



Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional

**EFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR COMO EXPRESIÓN DE LA
JURISDICCIÓN NORMATIVA VENEZOLANA**

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

Autor: Wilson G. Mendoza P.

Tutor: Gonzalo Pérez S.

Caracas, mayo 2015



Caracas, 05 de mayo de 2015

Carta de aprobación del tutor

Comité Académico de la Coordinación de Estudios de Postgrado

Especialización en Derecho Procesal Constitucional

P r e s e n t e.-

En mi carácter de tutor del Trabajo Especial de Grado denominado **“Eficacia de la Tutela Cautelar como expresión de la Jurisdicción Normativa Venezolana”** presentado por el alumno, Wilson Gerardo Mendoza Pedraza, portador de la C.I. N° 16.888.965, para optar al grado de especialista en Derecho Procesal Constitucional, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

Se suscribe atentamente,

Gonzalo Pérez S.

Tutor del Trabajo Especial de Grado

DEDICATORIA

Dedico mi esfuerzo primeramente a Dios nuestro creador, luz del mundo, a quien debo la vida y todo lo que soy, el honor y la gloria son tuyos mi Dios.

A papá, quien desde la eternidad hoy sonrío orgulloso, tú ejemplo y vida se encuentran en cada uno de mis aciertos y aún en la fuerza para levantarme de mis tropiezos, te amo por siempre.

A mi madre y hermanas, quienes en la distancia han sabido animarme a continuar luchando, todo lo que he logrado es de ustedes y para ustedes, las amo.

A mi hija Victoria "*Mivi*", tu llegada fue una bocanada de aire fresco, que me impulso a retomar mi acercamiento a la academia e incluso renovó en mí definitivamente, la necesidad de contribuir en la mejora de nuestro país, soñando con que a futuro, como al inicio de una "*carrera de velocidad*", los escalones por mi alcanzados serán tan solo los "*tacos de salida*" de tu vida; hoy y siempre, eres y serás mi más grande inspiración, te amo.

AGRADECIMIENTOS

A los profesores de la Universidad Monteávila, quienes con vocación sembraron la semilla del conocimiento, mil gracias a todos por su loable labor, decir nombres sería injusto para los que no vengán al recuerdo y por ello gracias en general a todos.

A mis compañeros de la especialización, quienes demostraron que entre ocho (8) la carga es mucho más liviana, es un honor contar con colegas y amigos como cada uno de ustedes.

A mi tutor, el Dr. Gonzalo Pérez, gracias por su apoyo y solidaridad, no solo en la elaboración de la presente sino por la paciencia y mística profesional mostrada a lo largo de toda la especialización.

Gracias a todos los que de alguna forma han sido inspiración.

EPIGRAFE

*Si me ves cansado, fuera del sendero,
ya casi sin fuerzas para hacer camino.
Si me ves sintiendo que la vida es dura,
porque ya no puedo, porque ya no sigo.
Ven a recordarme como es un comienzo,
ven a desafiarme con tu desafío.*

*Si me ves cansado, fuera del sendero, solitario
y triste, quebrado y herido,
siéntate a mi lado, tómate las manos,
entra por mis ojos hasta mi escondrijo,
y dime se puede, e insiste, se puede,
hasta que yo entienda que puedo lo mismo.
Que tu voz despierte, desde tu certeza,
al que de cansancio se quedó dormido,
y tal vez, si quieres, préstame tus brazos,
para incorporarme, nuevo y decidido.*

Vera de Carvalho



Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional
“EFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR COMO EXPRESIÓN DE LA
JURISDICCIÓN NORMATIVA VENEZOLANA”

Autor: Wilson G. Mendoza P.

Tutor: Gonzalo Pérez S.

Caracas, 5 de mayo de 2015

RESUMEN

La presente investigación trata de la eficacia de la tutela cautelar dictada como expresión de la Jurisdicción Normativa Venezolana. La misma fue desarrollada bajo el modelo de investigación jurídica dogmática, de tipo documental, obteniéndose la mayoría de la información de doctrina nacional e internacional. Del desarrollo del presente trabajo se obtuvo un criterio unificado en relación a la tutela cautelar, con especial atención a la dictada en los procedimientos constitucionales, sus características, requisitos de procedencia y finalidad; de la misma forma se obtuvo una visión clara de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de la mencionada Jurisdicción Normativa en Venezuela, sus características y críticas, destacándose las sentencias más relevantes que se han dictado en ese sentido; verificándose finalmente la ineficacia de la tutela cautelar que es dictada como expresión de la Jurisdicción Normativa en los procedimientos constitucionales ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción Normativa, medidas cautelares, nulidad por inconstitucional, interpretación constitucional, seguridad jurídica.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTOS.....	iv
EPIGRAFE.....	v
RESUMEN.....	vi
ÍNDICE GENERAL.....	vii
INTRODUCCIÓN	1
El Problema	1
Objetivo General.....	3
Objetivos Específicos	3
Justificación	3
Alcances de la investigación.....	4
Aportes	5
Marco Metodológico	5
Estructura del Trabajo	7
Marco teórico referencial	8
CAPITULO I.....	12
FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES DE LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN VENEZUELA.....	12
Características Generales de las medidas cautelares.....	16
Jurisprudencia	19
Medidas Cautelares en los Procedimientos Constitucionales	22
Amparo Autónomo.....	26

Amparo contra Normas.....	27
Acciones en Protección de Derechos e Intereses Colectivos y Difusos	27
Habeas Data.....	28
Nulidad por inconstitucional.....	28
CAPITULO II.....	31
ANTECEDENTES DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.....	31
Sentencias icono de la Jurisdicción Normativa Venezolana.....	38
CAPITULO III.....	46
EFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR COMO EXPRESIÓN DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA EN VENEZUELA.....	46
Sentencia 516 del 07 de mayo de 2013. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.....	51
CONCLUSIONES.....	60
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	63

INTRODUCCIÓN

El Problema

La tutela cautelar es una expresión de la tutela jurisdiccional, en tal sentido, su finalidad es la protección de la eficacia práctica de las decisiones jurisdiccionales, las cuales tienen por norte establecer los límites del derecho de los ciudadanos como consecuencia lógica de los procesos jurisdiccionales. Así, ante la ausencia de instrumentos que garanticen oportuna y eficazmente que el reconocimiento que el Estado haga de un derecho vulnerado o discutido, pueda concretizarse o ejecutarse, las sentencias estimatorias serían, al ser proferidas, mecanismos de protección de la tutela judicial.

Por su parte, la jurisdicción normativa como expresión del Sistema de Justicia Constitucional, es entendida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a partir de la interpretación del artículo 335 constitucional, como un mecanismo para darle eficacia aplicativa a la Constitución.

La constitución del año 1999 de la República Bolivariana de Venezuela adoptó un sistema mixto en relación a su modelo de Justicia Constitucional, el cual se encuentra marcado en primer lugar por la posibilidad que le subsiste a todos los jueces de la República de aplicar el control difuso contenido en el artículo 334 de la Carta Magna, al evidenciar en la esfera de un caso particular y concreto la colisión de una norma legal con el texto fundamental, y de la misma forma, por la existencia del recurso de nulidad por inconstitucional como expresión del control concentrado de la constitución, que puede intentarse ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, artículo 335 ejusdem.

En este último caso, ante la solicitud de nulidad de una norma de rango legal, bajo la presunción de inconstitucionalidad que pueda estar afectando intereses colectivos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han avalado el dictamen de medidas cautelares, más específicamente la suspensión de efectos parcial o total de la norma sometida a conocimiento de la Sala, estando dicha tutela provisional únicamente sustentada en la presunción de inconstitucionalidad de la norma y sin mayores regulaciones en cuanto a su duración.

La ausencia de regulación antes descrita, no solo permite la extensión en el tiempo de suspensiones de efectos de algunas normas dictadas por el órgano legislativo, sino inclusive ha permitido el dictamen de medidas innominadas que se erigen como normas de carácter provisional para suplir la legislación suspendida, transformándose en algunos casos en una nueva legislación de carácter temporal, por vía judicial.

El análisis anterior sustenta una serie de incertidumbres que abren paso al presente proyecto, tales como: ¿Cuáles son los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales en materia de tutela cautelar en Venezuela?; ¿Cuáles son los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de la Jurisdicción Normativa venezolana?, y por último, ¿Es eficaz el dictamen de tutelas cautelares en los procesos constitucionales como expresión de la Jurisdicción Normativa en la República Bolivariana de Venezuela?

Objetivo General

Considerado lo antes planteado y las interrogantes señaladas se formuló como **objetivo general** evaluar la eficacia de la tutela cautelar como expresión de la Jurisdicción Normativa Venezolana.

Objetivos Específicos

En ese sentido, se enunciaron como **objetivos específicos** los siguientes:

- Examinar las bases doctrinarias y jurisprudenciales de la tutela cautelar en los procesos judiciales en Venezuela.
- Estudiar los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales de la Jurisdicción Normativa en la República Bolivariana de Venezuela.
- Estimar si es eficaz la tutela cautelar dictada en los procesos constitucionales como expresión de la Jurisdicción Normativa en Venezuela.

Justificación

La presente investigación se justifica en el nivel jurídico, a partir de la necesidad y el derecho de seguridad jurídica que detentan los ciudadanos; los justiciables en los procesos de cognición, que debe el Estado resolver a través de los órganos de administración de justicia mediante la aplicación de leyes previamente sancionadas por las autoridades competentes.

Se justifica en el nivel institucional, en la necesidad de realización de análisis crítico y asentamiento de criterios que permitan evaluar como se ha

materializado la Jurisdicción Normativa ideada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la cual, partiendo del contenido del texto fundamental, las normas legales dictadas por el legislador han sido desaplicadas, interpretadas, modificadas y muchas veces alteradas por la Sala, no solo a través de sentencias de carácter definitivo, sino incluso a través del dictamen de medidas cautelares, de naturaleza temporal y transitoria, aunque en su sentido práctico perduren en el tiempo cual sentencias definitivas.

En el nivel académico, encuentra su justificación en razón de que, abre una brecha a un tema poco estudiado por los alumnos de post-grado de la especialización de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, brindándoles así la oportunidad de ampliar el mencionado tema o analizar las distintas vertientes que de él se pueden derivar para futuros trabajos de investigación.

Alcances de la investigación

El presente trabajo se encuentra enmarcado en los límites del Derecho Procesal Constitucional, por cuanto en el mismo se realiza un análisis de parte de las instituciones que forman parte del Sistema de Justicia Constitucional ideado por el constituyente del año 1999.

De la misma forma se estudia la trascendencia de la ejecución de la llamada Jurisdicción Normativa a través de las tutelas cautelares, haciendo especial énfasis en el carácter provisional de las mismas.

Aportes

El aporte principal de este trabajo es el análisis del mismo, el cual conlleva a determinar claramente si es eficaz la aplicación de la Jurisdicción Normativa desarrollada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través del dictamen de medidas cautelares, dando elementos de convicción, afianzados en criterios doctrinales a fin de poder aseverar las conclusiones pertinentes y consecuentes recomendaciones.

De la misma forma, brinda un aporte a nivel académico, pues servirá de antecedente a futuras investigaciones relacionadas tanto con la Jurisdicción Normativa, como con el ejercicio de las potestades conferidas por la Constitución y las leyes a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Marco Metodológico

Para alcanzar los propósitos planteados se estructuró una Metodología que permitió el logro de los objetivos propuestos, seleccionándose la modalidad de Investigación Documental de nivel descriptivo.

Se entiende por Investigación Documental, el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, en trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos. BARRIOS, M., (2001) señala lo siguiente *“la originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, reflexiones, conclusiones, recomendaciones y, en general, en el pensamiento del autor”* (Pag. 98). Dirigidas específicamente a las revisiones críticas del estado del conocimiento, que definidas por BARRIOS, M., (ob. Cit) es:

La integración, organización y evaluación de la información teórica y empírica existente sobre un problema, focalizando ya sea el progreso de la investigación actual y posibles vías para su solución, en el análisis de la consistencia interna y externa de las teorías y conceptualizaciones para señalar sus fallas o demostrar la superioridad de unas sobre otras, o en ambos aspectos. (Pag. 7).

Cabe destacar en este punto que no hay solo un método para investigar el fenómeno jurídico, sino una diversidad de aproximaciones que responden al concepto de procedimientos racionales y empíricos que nos permiten explicar un fenómeno o bien un problema.

En cuanto a la investigación a nivel descriptivo, la misma consiste en la caracterización de un hecho, fenómeno o grupo con el fin de establecer su estructura o comportamiento. Los resultados de este tipo de investigación se ubican en un nivel intermedio en cuanto a la profundidad de los conocimientos se refiere.

SELLTIZ Y JOHADA (1997) plantearon que podemos ubicar dos modalidades de investigación a nivel descriptivo. (Pag. 118).

En primer lugar aquellos estudios cuyo objetivo es la descripción con mayor precisión de las características de un determinado individuo, situaciones o grupos, con o sin especificaciones de hipótesis iniciales acerca de la naturaleza de tales características.

Una segunda modalidad de investigación a nivel descriptivo son los estudios cuyo alcance se extiende hasta la *“determinación de la frecuencia con la que algo ocurre o con la que algo se halla asociado o relacionado con otro factor”* (SELLTIZ Y JOHADA, 1997: 68).

Muy frecuentemente el propósito del investigador es describir situaciones y eventos, para luego analizarlos con mayor detenimiento. Esto es decir como es y se manifiesta determinado fenómeno e incluso analizar las repercusiones que desde la perspectiva del investigador, puedan llegar a ocasionar. *“Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de las personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis”* (DANKHE, 1986:41).

Por lo antes correlativamente expuesto, fue la modalidad Documental de nivel descriptivo la utilizada para la presente investigación, por cuanto en la misma se realiza un análisis tanto de las instituciones procesales, así como de las decisiones del máximo Tribunal Venezolano, permitiéndole tal modalidad al investigador, estudiar los postulados constitucionales y su materialización a través de actividad de la máxima interprete de la constitución, para de esa manera poder establecer sus criterios, conclusiones y recomendaciones.

Estructura del Trabajo

El presente trabajo ha sido estructurado en tres capítulos los cuales permitieron el estudio y análisis del tema, con el propósito de lograr los objetivos propuestos.

El capítulo I fue dirigido a examinar los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales de la tutela cautelar en los procesos judiciales en Venezuela, con especial atención a los procesos constitucionales.

El capítulo II se dirigió a estudiar los antecedentes de la denominada “jurisdicción normativa” en la República Bolivariana de Venezuela.

Y por último, el capítulo III fue dirigido a estimar la eficacia de la tutela cautelar dictada como expresión de la Jurisdicción Normativa en Venezuela.

Marco teórico referencial

En los procesos judiciales, en los cuales el juez tiene por norte de sus actos la verdad, debiendo garantizar el debido proceso y las resultas del mismo, en virtud de ser él, el director del proceso, deberá hacer uso de herramientas procesales que le permitan garantizar en el tiempo, de forma cierta, la realización de la justicia en una correcta aplicación de las normas jurídicas.

Estas herramientas deben encontrarse estrechamente relacionadas con la función jurisdiccional, teniendo como fin, garantizar las resultas de aquellos procesos judiciales de cognición, en los cuales, en razón de una indebida actuación de las partes, del órgano judicial, o por la naturaleza propia del proceso, exista la posibilidad de retardo o demora en la obtención de la sentencia definitiva, siendo correcto admitir que, la misión de asegurar preventivamente el derecho reclamado es un momento de la función jurisdiccional.

LA ROCHE R. (2000) define la tutela jurisdiccional cautelar como *“aquella que va dirigida a hacer cesar el peligro de un daño en potencia, impidiendo la comisión o continuación del acto perjudicial”* (Pag. 29), lo cual expresa de forma clara la concepción preventiva o de aseguramiento anticipado de la tutela referida.

Para el antes mencionado jurista, el proceso cautelar existe cuando en vez de ser autónomo *“sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin del proceso definitivo”* (Pag. 27), siendo esto un ejemplo de justicia material que comprende una doble finalidad: impedir la violación de un derecho y

facilitar el ejercicio del mismo, bastando que haya indicio de peligro en situación que se pretende tutelar, para que el juez actúe a manera de centinela que, cuando observa movimientos sospechosos en la maleza y no es respondido su santo y seña, dispara primero y averigua después.

No obstante, lo anterior, en los procesos de carácter constitucional, o en el desarrollo de los procesos que materializan las instituciones que integran el sistema de justicia constitucional venezolano, existen otras acepciones a considerar y a tal efecto se observa:

En consonancia con el principio de supremacía constitucional adoptado por el constituyente venezolano, la constitución es la norma que dota de validez a todas las demás normas del ordenamiento jurídico nacional. Esto se manifiesta en la eficacia abrogativa del texto constitucional sobre las normas inferiores incompatibles y en su eficacia constructiva respecto al ordenamiento jurídico sucesivo (DA SILVA, 2003).

De la misma forma, el mencionado principio de Supremacía Constitucional yace en el carácter normativo de la Constitución, que constituye a ésta como una verdadera norma jurídica de aplicación directa e inmediata y no como un conjunto de principios programáticos (LÖSING, 2005) lo que abre un camino claro hacia la tutela de los derechos en base a la norma constitucional o a la interpretación de las leyes ordinarias conforme a la Carta Magna.

En este sentido, el desarrollo del pensamiento jurídico en base a la teoría antes expresada (supremacía constitucional), hizo necesario desarrollar un sistema que permitiera garantizar la vigencia del texto fundamental ante el constante desarrollo legislativo, que aun y cuando en principio es orientado por la misma constitución, no pocas veces, por descuido, ignorancia e incluso de manera dolosa, podría terminar contradiciendo el texto constitucional.

De esa forma nace el sistema de protección constitucional venezolano, como un sistema mixto que acoge expresiones de control difuso, al asignarle a todos los jueces, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en el texto constitucional y las leyes, la obligación de asegurar la integridad del texto fundamental, en el caso de incompatibilidad del texto constitucional y alguna ley (Artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), y de control concentrado, al otorgar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la potestad de declarar la nulidad total o parcial de las leyes que coliden con la constitución nacional (Artículo 336, ejusdem).

Así, la expresión “justicia constitucional” en Venezuela debe ser entendida como una noción material que equivale al control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales (BREWER CARÍAS, 2007).

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el artículo 335 constitucional, concluyó que el precitado artículo la autorizaba para ejercer la Jurisdicción Normativa, ampliando su ámbito de aplicación al punto de considerar y establecer que, con el fin de darle vigencia inmediata a normas constitucionales la sala podrá, señalando su alcances y formas de ejercicio, realizar *“interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea legisle sobre la materia”*. (Vid. Sentencia 1571 del 22 de agosto de 2001).

La ejecución de esta Jurisdicción normativa ha desembocado en el tiempo, en su gran mayoría, en sentencias con carácter vinculante, mediante las cuales se desaplica, se interpreta, se modifica, se suprime parte o se agregan palabras a normas de carácter legal, supeditas no solo a la Constitución sino incluso, por la vía de los hechos a la actividad de la Sala Constitucional del

Tribunal Supremo de Justicia, como máximo y último intérprete del texto fundamental, bajo la premisa de la supremacía constitucional.

En otros casos, la acción de la Sala Constitucional ha descansado en el decreto de medidas cautelares de suspensión de efectos de normas señaladas de inconstitucionales e incluso ha establecido normas supletorias a las suspendidas, y pese a lo delicado del tema sometido a su consideración, la tutela cautelar ha permanecido en el tiempo, constituyéndose como una nueva norma jurídica de aplicación *erga omnes*, surgiendo de allí las dudas que abrieron paso a la presente investigación y que se intentaran disipar en los siguientes capítulos.

CAPITULO I
FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES DE LA
TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN VENEZUELA

La principal razón de ser de la tutela cautelar es que la resolución con eficacia para incidir sobre la esfera jurídica de los sujetos procesales, no pueden obtenerse, por regla general, inmediatamente después de que sea pedida. En ese sentido, las normas adjetivas imponen que precedan una serie de actos, a través de los cuales, son aportados los hechos, se produce la prueba de las alegaciones y se introducen argumentaciones jurídicas, para así proporcionarle al jurisdicente el material necesario para que dicte una sentencia que apegada a la ley sea lo más justa posible.

Evidentemente, el proceso exige tiempo, aun cumpliéndose rigurosamente las previsiones legales sobre duración del mismo, lo cual en la práctica difícilmente es así, pues el deber ser es, hablando de tiempo, rebasado ampliamente por la realidad de los órganos jurisdiccionales, lo cual se traduce en la necesidad de la utilización de herramientas procesales que permitan al administrador de justicia asegurar la eficacia ejecutiva de la eventual sentencia de fondo, y que en definitiva, estará vinculada directamente a la decisión sobre el mérito del asunto controvertido.

El maestro CALAMANDREI, P. (1936) elaboró una formulación bastante precisa, que la doctrina ha aceptado mayoritariamente, en la que sostuvo que la instrumentalidad de las medidas cautelares consiste, en que ellas no son nunca fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica asegura preventivamente. (Pag. 21).

En criterio del jurista italiano, 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”*. (Pag.22).

Las resoluciones jurisdiccionales son instrumentos del derecho sustancial que se materializa a través de ellas, así, las resoluciones cautelares son en definitiva un instrumento de las anteriores.

El criterio anterior puede también conducir a la conclusión razonable de que determinadas necesidades de tutela provisional pueden ser atendidas tanto con la técnica de los procesos sumarios, como con las de las medidas cautelares, entendiendo por tales las que son instrumentales, dependientes de un proceso en el que se pretenda el reconocimiento y tutela definitiva de un determinado derecho o situación jurídica. ORTELLS, R. (2010: 78)

En Venezuela, el administrador de justicia tal y como lo establece en principio la norma civil adjetiva, podrá decretar las medidas cautelares que considere necesarias en razón de su prudente arbitrio, si se encontraren llenos los extremos de ley, ello a fin de garantizar las resultas del juicio y de la misma forma velar por la eficacia de la actividad jurisdiccional.

Sobre este particular ORTIZ, R. (2002) señala las medidas cautelares como *“las garantías jurisdiccionales aplicadas por el Juez de una causa a fin de asegurar los bienes litigiosos y evitar la insolvencia del obligado”*. (pág. 40).

En virtud de lo anterior, debe ser entendida la providencia cautelar como la garantía decretada bien sea a petición de la parte interesada o de oficio por el Juez de la causa, a fin de prevenir anticipadamente que la resolución de la controversia pueda ser ejecutada de manera expedita.

Estas providencias cautelares son decretadas por el Juez de la causa una vez revisados los extremos de ley y corroborado el riesgo por demás manifiestos de que la sentencia de fondo quede ilusoria en razón de la insolvencia del condenado.

La doctrina cautelar ha sido conteste en admitir en su mayoría que son manifestaciones esenciales de las medidas cautelares las siguientes:

- 1) Sólo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal y en el caso de que puedan obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada.
- 2) Deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es estimada, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Si la pretensión ha sido estimada, la medida también se extingue, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.
- 3) Consiste en un conjunto de efectos jurídicos, diferentes según las medidas, que, por regla general, coinciden solo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, o bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con éstos en su resultado práctico.

Al referirse a la esencia de las medidas cautelares ORTIZ, R. (2002) señala:

Las medidas cautelares constituyen un fenómeno no esencial a los procesos judiciales. Si los trámites se desarrollaran con rapidez y sencillez y las partes cumplieran de buena fe sus respectivas cargas y obligaciones las providencias cautelares serían irrelevantes. Sin embargo, la vida no es así: las medidas

cautelares se convierten en medicinas necesarias para las patologías procesales. (Pág. 39).

Es importante destacar que la costumbre ha establecido las medidas cautelares como elementos indispensables en los procesos judiciales de cognición, por cuanto, esta constituye la vía más idónea para garantizar las resultas de la resolución de una *litis*, más sin embargo, dichas providencias no pueden ser decretadas sino una vez llenos los extremos de ley.

Al respecto, a los efectos de los procedimientos ordinarios, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente:

Artículo 585.- Las medidas preventivas establecidas en este título las decretara el Juez, solo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y derecho que se reclama.

Desprendiéndose del artículo antes transcrito la existencia de tres requisitos de procedencia de las providencias cautelares los cuales son según la doctrina, el *Periculum in mora*, *Fumus bonis iuris* y en el caso de las medidas innominadas el *Periculum in damni*, los cuales no son más que, el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, la presunción de un buen derecho y el riesgo de que el daño sea irreparable,

En el mismo orden de ideas, el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente:

Artículo 588.- en conformidad con el artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

- 1°) el embargo de bienes muebles;
 - 2°) el secuestro de bienes determinados;
 - 3°) la prohibición de enajenar y grabar bienes inmuebles.
- Podrá también el Juez acordar cualquier disposición complementaria para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.

Se desprende del artículo antes transcrito cales son las medidas que podrán ser decretadas por el Juez de la causa y de la misma forma la facultad que tiene el mismo para asegurarlas mediante otras acciones complementarias.

Características Generales de las medidas cautelares

El jurista patrio LA ROCHE, R. (2000) sostiene en su publicación referida a las medidas cautelares que en su criterio, es la **Instrumentalidad**, la característica principal de las medidas cautelares, en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, sino por el contrario sirven de ayuda y auxilio a la providencia principal.

En el mismo orden, cita al maestro CALAMANDREI P, (1945) quien define el concepto de instrumentalidad en pocas palabras al referirlo como *“ayuda de precaución anticipada y provisional”*.

De la misma forma, el jurista patrio refiere que la segunda de las características es la **provisoriedad**, por cuanto estas providencias o tutelas cautelares se encuentran a la espera de que otra providencia ulterior, precaven un peligro, es decir, aguardan la realización de un acto procesal posterior -entendiendo que el término aguardar comprende una espera no permanente-.

Al respecto, CALAMANDREI, P. (1945) sostiene que la provisoriedad de las providencias cautelares *“sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y*

subsiguiente (definitiva)” (Pag. 36), es decir, la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad.

La providencia cautelar tiene efectos provisorios no porque la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia, “*si la provisoriedad de las declaraciones sumarias de certeza guarda relación con la formación de la providencia, la de las medidas cautelares guarda relación con el objeto, o, podría decirse, con la finalidad de la providencia*”. CHIOVENDA (1923:226).

La tercera característica es la **judicialidad**, la cual refiere que estando en servicio de una providencia principal, en principio están referidas a un juicio, tienen conexión vital con el proceso y la terminación de este obvia su existencia. Por regla general aparecen ínsitas en un juicio, siendo el requisito de *pendente lite* una manifestación del carácter de judicialidad.

La cuarta característica utilizada por el jurista patrio es la **variabilidad**, en ese sentido expresa que las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro de grupo de providencias con la cláusula ***rebús sic stantibus***, según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron, es decir, dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen. Si llegaran a cambiar las exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó la medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia o inclusive de sus términos.

Las medidas cautelares, como providencias que dan vida a una relación continuativa, construida por así decirlo, a medida por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas, aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo, todo ello es posible puesto que las mismas no contienen la declaración de certeza de una relación extinguida en el pasado y destinada, por esto, a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre; sino que constituye, una relación jurídica nueva -relación cautelar-, destinada a vivir y por tanto a transformarse si la dinámica de la vida -o de la causa principal- lo exige.

Al respecto VECINA, J. (1993)., al referirse a la mencionada cláusula sostiene que la misma hace difícil, y para determinados autores imposible, la atribución a dicha resolución judicial de los efectos de la cosa juzgada, incluso de la formal, si se tiene en cuenta que la misma implica la irrevocabilidad o inmodificabilidad de la resolución por haber ésta adquirido firmeza al precluir los medios de impugnación previsto legalmente para atacarla, y que ese carácter de irrevocabilidad es abiertamente contrario a la función propia de las medidas cautelares, las cuales son esencialmente modificables. (Pag. 44).

La **Urgencia** como quinta característica, se constituye como la garantía de eficacia de las providencias cautelares. Esta se encuentra enmarcada por la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en protección de una situación de hecho.

CALAMANDREI, P. (1945) al referirse a esta característica indicaba que era una pugna entre *“la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas*

pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario". (Pág. 71).

El resultado de la cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis, solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad. En ese sentido, en el desarrollo de la providencia cautelar, no existe una fase posterior destinada a profundizar esta investigación provisorio sobre el derecho y verificar la hipótesis primigenia, por lo cual, el día en que la existencia del derecho no sea ya una hipótesis, sino una certeza jurídica, la providencia cautelar habrá agotado su cometido, porque cuando la declaración principal de certeza sobreviniera pueda comenzar a dejar sentir sus efectos, no habrá ya necesidad de la anticipación provisorio de estos efectos que se había producido en espera de la providencia cautelar.

Jurisprudencia

En relación al objeto de las medidas cautelares el Máximo Tribunal, en sentencia N° 00069, de la Sala de Casación Civil, de fecha 17 de Enero de 2008, ha sostenido que:

... las medidas cautelares son actos judiciales que pretenden anticipar los efectos de un fallo mientras transcurre la tramitación de un juicio, con el fin de salvaguardar el derecho que se arroga el solicitante, por existir riesgo manifiesto de que se produzca un daño irreparable (mientras no se haya dictado la sentencia definitiva) que ponga en peligro la satisfacción del

derecho que se invoque. Es por ello que la pretensión cautelar debe estar debidamente justificada, por cuanto en caso de decretarse su procedencia, el Juez dispondrá de actos de ejecución tendentes a impedir que los efectos de la sentencia definitiva sean ineficaces.

En tal sentido se estableció en la referida sentencia que el objeto de la pretensión cautelar *“no puede ser el mismo que el de la pretensión principal, por cuanto la decisión sobre este último se dicta una vez concluido el debate sobre los hechos controvertidos, mientras que la decisión sobre aquél se dicta prima facie”*.

Lo anteriormente citado nos permite, asumir como válida la conclusión de que las medidas cautelares son acciones preventivas, dirigidas a evitar la violación de un derecho ante la amenaza seria de ser vulnerado, presuponiendo un fundado temor, es decir, se requiere obtener por adelantado una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos ventilados en juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Carta Magna.

Dela misma forma, la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, en sentencia de fecha 21 de Octubre de 2008, Expediente N° 08-0856, al referirse a los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares estableció que:

... las medidas provisionales de carácter preventivo o cautelar, cualesquiera que sean su naturaleza o efectos, proceden sólo en los casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario evitar daños irreparables. Ante la solicitud de tales medidas, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil exige al juez que compruebe la existencia de dos extremos fundamentales y concurrentes: a) que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*); y, b) que se acompañe un medio de prueba que constituya una presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni*

iuris). Estos requisitos deben cumplirse, no sólo cuando se trata de las medidas típicas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, sino de las que autoriza el Parágrafo Primero del artículo 588 eiusdem, las medidas innominadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

De las normas y criterios jurisprudenciales antes citados, surge en primer lugar, la tipología de medidas cautelares, siendo a saber:

1- Las medidas nominadas, que aseguran la eficacia del proceso, es decir, que no se haga ilusoria la ejecución del fallo, y entre ellas tenemos: embargo de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles y el secuestro de bienes determinados.

2- Las medidas innominadas o providencias cautelares innominadas, las cuales persiguen evitar daños mayores, que estos no se continúen provocando, que pueden ser autorizaciones o prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes.

Respecto a estas últimas, la sentencia N° 58, emanada de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 19 de Febrero de 2.009, señaló:

... Ahora bien, las medidas innominadas son aquellas previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, las cuales son dictadas por el juez a su prudente arbitrio, a solicitud de parte y tienen como finalidad asegurar que no quede ilusoria la ejecución del fallo, o evitar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de las partes.

Tales medidas son de carácter preventivo, siendo su finalidad primordial evitar que una de las partes cometa una lesión irreparable a los derechos de la otra.

Lo característico en este tipo de medida cautelar, es que la misma supone el temor fundado de lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de las partes, por lo cual resulta importante tomar en cuenta la idoneidad de la medida cautelar que debe adoptar el juzgador, que no es más que la correspondencia entre el derecho que se pretende tutelar cautelarmente y la tutela en sí misma.

Medidas Cautelares en los Procedimientos Constitucionales

Esbozado el fundamento, caracteres y la finalidad que persiguen las medidas cautelares en general, corresponde en los sucesivos aplicar esos conocimientos al ámbito de los procesos constitucionales con el fin de matizar los puntos de comparación entre el régimen general de las medidas cautelares y aquel previsto para asegurar la eficacia de las sentencias en sede constitucional.

En ese sentido, La doctrina pacífica y reiterada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a partir de la sentencia N° 269 del 25 de marzo del año 2000, caso: Edgar Rosa Luzardo Núñez y otros, estableció de manera expresa que *“la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que tiene por objeto, garantizar las resultas de un juicio o, en otras palabras, salvaguardar la situación jurídica de los justiciables, a los fines de impedir que sufran una lesión irreparable o de difícil reparación mientras se tramita la causa”*

Posteriormente, la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia trajo consigo la ratificación de la mencionada doctrina, cuando en su artículo 130 se estableció que:

Artículo 130. En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.

En términos adjetivos, la Sala señaló en mismo fallo que:

“las medidas cautelares son providencias que persiguen un fin preventivo de modo explícito y directo (La Roche. H, 1983. *Medidas Cautelares*. Maracaibo, Venezuela. Colegio de Abogados del Estado Zulia), lo cual, las erige en garantías contra la materialización de una lesión a la situación jurídica ventilada en juicio.

...

las medidas cautelares presentan como rasgos esenciales, en primer lugar, su instrumentalidad, esto es, que no constituyen un fin por sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva. En segundo lugar, son provisionales y, en consecuencia, fenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, sin menoscabo de la posibilidad que tiene el juez de modificarlas o revocarlas por razones sobrevenidas, aun cuando no haya finalizado el proceso principal. En tercer lugar, se encuentra la idoneidad según la cual, deben servir para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial invocada, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será idónea para la realización de esta.

En efecto, si bien la tutela cautelar en los procedimientos constitucionales representa un juicio provisional de verosimilitud, la misma en ningún sentido engendra una declaración de certeza de los hechos en los cuales se sustenta.

Cónsonos con lo anterior, el órgano constitucional ideado por el constituyente de 1999, observa la tutela cautelar como un análisis probable y no de una declaración de certeza, que no implica un pronunciamiento anticipado sobre el mérito de la controversia, sino un análisis de verosimilitud, el cual responde a condiciones de necesidad y urgencia, conllevando su concesión en casos en que se requiere de manera inmediata la prevención de perjuicios graves o de tal naturaleza que no pueden repararse por la sentencia que pongan fin al proceso principal.

En relación al procedimiento de las medidas cautelares en los procesos constitucionales PÉREZ, G. (2011), al referirse al tribunal competente para su dictamen sostuvo que la mayoría de los procesos constitucionales las medidas cautelares son dictadas en única instancia por la Sala Constitucional, desprendiéndose ello de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 128 y 145 en relación a los procedimientos que no requieren sustanciación; artículo 146 demandas de protección de intereses colectivos y difusos; artículo 8 y numerales 18 y 22 del art. 25 acciones de amparo contra altas autoridades), estimando el autor antes referido que las providencias cautelares solo podrían ser decretadas por la sala y no por el juzgado de sustanciación de la misma, por no ser decisiones de mera sustanciación o tramite las cuales requieren de un análisis preliminar de la causa.

En relación a la oportunidad para solicitar las medidas cautelares la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia expresa con claridad en sus artículos 130, 163 y 176 que podrán ser decretadas en cualquier estado y grado de la cusa, lo que supone la existencia de un proceso no concluido, o

como lo expresa PÉREZ, G. (2011) *“no pueden ser decretadas ante litem o extra litem”*.

De la misma forma, en relación a los límites de la tutela cautelar, el antes mencionado autor sostiene un criterio el cual comparte quien suscribe, según el cual el órgano constitucional tiene como límite cautelar, dictar las medidas “pertinentes” necesarias para garantizar el derecho sustantivo reclamado, lo cual implica la similitud entre la pretensión principal y la cautelar.

En el mismo sentido y ratificando su propia doctrina, la Sala en la sentencia 1084 de fecha 13 de julio de 2011 citando al maestro Calamandrei, afirmó que, *“como un efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser idóneas y, por tanto, homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.”*

Por su parte, la Sala Constitucional en la sentencia N° 269 del 25 de marzo del año 2000, caso: Edgar Rosa Luzardo Núñez y otros al analizar el poder cautelar que le nace de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, estableció que *“conforme a los rasgos enunciados y a la naturaleza garantista de la tutela cautelares, el legislador patrio reconoció en la nueva ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, uno de los caracteres más novedosos y progresistas de estas medidas, a saber, **su carácter innominado**, el cual consiste, en que el poder de resguardo que tienen los jueces y, concretamente esta Sala, sobre las situaciones llevadas a juicio, se extiende a cualquier medida positiva o negativa que sea necesaria para la protección efectiva de los justiciables”*.

De este modo, según la visión del cuerpo colegiado de la norma antes citada, esa instancia constitucional, puede adoptar cualquiera de las medidas cautelares expresamente recogidas en el ordenamiento jurídico (suspensión de efectos, prohibición de enajenar y gravar, etc.) o dictar alguna providencia que sin estar expresamente mencionada en la ley, permita la protección a los intereses y derechos ventilados en juicio.

En tal sentido, resulta necesario observar el tratamiento que la Sala Constitucional ha dado a la providencia cautelar en atención a los principales procesos que se ventilan ante ella.

Amparo Autónomo

Respecto a la solicitud de las medidas cautelares dentro de juicios de amparo constitucional, tal como lo estableció la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 24 de marzo de 2000 (Corporación L´Hotels, C.A.), *“el peticionante no se encuentra obligado a probar la existencia de fumus boni iuris ni de periculum in mora, sino que dada la celeridad y brevedad que caracterizan el proceso de amparo constitucional depende, únicamente, del sano criterio del juez acordar o no acordar tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen”*

En el mismo orden de ideas, la Sala ha sido conteste en admitir que el juez de amparo para decretar una medida preventiva, no necesita que el peticionante de la misma le pruebe los dos extremos señalados con antelación (*fumus boni iuris, periculum in mora*), ya que ese temor o el daño *“ya causado a la situación jurídica del accionante es la causa del amparo, por lo que el requisito concurrente que pide el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, para que procedan las medidas innominadas, tampoco es necesario que se*

justifique; quedando a criterio del juez del amparo, utilizando para ello las reglas de lógica y las máximas experiencias, si la medida solicitada es o no procedente". Sentencia N° 03-0294, 05 de octubre de 2004, Ponente Magistrado Dr. Jesus E. Cabrera Romero, Caso: Demis A. Macías Larreal en amparo, Exp. N° 03-0294.

Amparo contra Normas.

En relación al amparo contra la aplicación de normas, la Sala Constitucional ha exigido como requisito de procedencia que en el amparo demuestre que el acto de aplicación lesiona o amenaza de lesión algún derecho o garantía constitucional, tal como quedo establecido en la sentencia número 426 del 5 de abril de 2011, caso Edgar Vilchez, en la que se indico que:

Para la procedencia de la pretensión de amparo constitucional, el juez realizara un examen preliminar de presunción de adecuación del acto normativo a los preceptos constitucionales y ponderara la inaplicación de la norma al caso concreto, lo cual dependerá – como se expreso supra- de la presencia o inminencia de n acto de aplicación o ejecución de la norma y, si fuera el caso, decidirá lo conducente para el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Acciones en Protección de Derechos e Intereses Colectivos y Difusos

En este tipo de acciones la actuación de la Sala ha descansado en el decreto de medidas innominadas en las cuales el criterio de procedencia no ha sido pacifico y reiterado, siendo que en principio, el cuerpo colegiado exigía la procedencia de los presupuestos tradicionales, no obstante en sus últimas decisiones (Funrace, Terraza de la Vega o UCV) la Sala no ha analizados los antes mencionados presupuestos.

Habeas Data

En relación con el decreto de medidas cautelares ante estas solicitudes, la actuación de la Sala igualmente no ha sido pacífica, pues ha alternado entre la exigencia o no, de los presupuestos tradicionales (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*).

Nulidad por inconstitucional

En los procesos de nulidad por inconstitucional de una norma legal, ha sido criterio reiterado y pacífico de esta Sala que el poder cautelar del juez constitucional puede ser ejercido con la finalidad de dictar las medidas que resulten vitales para asegurar la efectividad de una eventual decisión de fondo.

No obstante se deben llevar a cabo la verificación de los extremos de procedencia de las medidas cautelares ya referidos –el peligro en la mora “*periculum in mora*” y la presunción de buen derecho “*fumus boni iuris*”- (vid. sentencia N° 756, del 5 de mayo de 2005, caso: Defensor del Pueblo).

En ese sentido, el otorgamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió con sus requisitos; y, al contrario, negarle tutela cautelar, a quien cumple plenamente con dichas exigencias, implicaría una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la ejecución eficaz del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar.

Asunto distinto es que en la ponderación del cumplimiento de los supuestos que se reclaman para la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el pronunciamiento de la medida.

A mayor abundamiento, la Sala constitucional en sentencia N° 269, del 16 de marzo de 2005 (caso: Código del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua), indico que:

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la cautela. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y más concretamente en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez también deberá realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión a los intereses generales en un caso concreto

Ahora bien, en materia de medidas cautelares en recursos de nulidad por inconstitucional, la Sala Constitucional ha sido conteste en afirmar que la medida cautelar ideal es la “*suspensión de los efectos*” o inaplicación de la normativa sometida a consideración, lo cual supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo impugnada y que, como tal, constituye una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en la presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación en la Gaceta Oficial, siendo el criterio imperante que su aplicación únicamente se justifica como medida de protección cuando sea muy difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado, por tanto, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación, ya que su manejo

desequilibrado causaría un quebrantamiento del principio de autoridad (Cfr. Sentencia N° 1181 del 29 de junio de 2001, caso: *Ronald Blanco La Cruz*).

CAPITULO II

ANTECEDENTES DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

La función jurisdiccional contiene dos elementos fundamentales que permiten diferenciarla de la función legislativa y de la administrativa, estos son: 1. La resolución de controversias jurídicas, y 2. La declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto. PESCI (2006, 93).

De esta manera el precitado autor define a la función jurisdiccional como *“aquella regulada por el derecho público, exclusiva del Estado, con la cual se persigue la resolución de controversias jurídicas, mediante la declaración de la voluntad de la ley aplicable a una situación sustantiva en la que una de las partes afirma la ilicitud del comportamiento de la otra”*.

Por su parte, ORTIZ (2004), señala en lo referente al primer elemento que: *“lo que define a la jurisdicción... no es la ausencia o presencia de conflictos, sino la necesidad de tutela de un derecho o interés”* (Pag.115)

En relación al segundo elemento, MOLINA (1998) expresa que: *“la jurisdicción ya no desarrolla sólo una función declarativa del derecho preexistente, y resulta ampliamente creadora de nuevo derecho”* (Pag.214). Vale decir, la creación de precedentes o una función normativa, la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha denominada Jurisdicción Normativa.

Ante la situación planteada, ORTIZ (2004) afirma que la jurisdicción normativa es *“la potestad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de establecer las normas generales de conducta, la competencia y el procedimiento, en los supuestos de omisión legislativa o para darle vigencia*

inmediata a las normas y principios constitucionales no desarrollados por la ley". (Pag. 141).

En abundamiento de lo anterior ESCUDERO (2005), sostiene que “[n]uestro Juez Constitucional también, en la constatación de la constitucionalidad de una norma, ha llegado a nuestro entender a dictar sentencias propiamente normativas, es decir, en que se dictan verdaderas normas jurídicas. Por ejemplo,... se han dictado sentencias que modifican expresamente el texto de la norma impugnada. En algunos supuestos ello se ha realizado a través de la desaplicación de una parte de la norma sustituyéndola por la previsión que el Juez determine”. (Pag. 110)

Por otro lado, HERNÁNDEZ (2004) al analizar la naturaleza de las decisiones de la Jurisdicción Normativa afirma que “*Existen dos tipos de sentencias normativas: a. Las aditivas y b. Las sustitutivas*” (Pag. 342). Identificando precisamente, las sentencias sustitutivas como aquellas que vienen siendo utilizadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando ejerce la Jurisdicción Normativa.

En ese orden, la sentencia número 952 dictada por la Sala Constitucional, en fecha 29 de Abril de 2003, recaída en el caso Margarita Farías Rodríguez, cuando enumeró las sentencias interpretativas que puede dictar basándose en el artículo 335 de la Constitución, estableció que:

en lo concerniente a las sentencias sustitutivas, o las llamadas por un sector de la doctrina como manipulativas, el Tribunal sustituye una parte del texto, tal como lo indica Di Ruffia, la cual implica en términos literales la ilegitimidad constitucional y la cambia por otra que esté formulada al mismo nivel de interpretación.

Sin duda alguna, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con el desarrollo de la jurisdicción normativa a partir de su interpretación del artículo 335 de la Constitución, ha originado un cambio en el sistema de administración de justicia en Venezuela en lo referente al alcance del concepto de la jurisdicción, influenciando de manera particular el sistema de fuentes en el Derecho venezolano. MOLINA GALICIA, (2008).

Por su parte, mediante la sentencia N° 1571 del 22 de agosto de 2001 (Caso: ASODEVIPRILARA) la Sala ante una acción que ha sido ejercida con base en los derechos e intereses difusos aprovechó la oportunidad para asentar de forma abierta el alcance y fin de lo que ha considerado su potestad de ejercer la “**Jurisdicción Normativa**”, la cual ya en anteriores oportunidades había aplicado sin mayores explicaciones.

En ese sentido indicó que desde sus primeros fallos (José Amando Mejía, Corpoturismo, Servio Tulio León) había sostenido de manera reiterada que las normas constitucionales, en particular las referidas a derechos humanos, a derechos que desarrollen directamente el Estado Social, a las garantías o a los deberes, son de aplicación directa e inmediata, de manera que para su vigencia efectiva no requieren de desarrollo legislativo alguno, aduciendo adicionalmente que la garantía de tal aplicación inmediata descansa sobre sus hombros, y que su actuación se basa en lo dispuesto en lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución, norma que le impone a dicha Sala, la función de ser el máximo garante de la supremacía y efectividad del texto fundamental

Así, indicó además la Sala Constitucional que de manera temporal o provisoria hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia, con fundamento en el precepto constitucional 335, cuando tiene la ocasión de conocer algún caso concreto judicial donde se denote alguna eventual infracción constitucional, y

por sus interpretaciones vinculantes, es justamente donde **“ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente”**.

Destacando que *“por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos (Casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda del 31-08-00; Veedores de la UCAB del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al habeas data (Caso: Insaca del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (Caso: José Amando Mejía del 1º-02-00).”*

Según ESCOBAR (2003) las sentencias normativas se utilizaron durante la vigencia de la Constitución de 1961 en la extinta Corte Suprema de Justicia y han logrado su máximo desarrollo con la vigente Carta Magna de 1999.

Las denominadas sentencias normativas tienen un tibio antecedente en la sentencia de la SPA de fecha 20-10-1983 (Caso: Andrés Velásquez)

...

Luego, este antecedente se robustece con la sentencia N° 7 de fecha 01-2-000 (Caso: José Amando Mejía), ambos, tanto el caso Andrés Velásquez, como esta última, están referidos al amparo constitucional. Sin embargo, la jurisdicción normativa adquiere mayor potencia con la sentencia N° 1571

de la SC de fecha 22-08-2001 (Caso: ASODEVIPRILARA). (Pag. 256).

En referencia a esta última sentencia, MOLINA (2008) expresa que:

no hay una interpretación analógica ni extensiva, sino la creación de un procedimiento distinto al establecido en la ley vigente. En este sentido el dilema que se plantea, es determinar: Si la desidia, flojera, lentitud, negligencia y/o incompetencia de la Asamblea Nacional en la redacción, discusión y promulgación de leyes que se adecuen al nuevo orden constitucional, puede ser visto como un elemento para postergar el carácter normativo de la Constitución. O, por el contrario, si ante la inactividad del órgano legislativo, la Constitución debe ser aplicada en forma directa e inmediata, sin necesidad de esperar que se dicten las normas legales que posibiliten su aplicación. (Pag. 142-143).

Siendo según el autor, esta última opción la seleccionada por el cuerpo colegido constitucional ante la omisión de la Asamblea Nacional de desarrollar el cuerpo normativo que ordenara el texto fundamental, aun y con todos los riesgos que ello implica.

Críticas a la Jurisdicción Normativa

En lo tocante a los riesgos que asume la Sala Constitucional con la sentencia N° 1571 de la SC de fecha 22-08-2001 (Caso: ASODEVIPRILARA), el ex magistrado Héctor Peña Torrelles, en su voto salvado, afirmó:

por lo que respecta al procedimiento para tramitar el amparo que se establece en el fallo que antecede, observa quien disiente que en el mismo se han consagrado aspectos no previstos en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y

Garantías Constitucionales, lo cual, lejos de ser una adaptación al artículo 27 de la Constitución vigente se convierte en un procedimiento nuevo y distintos (sic) conservando algunas de las fases que establece la ley, **violando de esta forma el principio de reserva legal en materia de procedimientos.**

Por el contrario, ESCUDERO (2005) al referirse al principio de reserva legal sostuvo que el mismo *“no puede considerarse como una limitante a esta posibilidad de normación judicial, pues se ejerce precisamente en protección principalmente de normas constitucionales de especial importancia, como son las consagratorias de derechos constitucionales”* (Pag.119)

Llama poderosamente la atención de quien suscribe, que el mismo fallo 1571 antes referido, en su propia defensa, catalogue el argumento referido a la supuesta incertidumbre que causa la Sala con este tipo de interpretación, de “crítica tendenciosa” sosteniendo que dicha ***“interpretación constitucional sólo funciona cuando no existe ley que desarrolle la norma constitucional, o ella sea contraria a la Constitución, y siempre la interpretación queda proyectada hacia el futuro, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adapten a ella, motivo por el cual las sentencias se difunden y se publican en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.”***

En criterio de CARRILLO, C. (2004), conforme a esa posición sostenida desde el fallo del 1° de febrero de 2000, la Sala Constitucional no sólo podría reformar y aplicar procesos y procedimientos ya existentes, sino que puede ordenar llamar a terceros a juicio, crear procedimientos ante la ausencia de procedimientos idóneo señalado en las ley, potestad que difiere ostensiblemente de las facultades previstas en el artículo 102 de la aún vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual sólo otorga la facultad

para el Juez de aplicar supletoriamente por la figura de la analogía un procedimiento preestablecido en la legislación normal para una situación similar, sin poder modificar, innovar o trastocar las pautas adjetivas, pues la materia del establecimiento de un procedimiento esta estrictamente reservada constitucionalmente al campo de la ley por la llamada reserva legal conforme al artículo 156 ordinal 32º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Pag. 12-15).

Calificando el jurista patrio antes señalado de *“viciadas de un específico vicio constitucional que alude al elemento competencia, como es el de ‘usurpación de funciones’*“, todas aquellas sentencias, en las que al amparo de la autodenominada “jurisdicción normativa” la Sala Constitucional, asumiera para sí la función legislativa primigenia otorgada a los órganos legislativos por el propio texto fundamental, con lo cual en vez de proteger a la Constitución lo que en realidad se estaría generando es una violación indudable del texto fundamental. (Pag. 18).

En el mismo hilo argumentativo, PESCI (2006) considera que el artículo 335 de la Constitución de 1999 no le asigna funciones legislativas a la Sala Constitucional al expresar que *“el artículo 335 constitucional legitima a la Sala Constitucional, únicamente, a interpretar los principios y normas constitucionales y no a crear normas jurídicas”* (Pag. 103).

Acudiendo en su auxilio CASAL, J. (2010) cuando señala que *“la facultad de la Sala Constitucional de integrar lagunas o vacíos jurídicos vinculados a silencios legislativos en modo alguno puede ser concebida ni aplicada como una potestad legislativa paralela a la del legislador ordinario”*, ello en razón de que el mencionado fallo expresa que tal facultad es de carácter transitorio, al acotar que *“se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una*

normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia”
(Pag. 226).

Sentencias icono de la Jurisdicción Normativa Venezolana

1. Sentencia N° 07 del 01 de febrero del 2000 (Caso: José Amando Mejía) Procedimiento de amparo constitucional autónomo.

El 17 de enero de 2000, José Amado Mejía Betancourt y José Sánchez Villavicencio, titulares de las cédulas de identidad Nros. 3.186.321 y 634.707, respectivamente, actuando en su propio nombre y debidamente asistidos de abogados, interpusieron acción de amparo constitucional, de conformidad con lo previsto en los artículos 26 y 27 de la Constitución, y 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en contra de *“los actos lesivos contenidos en: Primero: El acto dictado por el Fiscal Trigésimo Séptimo ... (omissis) ... de fecha 3 de diciembre de 1999, contentivo de una Acusación contra los accionantes y agraviados... Segundo: el acto dictado por el titular del Juzgado de Control Vigésimo Sexto de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.... de fecha 12 de enero del año 2000, contentivo de un pronunciamiento donde se admite totalmente la acusación presentada por el Ministerio Público”*.

Ante tal solicitud, luego de verificar las actuaciones de los presuntos agraviantes, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia admitió la acción interpuesta previo el establecimiento de lo que denominó **“Procedimiento en el juicio de amparo constitucional”**, título bajo el cual de seguidas analizó la norma contenida en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo que la aplicación inmediata del artículo 27 de la vigente Constitución, *“conmina a la Sala a adaptar el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de*

Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del artículo 27 ejusdem”.

Para lo cual, diserto sobre el alcance y fin del artículo 49 Constitucional, arribando a la conclusión que los elementos que conforman el debido proceso deben estar presentes en el procedimiento de amparo, y por lo tanto las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales deben igualmente adecuarse a las prescripciones del citado artículo 49.

Así, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, estableció entre otras cosas los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo constitucional; los principios afines y consecuentemente aplicables al procedimiento; las facultades oficiosas del jurisdicente constitucional; el trámite en proceso (oportunidad de audiencia, participación del Ministerio Público, notificaciones); Consecuencias a la incomparecencia de cada una de las partes; oportunidad de sentencia y recursos, haciendo especial distinción del trámite contra del amparo contra sentencias

Ordenando finalmente la Sala que *“Debido a la naturaleza vinculante de este fallo, y no obstante que tal carácter lo adquiere la anterior doctrina desde la fecha de publicación de esta sentencia por la Sala, publíquese además en la Gaceta Oficial”.*

2. Sentencia Nº 656 del 30 de Junio de 2000, (Caso: Defensoría del Pueblo) Conceptualización de derechos o intereses colectivos y difusos. Legitimación para intentar acciones en su protección.

El 31 de mayo de 2000, la abogada Dilia Parra Guillén, en su carácter de Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, y los

abogados Juan Navarrete Monasterio y Juan Carlos Gutiérrez, en su carácter de Director General de la Defensoría del Pueblo y Director General de Servicios Jurídicos de la Defensoría del Pueblo, respectivamente, interpusieron de forma oral acción de amparo constitucional en contra de la Comisión Legislativa Nacional *“...al existir en la actualidad, amenaza de violación de los Derechos y Garantías Constitucionales establecidos en los artículos 62 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 293 último aparte y artículos 294 y 296 ejusdem”*.

Previo a emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad de la acción propuesta la sala al referirse al contenido del artículo 26 constitucional, tomando en consideración que el mismo no define qué son derechos o intereses difusos, paso de seguidas a conceptualizarlos, estableciendo posteriormente quienes son los legitimados para intentar acciones que tengan por objeto proteger los antes mencionados derechos.

3. Sentencia 1050 del 23 de agosto de 2000 (caso: *Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello*) Hábeas Data.

El 9 de agosto de 2000 fue recibido en esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, proveniente de la Sala Electoral, la acción de amparo constitucional incoada por los ciudadanos Ruth Capriles Méndez, Sonia Ríos Beaumont, y otros, debidamente asistidos de abogado contra el Consejo Nacional Electoral, representado por su Presidente, ciudadano César Peña Vigas.

Para decidir la sala previamente al analizar el contenido del artículo 28 constitucional estableció que:

El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido compiladas por otras. Dicha norma reproduce un derecho reconocido en varios países como Suecia, Noruega, Francia y Austria, entre otros. Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado. Estos derechos son:

- 1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
- 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
- 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
- 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.
- 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.
- 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.
- 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

Se trata de derechos que giran alrededor de los datos recopilados sobre las personas o sobre sus bienes, por lo que se requiere un interés, personal, legítimo y directo en quien ejerza estos derechos, ya que es la información sobre su persona y bienes el que lo origina. Basta leer el artículo 28 de la vigente Constitución, para que todos estos derechos puedan identificarse. Dicha norma reza:

“Toda persona tiene derecho de acceder [derecho de acceso] a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus

bienes [necesidad de interés personal y directo] consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso [derecho de conocimiento] que se haga de los mismos y su finalidad [derecho de conocer uso y finalidad], y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos [derecho de respuesta, actualización, rectificación y destrucción]. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

Estableciendo posteriormente el habeas data no es un procedimiento para anticipar u obtener pruebas, y quien pretende por esta vía sustituir un retardo perjudicial por temor fundado, no estaría usando la acción con los fines que la creó la Constitución, que no es otro que el derecho a acceso que detenta una persona a toda la información que registra en instituciones públicas y privadas sobre su persona, bien para conocer, recopilar, rectificar o incluso solicitar destruir.

Establece a su vez el criterio de legitimación para intentar una acción con fundamento en el artículo 28 constitucional y su distinción con el amparo autónomo.

4. Sentencia del 31 de agosto de 2000 (caso: *William Ojeda*) Intereses Colectivos y difusos.

El ciudadano **WILLIAM ORLANDO OJEDA OROZCO**, en fecha 10 de agosto de 2000, actuando en su propio nombre y representación, “[...] y también en defensa y ejercicio de los derechos e intereses colectivos o difusos de la comunidad electoral nacional y en particular de los sufragantes y electores de

las parroquias que políticamente componen el Municipio Sucre del Estado Miranda [...]”, debidamente asistido de abogado, interpuso acción de amparo constitucional en contra de supuestas infracciones constitucionales cometidas por el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.

Razón por la cual la Sala analizando si el accionante obró en defensa de los derechos o intereses difusos o colectivos, cuando solicitó un amparo por violación de los artículos 28, 49 y 51 de la vigente Constitución estableció que:

Para hacer valer derechos e intereses difusos o colectivos, es necesario que se conjuguen varios factores:

1. Que el que acciona lo haga en base no sólo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva.
2. Que la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida.
3. Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto (como lo sería el accionante).
4. Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda toda la población del país o a un sector o grupo de ella.
5. Que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien demanda en interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común), nacido del daño o peligro en que se encuentra la colectividad (como tal). Daño o amenaza que conoce el Juez por máximas de experiencia, así como su posibilidad de acaecimiento.
6. Que exista una necesidad de satisfacer intereses sociales o colectivos, antepuestos a los individuales.
7. Que el obligado, deba una prestación indeterminada, cuya exigencia es general.

**5. Sentencia N° 446 del 15 de mayo de 2014 (Caso: VÍCTOR VARGAS)
Procedimiento en 185-A**

El 28 de enero de 2014, los apoderados judiciales del ciudadano **VÍCTOR JOSÉ DE JESÚS VARGAS IRAUSQUÍN**, acudieron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a fin de presentar solicitud de revisión de la sentencia número AVC.000752 dictada y publicada el 9 de diciembre de 2013 por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, que declaró, conociendo de la solicitud de avocamiento formulada por los representantes judiciales de la ciudadana Carmen Leonor Santaella de Vargas respecto de la demanda de divorcio signada con el N° 2012-009659 cursante ante el Juzgado Vigésimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, 1) INADMISIBLE EL AVOCAMIENTO SOBREVENIDO solicitado por la representación judicial del ciudadano Víctor José de Jesús Vargas Irausquín, 2) PROCEDENTE EL AVOCAMIENTO solicitado por los apoderados judiciales de la ciudadana Carmen Leonor Santaella de Vargas. 3) NULA la decisión dictada en fecha 13 de mayo de 2013, por el Juzgado Vigésimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas que declaró disuelto el vínculo matrimonial de los ciudadanos Víctor José de Jesús Vargas Irausquín y Carmen Leonor Santaella de Vargas, y consecuentemente, dio por terminado el procedimiento y se ordena el archivo del expediente, conforme a lo establecido en el artículo 185-A del Código Civil. 4) ORDENÓ la remisión de copia certificada de la presente decisión a la Inspectoría General de Tribunales a los fines consiguientes en razón del error inexcusable declarado al juez de municipio antes identificado.

En tal sentido, la Sala Constitucional, luego de analizar el matrimonio como base fundamental de la familia, su constitución y los mecanismos para su disolución, así como las características propias de los procedimientos en jurisdicción voluntaria y su diferencia con los procedimientos contenciosos, en ejercicio de su facultad de garante y último intérprete de los derechos y

garantías constitucionales, fijó con carácter vinculante la interpretación constitucional del artículo 185-A del Código Civil a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Además, estableciendo al efecto que:

“Si el otro cónyuge no compareciere o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, el juez abrirá una articulación probatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y si de la misma no resultare negado el hecho de la separación se decretará el divorcio; en caso contrario, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente”.

Con lo cual introdujo en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, una articulación probatoria no contemplada en la ley adjetiva, estableció las cargas probatorias respectivas y las consecuencias ha lugar.

CAPITULO III

EFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR COMO EXPRESIÓN DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA EN VENEZUELA.

El presente trabajo no tiene como finalidad la verificación de la sustentabilidad del criterio sostenido por el máximo y último intérprete de la constitucional venezolana en relación a la Jurisdicción Normativa, pues si bien es cierto, la mencionada jurisdicción encuentra fuerte oposición dentro de la doctrina patria debido a la posible violación al principio de separación de poderes, a la seguridad jurídica, entre otras, la cual comparte quien suscribe, sin que lo siguiente convalide la anterior tesis, no es menos cierto que, en vigencia de un modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia no podría justificarse desde ningún punto de vista la imposibilidad de los tribunales de la República de tutelar derechos reconocidos por el texto constitucional, bajo la justificación de la ausencia de desarrollo legislativo que permita materializar el precepto constitucional.

Tal y como apunta GARCIA DE ENTERRIA, E. (2006) la constitución es “*una norma jurídica efectiva, por tanto aplicable por sí misma*”, con “*un valor normativo inmediato y directo*” (Pag.69), que mal podría considerarse supeditada a una norma de carácter legal o en definitiva a la actividad del cuerpo legislativo.

Y es precisamente el modelo del Estado social contenido en el artículo 2 del texto fundamental venezolano el que sustenta la negación de la imposibilidad de tutelar un derecho reconocido constitucionalmente por falta de desarrollo del órgano legislativo, pues él deriva del valor fundamental de la igualdad y es conducido por la solidaridad social y la declaración del principio de la justicia social como base del Estado.

Constituyéndose así el Estado Venezolano en un sistema que se dispone a fortalecer servicios y garantizar derechos esenciales para mantener el nivel de vida digno para los miembros de su sociedad, estando obligado a garantizar los denominados derechos sociales por su reconocimiento en la constitución.

Sin embargo, el modelo de Estado elegido por el constituyente del año 1999, no desconoce el estado de derecho, la validez de las normas que limitan la actuación del Estado y garantizan el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, sino por el contrario, propugna la necesidad de adaptar las leyes de manera que el Estado garantice mejores condiciones de vida a sus ciudadanos y una aplicación legal más justa, sin que ello implique dejar de lado la naturaleza propia del ordenamiento jurídico vigente así como de los mecanismos idóneos para la tutela judicial de los derechos.

Así las cosas, en teoría, ante la solicitud de tutela de un derecho contenido en una norma programática del texto fundamental, que correspondiera desarrollar al poder legislativo, sin que éste hubiere cumplido con tal mandato constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según su doctrina pacífica y reiterada, mediante sentencia definitiva y hasta tanto el legislador cumpliera con su función, podía colmar de contenido tales normas programáticas a los fines de efectivizar el contenido constitucional.

Fuera de las consideraciones al respecto, dicha actuación denotaba en principio cierta coherencia jurídica, pues aun y cuando quedaba abierto el debate de la usurpación de funciones del poder judicial sobre el poder legislativo, el fin lo constituía el reconocimiento del valor efectivo e inmediato de la letra constitucional, siendo que además, la normativa debía ser dictada mediante sentencia definitiva, sin que existiera la posibilidad de ser modificado por haber sido pronunciada por la máxima y última interprete del texto fundamental, la cual tendría vigencia desde el momento de su publicación en

Gaceta Oficial y hasta que la Asamblea Nacional dictara la respectiva legislación.

No obstante, el ejercicio práctico de la nueva competencia arrogada por la Sala ha mutado en el tiempo, permitiendo incluso por una parte, la concepción de sentencias interpretativas, que ya no buscan sólo colmar de contenido una norma programática, ni desentrañar la voluntad del constituyente sobre una norma constitucional, sino por el contrario se han constituido como nuevas normas adaptadas a la interpretación de los miembros integrantes del cuerpo colegiado.

Por otra parte, la Sala ha optado por dictar medidas cautelares en procesos de nulidad por inconstitucional, en los cuales no solo ha decretado la suspensión cautelar de la norma que se presume inconstitucional, sino incluso ha dictado en sede cautelar la normativa que en su opinión debe suplir a la norma suspendida, siendo este el objeto de verificación de las presentes líneas argumentativas.

En ese sentido, a los fines del presente capítulo, el diccionario de la Real Academia Española define la palabra eficacia como la “*Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”, por su parte, en cuanto a derecho y al presente trabajo se refiere, la aplicación del concepto de eficacia resulta más amplia al verificarla contra los conceptos de normas jurídicas y medidas cautelares.

En el primero de los casos, la misma se divide en tres, la eficacia obligatoria, la eficacia sancionadora y la eficacia constitutiva de las normas; los aspectos relativos al deber general de cumplimiento de las normas suelen identificarse teóricamente mediante la expresión eficacia obligatoria de las normas, mientras que, por su parte, la llamada eficacia sancionadora de las normas

está referida al conjunto de medidas coercitivas previstas por ellas para los supuestos de su incumplimiento.

Finalmente, se habla de eficacia constitutiva de la norma con el fin de destacar la formación de la misma, teniendo como premisa superior que cualquier relación o problema socialmente identificable probablemente se convertirá a posteriori en un entramado de derecho y de deberes, el cual solo tendría lugar bajo la correcta aplicación de las fuentes del derecho.

En relación a la eficacia de las medidas cautelares CARNELUTTI F. (1944) señala lo siguiente:

lo que hay de diferencia cuando el proceso es cautelar en comparación con el proceso definitivo, es el aspecto temporal de la eficacia, la cual, si el proceso es cautelar y, por tanto, no tiende más que a garantizar el proceso definitivo, no hay razón para que dure después del momento en que se extingue o se cierra el proceso definitivo. (Pág. 158)

Desprendiéndose de la cita anterior que la diferencia entre el efecto del proceso cautelar en comparación con el efecto del proceso definitivo estriba netamente en el aspecto temporal de su eficacia.

En ese sentido, las características esenciales de las tutelas cautelares, vale decir, la instrumentalidad, la provisoriedad, la mutabilidad y la urgencia, sin distinción del procedimiento en el cual se apliquen permanecen vigentes y deben ser verificadas por el administrador de justicia para el decreto de las mencionadas tutelas e incluso para su modificación.

En los procesos constitucionales, más específicamente en el recurso de nulidad por inconstitucional, la tutela cautelar por antonomasia está constituida

por la “*suspensión de efectos*” de la norma que se señala como inconstitucional por el solicitante.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial venezolana se ha movido en el marco de las corrientes contemporáneas, especialmente la española, que ha construido un sistema de medidas cautelares sobre la base de la tutela judicial efectiva, la cual es considerada como un derecho instrumental en cuanto fundamenta la defensa de derechos e intereses legítimos. A su vez la tutela cautelar ha sido presentada entonces, como el instrumento y la garantía de la efectividad de la tutela judicial.

Siendo evidentemente necesario que en los procedimientos donde se ventile la posible inconstitucionalidad de una norma jurídica, cuya aplicación es inmediata por su efecto ejecutivo, los poderes cautelares del juez constitucional puedan impedir de forma inmediata, con carácter provisorio, de urgencia, que la norma lacere derechos personales o colectivos al ser aplicada.

En vigencia de la necesidad antes expresada, radica la legitimidad de la tutela cautelar para precaver posibles violaciones que la normativa presuntamente inconstitucional pudiere ocasionar, siendo evidente, que lo correcto, previo la verificación de los requisitos establecidos por la doctrina y por la jurisprudencia, sería decretar la suspensión cautelar de los efectos de la norma sometida a consideración.

Las anteriores afirmaciones no engendran duda alguna en relación a la eficacia de la tutela cautelar en relación al recurso de nulidad por inconstitucional antes descrito, pues la protección alcanzada por la medida garantiza, ante una eventual sentencia estimatoria, la inaplicación anticipada

de la norma inconstitucional y consecuentemente se erige como una garantía de la tutela judicial efectiva.

No obstante lo anterior, como antes se enunció, las actuaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia han rebasado los anteriores límites, al punto de ante un recurso de nulidad por inconstitucional, no solo decretar la suspensión parcial o total de los efectos de la norma sometida a su consideración, sino incluso a dictar en sede cautelar, normas para suplir aquellas derogadas provisionalmente (Vid. Sentencia 516 del 07 de mayo del 2013).

Sentencia 516 del 07 de mayo de 2013. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El 16 de septiembre de 2009, la abogada **NANCY CASTRO DE VÁRVARO**, interpuso en nombre propio, demanda de nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada contra el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.236 del 6 de agosto de 2009, cuya reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial N° 39.493 del 23 de agosto de 2010; y subsidiariamente, sólo para el caso en que la nulidad total no fuese acordada, solicitó la nulidad de los artículos 29, 34, 40, 51, 53, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 62, 73, 75, 78, 81 y 85 del señalado Código, así como de las disposiciones transitorias y derogatorias contenidas en dicho instrumento normativo.

Declarada la competencia de la Sala y admitida la demanda de nulidad, el cuerpo colegiado paso a pronunciarse sobre la medida cautelar de suspensión de los efectos del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, reiterando los poderes cautelares que el juez constitucional puede ejercerse

en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza normativa, con el objeto de que se dicten las medidas que resulten necesarias para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia definitiva, así como en garantía de la tutela judicial efectiva.

En ese sentido estableció que *“con relación con el otorgamiento de medidas cautelares de suspensión de instrumentos normativos, es determinante analizar no sólo la idoneidad y proporcionalidad de la protección solicitada, sino también ponderar si la suspensión temporal del instrumento normativo es susceptible de no causar perjuicios al interés colectivo o al eficiente desempeño de órganos o entes administrativos; así como garantizar la paz social y preservar la seguridad en las relaciones jurídicas, a fin de no obstaculizar la actuación de órganos del Estado indispensables para el ejercicio del principio de reciprocidad democrática.”* razón por la cual tomando en consideración la doctrina de la Sala en relación a que la medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de la disposición impugnada, la cual constituye una importante excepción legal al principio general, aplicándose únicamente como medida excepcional cuando sea difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado. (Cfr. fallo N° 1181/2001 de 29 de junio, *caso: Ronald Blanco La Cruz*), negó la suspensión temporal *in totum* del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, por cuanto la suspensión cautelar de la totalidad del articulado del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana constituiría un proveimiento anticipado del objeto de la nulidad.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, luego de realizar una serie de consideraciones decretó:

SÉPTIMO. **SUSPENDE** de oficio, como medida cautelar innominada y hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa, el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana.

OCTAVO: **DECRETA** de oficio, como medida cautelar innominada y hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa, que el Inspector General de Tribunales será el competente, en los términos señalados en este fallo, para iniciar de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, admitir la denuncia y practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos.

NOVENO: **SUSPENDE** de oficio, el segundo párrafo del artículo 35 y los cardinales 2, 3, 5, 7 y 8 del artículo 37 (relativos a la competencia de la Oficina de Sustanciación para realizar la “investigación preliminar”), todos del Reglamento Orgánico y Funcional de la Jurisdicción Disciplinaria y Judicial, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.750 del 5 de septiembre de 2011; así como el Manual de Normas y Procedimientos para la Oficina de Sustanciación, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.797 del 10 de noviembre de 2011.

Por tanto, las denuncias -admitidas o no- que cursen actualmente ante la Oficina de Sustanciación; así como las que cursen ante el Tribunal Disciplinario Judicial en las cuales no haya habido citación del juez o jueza denunciado deberán ser remitidas a la Inspectoría General de Tribunales, para que dicho órgano lleve a cabo las diligencias correspondientes para el esclarecimiento de los hechos.

DÉCIMO: **SUSPENDE** de oficio, como medida cautelar innominada y hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa, la referencia que hace el artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión a esta categoría de jueces y juezas del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código, por no tratarse de jueces o juezas que hayan ingresado a la carrera judicial, correspondiéndole a la Comisión Judicial la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional.

UNDÉCIMO: **SUSPENDE** de oficio, como medida cautelar innominada y hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa, el único aparte del artículo 16 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana.

DUODÉCIMO: **ORDENA** que en la citación y las notificaciones que se ordenaron librar se les informe a los destinatarios que si lo estiman pertinente pueden formular oposición a la medida cautelar decretada, con base en el artículo 131 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

DÉCIMO TERCERO: **ORDENA** la publicación de la presente decisión en la Gaceta Judicial y en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela

De la dispositiva parcialmente transcrita se desprende claramente de que de oficio, como medida cautelar innominada y hasta tanto se dictara sentencia definitiva en la causa, la Sala suspendió los efectos no sólo de normas de carácter legal del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, en las cuales adicionalmente se erigió como juez y parte al suspender la aplicación del régimen disciplinario (catalogo de ilícitos disciplinarios) a los magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, sino incluso suspendió normas del Reglamento Orgánico y Funcional de la Jurisdicción Disciplinaria y Judicial, así como el Manual de Normas y Procedimientos para la Oficina de Sustanciación por su presunta colisión con el texto constitucional.

De igual forma, al analizar lo relacionado con la presunta omisión del legislador de incluir al Inspector General de Tribunales en la estructura disciplinaria y constatar que la norma disciplinaria no hacía referencia alguna al Inspector General de Tribunales, siendo evidente que el diseño procesal escogido por el legislador para estructurar la jurisdicción disciplinaria judicial, de cara a la investigación de los hechos y su sustanciación, se inclinó por el funcionamiento de una Oficina de Sustanciación “*como órgano instructor del procedimiento disciplinario*” (ex: artículo 52); asignando al Tribunal Disciplinario Judicial de la competencia para admitir la denuncia (ex: artículo 55) y para practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos (ex: artículo 57); la Sala decretó de oficio, que las competencias que el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le asignan a la

Oficina de Sustanciación y al Tribunal Disciplinario Judicial para iniciar de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, admitir la denuncia y practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos, serán propias del Inspector General de Tribunales, trasladando competencias legales otorgadas a la Oficina de Sustanciación de la Jurisdicción Disciplinaria a un órgano que no fuera mencionado en el cuerpo normativo.

En tal sentido dispuso expresamente que:

1. Las competencias que los artículos 52 y 55 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le atribuyen a la Oficina de Sustanciación se reputarán propias de la Inspectoría General de Tribunales; sin menoscabo de las competencias de dicha Oficina como órgano sustanciador pero del proceso judicial;
2. Las competencias que los artículos 55, 57 y 58 le atribuyen al Tribunal Disciplinario Judicial se entenderán propias del Inspector General de Tribunales, con excepción, en el caso del artículo 58, de la facultad para decretar el sobreseimiento, pues éste continúa reputándose como competencia propia del Tribunal Disciplinario Judicial sólo que operará a solicitud del Inspector General de Tribunales;
3. Si finalizada la investigación el Inspector General de Tribunales considera que debe impulsar la sanción del Juez presentará la solicitud ante el Tribunal Disciplinario Judicial, quien procederá con base en el artículo 62 y siguientes del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana;
4. Si durante la investigación el Inspector General de Tribunales considera conveniente la suspensión provisional del denunciado o denunciado del ejercicio del cargo de juez o jueza, así lo solicitará al Tribunal Disciplinario Judicial, quien procederá de acuerdo con el artículo 61 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; ello sin menoscabo de la potestad que le asiste a este Tribunal de decretar durante el juicio, aun de oficio, dicha cautela;
5. En el caso de la apelación a que se refiere el único aparte del artículo 55 en contra del auto de no admisión de la denuncia, esta se presentará ante el Tribunal Disciplinario Judicial;

6. A tenor de lo dispuesto en el artículo 83 y siguientes del Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolana, el Inspector General de Tribunales podrá interponer recurso de apelación de la sentencia definitiva que dicte el Tribunal Disciplinario Judicial;
7. El Inspector General de Tribunal y la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia se reputan incluidos dentro de los órganos destinatarios de las remisiones de las copias certificadas de las decisiones definitivamente firmes emanadas de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, a tenor de lo señalado en el artículo 89 *eiusdem*.
8. Los derechos del denunciante, en su carácter de interesado, se mantienen incólumes (*ex*: artículo 63); sin embargo, los derechos referidos a la participación en la audiencia y a la evacuación y promoción de pruebas penden de que el Inspector General de Tribunales haya estimado necesario impulsar la sanción del juez o jueza denunciado o denunciada.

Desprendiéndose de la cita parcialmente transcrita el evidente traslado de competencias, así como la subordinación de los órganos jurisdiccionales disciplinarios de rango constitucional a la Inspectoría General de Tribunales para la materialización de determinadas figuras procesales (*ex*: el decreto de sobreseimiento que sólo se realiza a solicitud de la Inspectoría); y la evidente violación del debido proceso y la garantía a la tutela judicial efectiva de los justiciables, al limitar los derechos del denunciante relativos a la participación en la audiencia y a la evacuación y promoción de pruebas, a la voluntad de la Inspectoría General de Tribunales de impulsar la sanción del juzgador denunciado, todo ello en el marco temporal y provisorio propio de las medidas cautelares.

De igual forma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia luego analizar el contenido del artículo 255 Constitucional y estimar que

el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le es efectivamente aplicable a todos los jueces

-indistintamente de su condición- como parámetro ético de la función jurisdiccional; no obstante, el procedimiento para la sanción que dicho Código contempla pareciera, salvo mejor apreciación en la definitiva, no ser extensible a los Jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios, ya que dicho proceso es una garantía de la inamovilidad ínsita a la carrera judicial; y se obtiene la condición de juez o jueza de carrera si se gana el concurso de oposición público.

La Sala suspendió cautelarmente, la referencia que hace el artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión, a esta categoría de jueces y juezas, del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código, por no tratarse de jueces o juezas que hayan ingresado a la carrera judicial, estableciendo además, que la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional, le corresponde a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia; por ser un órgano permanente, colegiado y delegado de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia.

En ese sentido, la actividad desplegada por el máximo órgano colegiado constitucional, aun y cuando indica que su motivación se centra en evitar la posible vulneración de derechos por la aplicación de normas que infunden sospecha de contradicción con el texto constitucional, lo cual en primera instancia debe verse como una cautela en garantía a la supremacía constitucional y en protección a la seguridad jurídica, se excede de sus límites jurídicos lógicos al establecer nuevas reglas competenciales y procesales para el procedimiento disciplinario judicial, con lo cual violenta el principio de separación de poderes, la reserva legal y la seguridad jurídica, por lo que resulta cuestionable la eficacia de la tutela cautelar dictada como una expresión de la jurisdicción normativa, pues lejos de llenar de contenido una

norma programática constitucional, a los fines de tutelar un derecho, trasladó competencias, creó procedimientos, restó valdes a instituciones procesales aplicables al proceso disciplinario de los jueces, estableciendo todo lo anterior bajo un régimen instrumental, provisional, variable, sin carácter definitivo, el cual intenta hacer valer *erga omnes* con la sola publicación en la Gaceta Oficial como si se tratase de un acto del Poder Legislativo.

En abundamiento de lo anterior, Kidiakidis J. (2010) al analizar en abstracto la facultada normativa de la Sala Constitucional expreso:

Nos referimos aquí a las interpretaciones autónomas de normas constitucionales (producto del llamado recurso de interpretación constitucional), o incluso a la facultad que se ha dado en denominar “Jurisdicción Normativa”. Pues con este proceder, el juez desnaturaliza sus funciones ordinarias – más allá de que con la creación de tal facultad por vía jurisprudencial se viola la reserva legal constitucionalmente impuesta para la atribución de competencias – y se transforma en una especie de legislador, en un franco atentado al principio constitucional de Separación de Poderes

Vale recalcar que la presente no se erige como un juicio de valor en relación a la primigenia intención de que bajo un régimen de urgencia, ante determinada solicitud de tutela, la Sala pudiera efectivizar normas constitucionales carentes de desarrollo, las cuales se dictarían mediante una sentencia inmodificable, en base a una realidad cierta, incuestionable, *“la omisión de desarrollo por parte de la Asamblea Nacional”*, que adicionalmente permanecerían en el tiempo hasta el cumplimiento de la obligación por parte del cuerpo legislativo; no obstante el dictamen de una normativa que otorga competencias a una institución, que regirá parte importante de un proceso judicial, que en definitiva se traducirá en revisión de lo actuado, en la remisión de gran cantidad de expedientes judiciales a los nuevos funcionarios competentes (Inspección

General de Tribunales), la suspensión de causas judiciales contra jueces provisorios, accidentales, temporales, los cuales quedaron a expensas de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que con o sin expediente les administrara disciplina, en un régimen temporal y modificable, no otorga la certeza jurídica que una norma jurídica requiere, ni garantiza la eficacia del procedimiento modificado bajo un juicio de probabilidad, que pudiera revertirse ante una eventual declaración de constitucionalidad de la ley suspendida y modificada, siendo esto evidentemente contrario a los principios de celeridad y economía procesal.

CONCLUSIONES

Las tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra presente en la mayoría de los procesos ordinarios que se ventilan ante el Poder Judicial Venezolano, ello en razón de las exigencias de tiempo propias del proceso y evidentemente por el retraso en la administración de justicia, producto de una serie de falencias encabezadas por el vetusto procedimiento escrito, las cuales imposibilitan la tutela cierta, pronta y efectiva de los derechos reclamados por los particulares, haciendo necesaria las garantías de la ejecución del fallo que resuelva sobre el merito del asunto sometido a la consideración del órgano jurisdiccional.

Los procesos constitucionales llevados ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no escapan de la realidad antes descrita, siendo ello avalado tanto por la legislación nacional como por la doctrina y la jurisprudencia patria, al permitir el dictamen de medidas cautelares en los distintos procesos constitucionales, con el fin de garantizar la ejecución del fallo o inclusive impedir la vulneración de derechos o garantías constitucionales bien sea por la aplicación de una norma que se presume inconstitucional o por la acción u omisión de un particular o del Estado, como fundamento de una acción de amparo entre otras.

Por su parte, la interpretación del artículo 335 constitucional realizada por la Sala, en estricto apego a su concepción primigenia, según la cual, -al margen del debate sobre la usurpación de funciones del poder judicial sobre el poder legislativo, en el marco de un modelo de Estado democrático y social de derecho y de justicia- permitía a la Sala, ante la omisión legislativa, mediante sentencias definitivas y hasta tanto el legislador cumpliera con su función, colmar de contenido normas programáticas constitucionales a los fines de

efectivizar el contenido constitucional y tutelar el derecho sometido a su consideración, expresaba *ad initio* meridiana coherencia jurídica.

No obstante, en la práctica, el ejercicio de la mencionada atribución por parte de la Sala se ha desviado y ha rebasado los anteriores límites, llegando incluso a modificar el contenido y alcance de normas de rango legal, lo cual en principio realizaba a través de sentencias definitivas, que por ser dictadas por la máxima instancia constitucional, resultaban inmodificables, otorgando ello una apariencia de certeza jurídica, que pudiera asemejarse a aquella propia de las normas jurídicas.

Tal situación se ve agravada cuando el máximo órgano colegiado constitucional, ante acciones de nulidad por inconstitucional, con el fin de evitar la posible vulneración de derechos por la aplicación de normas que infunden sospecha de inconstitucionalidad, mediante el dictamen de una providencia cautelar, no sólo suspende los efectos de la norma sino que incluso de manera provisional y transitoria, hasta que se dicte sentencia definitiva, desplaza competencias, crea procedimientos e instituye reglas de legitimación para actuar en el procedimiento creado.

En ese sentido, se estima que la mencionada actuación violenta la reserva legal establecida en el numeral 32 del artículo 156 constitucional, respecto a la atribución de competencias, legislación en materia de procedimientos, así como la materia de funcionamiento de organismos del Poder Público Nacional.

De la misma forma, violenta el principio de separación de poderes, por cuanto la Sala asume facultades del poder Legislativo sin que medie la justificación de la omisión legislativa, la cual bajo la interpretación antes citada, habilita al cuerpo colegido constitucional a colmar de contenido una norma programática con el fin de efectivizar la norma constitucional, sin que ello implique la

posibilidad de sustituir la norma legal señalada de inconstitucional por otra creada por los juzgadores y aplicada cautelarmente.

En el mismo orden de ideas, el establecimiento bajo un régimen provisional y variable de cualquier norma, en especial, normas que regulan competencias y procedimientos, atenta contra la seguridad jurídica que debe garantizar el Estado, lo cual obra en detrimento de los derechos de los justiciables y contradice los principios de celeridad y economía procesal que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Corolario de las argumentaciones antes expresadas, se estima que la tutela cautelar dictada como expresión de la jurisdicción normativa venezolana al no poder garantizar su permanencia en el tiempo, ni su inmutabilidad hasta que se produzca un acto legislativo, se traduce en ineficaz por cuanto mantiene en vilo tanto a las instituciones encargadas de la ejecución material de las normas desaplicadas mediante una sentencia de carácter provisoria, como a los sujetos pasivos de la mencionada norma, quienes no ven garantizado su derecho a una seguridad jurídica, por cuanto, *“la certeza de la vigencia de una norma jurídica es la primera manifestación de la seguridad Jurídica”*. MOLINA, R. (2002).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARRIOS, M., (2001). *Manual de Trabajos de Especialización, Maestrías y Tesis Doctorales*. Caracas. Venezuela. Fondo Editorial de Universidad Pedagógica Experimental Libertador.

BREWER-CARÍAS, A. (1999). La justicia constitucional en la nueva Constitución. En: *Revista de Derecho Constitucional*. (1), p. 2-37.

CALAMANDREI, P. (1936). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Argentina.

CARNELUTTI F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. UTEHA.

CASAL, J. (2010). *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas: (3ra edición ampliada), Universidad Católica Andrés Bello.

CHIOVENDA, G., (1923) *Principii di Diritto processuale civile*. Napoli: Italia.

CIFUENTES J. (1993). *Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional*. Editorial Colex. Madrid: España.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinaria, de fecha viernes 24 de marzo de 2000.

DA SILVA, J., (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. Mexico: UNAM.

DANKHER, G. (1986). *Investigaciones y comunicación*. Derecho Editorial McGraw Hill. México.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Fuente consultada el 8 de marzo de 2015. <http://www.rae.es/rae.html>

ESCOVAR, R. (2003). *El precedente constitucional: Definición y Límites*. Revista de Derecho Constitucional, 8, 231-257

ESCUDERO, M. (2005). *El Control Judicial de Constitucionalidad Sobre las Ramas Legislativa y Ejecutiva del Poder Público*. Caracas: UCV.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid: España.

HERNÁNDEZ, R. (2004). *La Problemática de las Sentencias Normativas*. Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1, 337-349.

KIDIAKIDIS, J. (2010). *Precisiones en torno a la naturaleza del amparo constitucional y sus alcances: posición frente a los otros medios de tutela judicial y la cosa juzgada*. Trabajo especial de grado presentado para optar a título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional. Universidad Monteávila. Caracas: Venezuela.

LA ROCHE, R. (2000). *Medidas Cautelares*. Ediciones Liber. Caracas: Venezuela.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942, de fecha miércoles 19 de mayo de 2004.

LÖSING, N. (2005). *La Jurisdicción Constitucional como Contribución al Estado de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: Venezuela.

MOLINA, R. (1998): *La Función Judicial*. Ponencia Presentada en las 1ra Jornada Internacional de Derecho Procesal en Homenaje al Dr. José Rodríguez Urraca. Puerto La Cruz.

MOLINA, R. (2002). *Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?*, Ediciones Paredes, Caracas: Venezuela.

MOLINA, R. (2008): *Reflexiones Sobre una Nueva Visión Constitucional del Proceso, y su Tendencia Jurisprudencial. ¿Hacia un Gobierno Judicial?* (2ª ed.). Caracas: Paredes

ORTELLS RAMOS, M., (2000). *Las Medidas cautelares*. Editorial La Ley. Las Rosas. Madrid: España.

ORTÍZ, R., (2002). *El poder cautelar general y las medidas innominadas*. Segunda Edición. Editorial Fronesis, S.A. Caracas. Venezuela.

ORTIZ, R. (2004). *Teoría General del Proceso*. (2ª ed.). Caracas: Frónesis

PÉREZ, G. (2001). *Las Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales, Balance a un año de vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Los Retos en el Proceso del Derecho Procesal Constitucional de Latinoamérica. Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional.

PESCI, M. (2006). *La Constitución y el Proceso*. Caracas: Jurídica Venezolana.

SELLTIZ, C., Y JAHONA M. (1997) *Los métodos de la Investigación en las ciencias sociales*. Madrid. España. Editoriales Paraninfo.

Sentencia N° 1571, del 22 de agosto de 2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>.

Sentencia Nro. 07 del 01 de febrero de 2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: José Amado Mejías.

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/07-010200-00-0010.HTM>

Sentencia Nro.656 del 30 de junio del 2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Defensoría del Pueblo

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/656-300600-00-1728%20.HTM>

Sentencia Nro.1050 del 23 de agosto del 2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello.

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1050-230800-00-2378%20.HTM>

Sentencia Nro.446 del 15 de mayo de 2014, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Víctor Vargas

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML>