Nº 4.209 (Extraordinario), septiembre 18, 1990.

Código de Procedimiento Penal (2004). Diario Oficial Nº 45.658, Ley Nº 906 de fecha 31 de agosto de 2004, septiembre 01, 204. Colombia.

Código del Proceso Penal (2015). Ley Nº 19.293, enero 09, 2015. Uruguay.

Código Nacional de Procedimientos Penales (2014). Diario Oficial de la Federación, segunda sección, marzo 05, 2014. México.

Código Penal (2005). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.768, (Extraordinario), abril 13, 2005.

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988). Buenos Aires: Hammurabi. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General.

Código Procesal Penal de Chile (2000). Ley Nº 19.696, octubre 10, 2000.

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989). Buenos Aires: Hammurabi.

Código Procesal Penal Nacional de Argentina (2014). Decreto Nº 2321/2014, Ley Nº 27.063, Buenos Aires diciembre 09, 2014.

Código Orgánico Integral Penal (2014). Registro Oficial Nº 180, febrero 10, 2014. Ecuador.

Código Orgánico Penitenciario (2015), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.207 (Extraordinario), diciembre 28, 2015.

Código Orgánico Procesal Penal (1998). Gaceta Oficial Nº 5.208 (Extraordinario), noviembre 23, 1998.

Código Orgánico Tributario (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.305, octubre 17, 2001.

Constitución de Argentina (1853). Congreso Constituyente de Santa Fe, Buenos Aires, mayo 01, 1853.

Constitución de la Comunidad de Massachusetts (1780). Estados Unidos de Norteamérica.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000.

Constitución de la República de Cuba (2019). Gaceta Oficial Nº 5 (Extraordinaria) abril 10, 2019.

Constitución de la República de Honduras (1982). Decreto Nº 31, enero 11, 1982.

Constitución de la República de Portugal (1976). Diario de la República, abril 02, 1976.

Constitución de la República de Venezuela (1961). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 662 (Extraordinario), enero 23, 1961.

Constitución de la República Dominicana (2015). Gaceta Oficial Nº 10805, julio 28, 2015.

Constitución de la República Federativa de Brasil (1988). Diario Oficial de octubre 10, 1988.

Constitución de la República Italiana (1947). Asamblea Constituyente, diciembre 27, 1947.

Constitución de la República Alemana (1949). Ley Fundamental de la República Federal de Bonn. Boletín Oficial Federal Nº 1, mayo 23, 1949.

Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967). Plebiscito de fecha noviembre 27, 1966. Publicada en febrero 15, 1967.

Constitución de Perú (1993). Diario Oficial El Peruano, diciembre 30, 1993.

Constitución Española (1978). Boletín Oficial Nº 311, diciembre 29, 1978.

Constitución Nacional de Paraguay (1992). El Diario Noticias Nº 1992-06, junio 20, 1992.

Constitución Política de Colombia (1991). Gaceta Constitucional Nº 116, julio 20, 1991.

Constitución Política de El Salvador (1983). Diario Oficial Nº 234, diciembre 16, 1983.

Constitución Política de la República de Chile (1980). Diario Oficial de octubre 21, 1980.

Constitución Política de la República de Costa Rica (1949). Noviembre 07, 1949.

Constitución Política de la República de Guatemala (1985). Diario de Centro América, mayo 31, 1985.

Constitución Política de la República de Nicaragua (1987). La Gaceta Nº 05, enero 09, 1987.

Constitución Política de la República de Panamá (1972). Gaceta Oficial Nº 17.240, diciembre 11, 1972.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). Boletín Oficial de febrero, 07, 2009.

Constitución Política de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial Nº 449, octubre 20, 2008.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Febrero 05, 1917.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1995), sentencia caso: Neira Alegría y otros vs. Perú, de fecha 19 de enero de 1995. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf Consultado: 7/02/2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997), sentencia Nº 77, caso: Suárez Rosero, de fecha 12 de noviembre de 1997. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf. Consultado: 7/02/2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997), sentencia Nº 33, caso: Suárez Rosero, de fecha 11 de marzo de 1997. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_44_esp.pdf
Consultado: 11/03/2018

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007), Caso: Chaparo Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, de fecha 21 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

Consultado: 11/03/2018

Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (1997). Francia. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, noviembre 21, 1997.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Código Orgánico Procesal Penal (2012), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.078 (Extraordinario), noviembre 15, 2012.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción (2014), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.155 (Extraordinario), noviembre 19, 2014.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (2015). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.202 (Extraordinario), noviembre 08, 2015.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses (2012), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.079, (Extraordinario) junio 15, 2012.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado (2014), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.156 (Extraordinario), noviembre 19, 2014.

Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Asamblea Nacional Constituyente francesa, agosto 26,1789.

Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre (1948). IX Conferencia Internacional americana en Bogotá, Organización de Estado Americanos, marzo 30,1948.

Declaración y Plataforma de acción de Beijing (1995). Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing. Organización de Naciones Unidas, septiembre 15, 1995.

Doctrina del Ministerio Público, memorándum N° DRD-13-14943 de fecha 06 de abril de 2001 (2001) Informe Anual del Fiscal General de la República de 2001. Pp.594-595. Disponible en: http://catalogo.mp.gob.ve/min-

publico/doctrina/bases/doctri/texto/2001/162-2001.pdf Consultado: 4/05/2017

Duque, R. (2008). Temas de Derecho Público y de Derecho Constitucional. Colombia: Legis.

Eguren, C. (2008). Las medidas autosatisfactivas: el gran salto evolutivo del Derecho Procesal Contemporáneo, en activismo y garantismo procesal., Volumen XLVII. Córdoba: Argentina: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Escarrá, C. (2007). Tutela Judicial Efectiva. Nuevas Tendencias de Derecho Procesal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Escovar, 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.

Febres, M. (2000). Las medidas cautelares en el Código Orgánico Procesal Penal (C.O.P.P.). Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. Nº 3. (enero-junio 2000). Las medidas Cautelares. Caracas: Invedepro, Livrosca.

Fernández, J. (2013). Correcta interpretación y aplicación de las medidas cautelares personales: La detención preventiva. Tesis Doctoral. Nuevo León: México. Universidad Autónoma de Nuevo León.

Ferrajoli, L. (1999). Derechos y Garantías. Madrid: Editorial Trotta.

García de Enterría, E. (1998). La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación. Revista española de Derecho Administrativo (REDA). Número 98. España.

García de Enterría, E. (2004). La Batalla por las Medidas Cautelares. (3ª. ed.). Madrid: Civitas.

Gimeno, J, (1981). Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas.

Giorgio, A. (2015). Medidas de Coerción: La prisión preventiva. Buenos Aires: Editorial Dunken.

González-Cuellar, N. (1998). El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. Cuadernos de Derecho Público, Nº 5, septiembre-diciembre.

González-Pérez, J. (2001). El Derecho a la tutela Jurisdiccional. (3ª. ed.). Madrid: Civitas

González, R. (2008). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva: El Mito de una serendepia procesal. Perú: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal

Garantista. pp. 1-25. Disponible en: http://www.academiadederecho.org/biblioteca/biblio_display_cont.cgi?wid_cont=6369 Consultado: 6/07/2017

Gottheil, J. (1960). Common Law y Civil Law. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Granados, J. (2013). El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación práctica en Colombia. Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo. Nº 45, oct-dic. pp.33-67.

Graterón, M. (2010). Derecho Civil II. Bienes y Derechos Reales. Caracas. Paredes Editores.

Guarderas, S. (2014). Medidas Cautelares en Procesos Constitucionales. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre la Recuperación de Activos (2006). Informe de la reunión del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre recuperación de activos. Viena 25 y 26 de agosto, 2011.

Hernández, S. (2016). Manual de Garantías Civiles. Caracas: Livrosca.

Hurtado, M. (2005). La Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Tesis Doctoral. Lima-Perú: Universidad de San Marcos.

Iniciativa de Recuperación de Activos Robados STAR (2007). Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, septiembre, 2017.

Informe del Sistema de Indicadores para Centros Penitenciarios en Venezuela. Disponible en: http://monitorlegislativo.net/wp-content/uploads/2015/02/Sistema-de-indicadores-para-centros-penitenciarios-en-Venezuela.-Versi%C3%B3n-revisada..pdf Consultado: 23/07/2017

Informe Nº 2/97 de Comisión Interamericana, criterios para determinar el peligro de fuga (1997), marzo de 1997. Disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm Consultado: 12/05/2017

Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en Latinoamérica. (2013). Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf Consultado: 16/11/2017

Informe sobre la situación de privados de libertad en Venezuela con motivo de la revisión del cuarto informe de la República Bolivariana de Venezuela ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU (2015). Observatorio venezolano de prisiones Informe sobre la situación de privados de libertad en Venezuela con motivo de la revisión del cuarto informe de la República Bolivariana de

Venezuela ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU 114º periodo de sesiones 29 de junio al 24 de julio de 2015. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/VEN/INT_CCPR_CSS_VEN_20347_S.pdf Consultado: 27/10/2017

La Roche. R. (1988). Medidas Cautelares (Según el nuevo Código de Procedimiento Civil). Tercera Edición. Maracaibo. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Levene, R. (1993). Manual de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: De Palma.

Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (1969). Gaceta Oficial Nº 31.256, junio 15, 1977.

Ley Aprobatoria de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Nº 34.741, junio 21, 1991.

Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2005) Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.192, mayo 23, 2005.

Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Nº 37.357, enero 04, 2002.

Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996) Gaceta Oficial Nº 36.211, mayo 22, 1997.

Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem Do Para" (1995). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 35.632, enero 16, 1995.

Ley Contra el Secuestro y la Extorsión (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.194, junio 05, 2009.

Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (2000). Boletín Oficial Nº 7, enero 08, 2000.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. (1882). Real Decreto del Reino de España, septiembre 14, 1882.

Ley de Protección de Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Procesales (2006). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.536, octubre 04, 2006.

Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (2000). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.021, agosto 25, 2000.

Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.558, (Extraordinario) noviembre 14, 2001

Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (2006). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.536, octubre 04, 2006

Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (2008). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.894, (Extraordinario) agosto 26, 2008

Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.930, (Extraordinario) septiembre 04, 2009

Ley de Registro Público y del Notariado (2001), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.333, noviembre 27, 2001.

Ley de Registro Público y del Notariado (2006), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.833 (Extraordinario), diciembre 22, 2006.

Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2010), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.991 (Extraordinario), julio 29, 2010.

Ley del Estatuto de la Función Pública (2002), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.522, septiembre 06, 2002.

Ley Especial Contra Delitos Informáticos (2001), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.313, octubre, 30, 2001

Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras (1994), Gaceta Oficial Nº 35.418, marzo 10, 1994.

Ley Especial para Prevenir y Sancionar la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.212, julio 22, 2013.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (2004). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.995, agosto 05, 2004.

Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.912, abril 30, 2012.

Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2005). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.789 (Extraordinario), octubre 26, 2005.

Ley Orgánica de Drogas (2010). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.510, septiembre 15, 2010.

Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.238, agosto 10, 2009.

Ley Orgánica de la Contraloría (2010). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (Extraordinario) Nº 6013, diciembre 23, 2010.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 36.970, junio 12, 2000.

Ley Orgánica del Ministerio Público (2007). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647, marzo 19, 2007.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.522, octubre 01, 2010.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.859 (Extraordinario), diciembre 10, 2007.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.185 (Extraordinario), junio 8, 2015.

Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes (1998), Gaceta Oficial Nº 5.266 (Extraordinario), octubre 02, 1998.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.504, agosto 13, 2002.

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.770, septiembre 17, 2007.

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.551, noviembre 28, 2014.

Ley Penal del Ambiente (2012). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.913, mayo 02, 2012.

Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera (1997). Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.159 (Extraordinario), julio 25, 1997.

Ley sobre el Delito de Contrabando (2010), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.017 (Extraordinario), diciembre 30, 2010.

Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia (1998), Gaceta Oficial Nº 36.531, septiembre 03, 1998.

Llobet, J. (2010). La Prisión Preventiva. Primera Edición. San José, C.R: Editorial Jurídica Continental.

López, J. (2012). Tratado de Derecho Procesal Penal. España: Aranzadi.

López, E. (2011). Juicios orales en materia penal. México. Iure Editores.

Louzada, M (2004). La tutela cautelar en el derecho procesal civil brasileño. Brasil: Editorial Revista *Ius*. pp. 1-2. Disponible en: https://jus.com.br/artigos/5774/la-tutela-cautelar-en-el-derecho-procesal-civil-brasileno Consultado: 6/12/2017

Maier, J. (2004). Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Buenos Aires: Editores el Puerto.

Manual de Cooperación Internacional en el Decomiso del Producto del Delito (2013). Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Viena.

Marín, J. (2002). Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal chileno. Revista de Estudios Jurídicos, Nº 1, año 2002. Universidad de Chile. pp.9-54.

Martínez, B. (2011). Nueva perspectiva del sistema de Derecho Continental en Colombia. Revista Ius et Praxis. Año 17, Número 2. pp. 25-52. Chile: Universidad de Talca. Disponible en: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/97/92 Consultado: 4/9/2018.

Mata, N. (2007). Medidas de coerción personal en la fase de investigación del proceso penal de adolescentes. X. Jornadas de Derecho Procesal Penal: Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Mayaudon, J. (2007). El principio de excepcionalidad de la detención preventiva. X. Jornadas de Derecho Procesal Penal: Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Mendoza, R. (1960). Curso de Derecho Penal Venezolano. Tercera Edición. Volumen III. Madrid: Gráficas Letra.

Mila, F. (2014). Manual de Derecho Penal, Parte General. Caracas: Livrosca.

Mir Puig, S. (1994). El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. España: Ariel.

Monagas, O. (2007). Privación Judicial Preventiva de Libertad X. Jornadas de Derecho Procesal Penal: Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Monroy, J y Monroy, J. (2000). "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes Iniciales", Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 165-208. Disponible en: http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/tutela.pdf Consultado: 27/03/2017.

Montero, J. (1997). Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón. Valencia-España. Tirant lo Blanch.

Moreno, C. (2003). Derecho Procesal Penal. Manual Teórico-Práctico. Caracas: Vadell Hermanos

Muñoz, F y García M (2007). Derecho Penal, Parte General. 7 Edición. Valencia: Tirant lo Blanch

Muñoz, F y García M. (2010). Derecho Penal, Parte General. 8 Edición. Tirant lo Blanch.

Obando, F. (2013). La Tutela Cautelar y la Eficacia del Sistema Jurídico. Foro Jurídico. Número 12. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú. pp. 391-398. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13833/14457 Consultado: 01/6/2017.

Ortíz-Álvarez, L. (1999). La protección cautelar en el contencioso Administrativo. Caracas: Editorial Sherwood. Colección Tratados y Estudios de Derecho Comparado.

Ortíz-Ortíz, R. (2004). Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos. 1ra Edición. Caracas: Editorial Fronésis.

Ortíz-Ortíz, R. (2007). La Tutela Anticipada en la Protección de Derechos Fundamentales. Tendencias Actuales de Derecho Procesal. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Ortíz-Ortíz, R. (2015a). Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico venezolano. (1era. Parte). Caracas: Editorial Fronésis.

Ortíz-Ortíz, R. (2015b). Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico venezolano. (2da. Parte). Caracas: Editorial Fronésis.

Ortíz-Ortíz, R. (2016). La Teoría General de la Acción en la Tutela de Intereses Jurídicos. Caracas: Editorial Fronésis.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1977). Gaceta Oficial Nº 9451, noviembre 12, 1977.

Parra, J. (2000). Las medidas cautelares en el contexto procesal del nuevo milenio. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal: La seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar. Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal. INVEDEPRO. Caracas: Livrosca.

Pellegrini, A. (2005). Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia XII congreso mundial de derecho procesal. Vol. I. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Pérez, J. (2003). Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons.

Peyrano, J. (1999). Medidas autosatisfactivas. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.

Peyrano, J. (2000). Soluciones urgentes no cautelares (Medida autosatisfactiva). Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal: La seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar. Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal. INVEDEPRO. Caracas: Livrosca.

Peyrano, J. (2004). La acción preventiva. Buenos Aires: Ediciones Lexisnexis.

Peyrano, J. (2008). ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina? Revista de Derecho Procesal. II. Buenos Aires: Editorial Rubinzal. Culzoni. pp. 228-244. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2747849 Consultado: 03/02/2017.

Peyrano, J. (2009). Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada, espigado en Revista de Derecho Procesal. "Tutelas Diferenciadas. II. Santa Fe: Argentina. Rubinzal Culzoni. pp. 21-27. Disponible en: http://181.168.124.69/files/koha_ip.php?d=rc&biblionumber=9583 Consultado: 19/12/2007.

Picó i Junoy, J. (2012). Las Garantías Constitucionales del Proceso. Segunda Edición. Barcelona: Bosh.

Proyecto de Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia Penal -Reglas de Beijing- (1985) Resolución 40/33 de la Asamblea General, noviembre 29, 1985.

Pujadas, V. (2007). Para una teoría general de las medidas. Gerona. Universitat de Girona.

Pujadas, V. (2008). Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso. Madrid: Marcial Pons.

Quintero, M. (1974). Introducción al Estudio de las Medidas preventivas. Caracas: Editorial Síntesis Jurídica.

Real Academia Española (2017). Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: https://dle.rae.es/?id=ZepHpgL Consultado: 16/12/2017.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas "Reglas de Mallorca" (1991), Organización de las Naciones Unidas en coordinación con la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Viena en conjunto con el Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y la Consejería Adjunta a la Presidencia del Gobierno de las Islas Baleares.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (1955). Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, julio 31, 1955.

Resolución N° 070327-341 (2007), Consejo Nacional Electoral de Venezuela. Normas para regular los referendos revocatorios, marzo 27, 2007. Disponible

en: http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2007/referendo_revocatorios/documentos/RESOLUCION_DEFINITIVA_NORMAS_PARA_REGULAR_REFERENDOS_REVOCATORIOS.pdf Consultado: 25/12/2017.

Restrepo, M. (2005). La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo. Revista Estudios Socio Jurídicos. Volumen 7, número 2 (julio-diciembre). Bogotá: Universidad del Rosario. pp. 191-200. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/171 Consultado: 22/09/2018.

Reviriego, J. (2005). La tutela preventiva y la acción preventiva en el Derecho argentino. Ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP), Mendoza, Argentina, 22 a 24 de septiembre de 2005. Chile: Universidad Bernardo O`Higgins. Pp.135-190. Disponible en: http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2012/02/05-La-tutela-preventiva.pdf Consultado: 14/04/2007.

Rionero, G y Bustillos, L. (2002). Instituciones Básicas en la Instrucción del Proceso Penal. Caracas. Livrosca.

Rionero, G y Bustillos, L. (2005). El Proceso Penal. Instituciones Fundamentales. Caracas. Vadell Hermanos.

Rionero, G y Mila, F. (2012). Manual de Delitos y Faltas. Caracas: Vadell Hermanos.

Rivera, R. (2002). La Prueba en el Proceso Penal venezolano. San Cristóbal: Editorial Jurídica Santana.

Rivera, R. (2012). Manual de Derecho Procesal Penal. Librería Rincón Barquisimeto: Universidad Católica del Táchira

Rodríguez, A. (2006). Síntesis de Derecho Penal. Editorial Paredes. Caracas.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal, Parte General. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito. Trad: Diego Luzón y otros. España: Civitas Ediciones.

Roxin, C. (2000). Derecho Procesal Penal. Argentina: Editores del Puerto.

Saín, J. (2003). La libertad en el proceso penal venezolano. VI Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Sanguiné, O. (2003) Prisión provisional y derechos fundamentales. Valencia: Tirant lo blanch.

Silva de Vilella, M. (2007). Las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad. Requisitos. X. Jornadas de Derecho Procesal Penal: Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Sumaria, O. (2010). La Sociedad de la Decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso. Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Volumen 4. Número 1. Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima. pp. 1-28. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2398/2349 Consultado: 07/11/2018.

Tamayo, J. (2003). Responsabilidad civil derivada del delito. Revista Relación Criminológica. Nº 11. Universidad de Carabobo. pp.1-16.

Tamayo, J. (2011). Medidas de Coerción Real, Código Orgánico Procesal Penal. Caracas: Editorial Arte Profesional.

Tarzia, G. (1993). Il nuovo proceso cautelare. Padova: Cedam.

Tribunal Constitucional Español (1992). Sentencia 238/1992 de fecha 17 de diciembre de 1992. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2125 Consultado: 14/09/2017

Tribunal Penal de Primera Instancia Estadales y Municipales en Funciones de Control, Ciudad Bolívar (2016). Asunto principal: FP01-P-2016-004938, asunto: FP01-P-2016-004938, octubre 20, 2016.

Tribunal Sexto 6° de Primera Instancia en Funciones de Control de esta Circunscripción Judicial (2014). Asunto Nº AP02-P-2006-038526, expediente Nº 06C-19.028-1428, mayo 07, 2014.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2000). Sentencia Nº 80, Sala Constitucional de fecha: 09 de marzo de 2000. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/090300-00-0092-80.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2000). Sentencia Nº 576, Sala Constitucional de fecha: 27 de abril de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/576-270401-00-2794.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2000). Sentencia Nº 788, Sala Político-Administrativo de fecha: 10 de abril de 2000. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00788-100400-0254.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2001). Sentencia Nº 453, Sala Constitucional de fecha: 04 de abril de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/453-040401-01-0236.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2001). Sentencia Nº 526, Sala Constitucional de fecha: 09 de abril de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/526-090401-00-2294.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2001). Sentencia Nº 662, Sala Político-Administrativo de fecha: 17 de abril de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00662-170401-1139.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2001). Sentencia Nº 2029, Sala Constitucional de fecha: 19 de agosto de 2002. Disponible: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2029-190802-2840.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2001). Sentencia Nº 333, Sala Constitucional de fecha: 14 de marzo de 2001. Disponible: https://vlexvenezuela.com/vid/claudia-ramirez-283490363 Consultado: 20/01/2019

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2001). Sentencia Nº 708, Sala Constitucional de fecha: 10 de mayo de 2001. Disponible: https://vlexvenezuela.com/vid/juan-adolfo-guevara-283486535 Consultado: 15/04/2016

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2002). Sentencia Nº 076, Sala de Casación Penal de fecha: 22 de febrero de 2002. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/febrero/076-220202-C010650.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2002). Sentencia Nº 3167, Sala Constitucional de fecha: 09 de diciembre de 2002. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3167-091202-02-2154.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2003). Sentencia Nº 2075, Sala Constitucional de fecha: 05 de agosto de 2003. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2075-050803-02-1918.HTM Consultado: 15/03/2017

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2003). Sentencia Nº 3061, Sala Constitucional de fecha: 04 de noviembre de 2003. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/3061-041103-02-2589.HTM Consultado: 03/01/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2005). Sentencia Nº 385, Sala Constitucional de fecha: 01 de abril de 2005. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/385-010405-03-2061.HTM Consultado: 03/01/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2006). Sentencia Nº 240, Sala Constitucional de fecha: 17 de febrero de 2006. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/240-170206-05-1764.HTM Consultado: 03/01/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2006). Sentencia Nº 295, Sala de Casación Penal de fecha: 29 de junio de 2006. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/A06-0252-295.HTM Consultado: 03/01/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2006). Sentencia Nº 934, Sala Constitucional de fecha: 09 de mayo de 2006. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/934-090506-04-1104.HTM Consultado: 03/01/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2006). Sentencia Nº 972, Sala Constitucional de fecha: 09 de mayo de 2006. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/972-090506-03-2401.HTM Consultado: 03/01/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2006). Sentencia Nº 1375, Sala Constitucional de fecha: 10 de julio de 2006. Disponible: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1375-100706-06-0701.HTM Consultado: 03/01/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2006). Sentencia Nº 1516, Sala Constitucional de fecha: 08 de agosto de 2006. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1516-080806-05-0689.HTM Consultado: 03/01/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2008). Sentencia Nº 104, Sala Constitucional de fecha: 20 de febrero de 2008. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/104-200208-07-1233.HTM Consultado: 19/03/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2009). Sentencia Nº 345, Sala de Casación Penal de fecha: 13 de julio de 2009. Disponible en: https://vlexvenezuela.com/vid/kendry-robert-soto-gonz-lez-283243059 Consultado: 19/04/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2009). Sentencia Nº 1621, Sala Constitucional de fecha: 24 de noviembre de 2009. Disponible en:

http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1621-241109-2009-08-0557.HTML Consultado: 19/03/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2010). Sentencia Nº 191, Sala Constitucional de fecha: 08 de abril de 2010. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/191-8410-2010-04-2498.HTML Consultado: 19/03/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2011). Sentencia Nº 2426, Sala Constitucional de fecha: 27 de noviembre de 2011. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2427-271101-00-3126.HTM Consultado: 19/03/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2014). Sentencia Nº 245, Sala Constitucional de fecha: 09 de abril de 2014. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTML Consultado: 19/03/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2015). Sentencia Nº 260, Sala Electoral de fecha: 30 de diciembre de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML Consultado: 19/03/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2016). Sentencia Nº 263, Sala Constitucional de fecha: 06 de abril de 2016. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/186870-263-6416-2016-14-0852.HTML Consultado: 19/03/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2016). Sentencia Nº 331, Sala Constitucional de fecha: 02 de mayo de 2016. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/187502-331-2516-2016-16-0069.HTML Consultado: 19/03/2018

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2017). Sentencia Nº 65, Sala Plena de fecha: 04 de agosto de 2017. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Nº 6.322 (Extraordinario), agosto 5, 2017.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2017). Sentencia Nº 66, Sala Plena de fecha: 16 de agosto de 2017. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/tplen/agosto/203196-66-16817-2017-2017-000097.HTML Consultado: 19/03/2018

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

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

Vélez, A. (1956). Estudios de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Córdoba: Argentina. IUC

Vélez, A. (1969). Derecho Procesal Penal. Tomo III. Córdoba: Argentina. Ediciones Lerner.

Vescovi, E. (1988). Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires: De Palma.

VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1985). Organización de las Naciones Unidas. Milán, agosto 26, 1985.

Vitale, G. (2010). Un proceso sin prisión. La Cultura Penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler. Buenos Aires: Editores el Puerto.

Zela, A. (2010). La tutela preventiva de los derechos. Una introducción. Revista de Derecho Nº 58. Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 1- 12. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9116/9527. Consultado: 17/10/2017.

Zoppi, P (1988). Providencias cautelares en el nuevo código de procedimiento civil venezolano. Valencia: Vadell Hermanos.