TESIS
DP2002
N6

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

TRATAMIENTO DEL AMPARO CONJUNTO O ACUMULADO A OTROS MEDIOS PROCESALES ANTE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal.

Autor: Odette Nottaro Doyhamboure

Asesor: Narciso Rafael Ortíz Ortíz

Barquisimeto, Septiembre de 2.002

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL CIVIL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Odette Nottaro Doyhamboure**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal Civil, cuyo título es: **Tratamiento del amparo conjunto o acumulado a otros medios procesales ante la perspectiva de la Constitución de 1.999**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los nueve (09) días del mes de Septiembre del año 2.002.

Narciso Rafael Ortíz Ortíz
C.I. 6.206.353

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

TRATAMIENTO DEL AMPARO CONJUNTO O ACUMULADO A OTROS MEDIOS PROCESALES ANTE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999

Por: Odette Nottaro Doyhamboure

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal, aprobado en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello", por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los 31 días del mes de Octubre del año 2.002.

A Dios, por ser mi guía e iluminar mis pasos.

A mis padres, Luis Alfonso y Maggie, a quienes debo mi esfuerzo y son mi ejemplo a seguir.

A mi profesor Rafael Ortiz - Ortíz, por la magia y majestuosidad de sus clases y sus enseñanzas tan enriquecedoras.

A Rafael Ortiz – Ortiz y Fredy R. Vallenilla Solórzano, por su orientación y colaboración para la elaboración de este trabajo, mi eterno agradecimiento.

ÍNDICE GENERAL

Pág

APROBACIÓN DEL ASESOR ii

APROBACIÓN DEL JURADO EXAMINADOR iii

DEDICATORIA iv

AGRADECIMIENTOS v

ÍNDICE GENERAL vi

RESUMEN x

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULOS

I. CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES 12

A. Definición de medida cautelar 13

1. Acción cautelar 14

2. La cautela como proceso 16

3. Providencias cautelares 17

4. Medidas cautelares 18

B. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares 20

1. Periculum in mora 21

2. Fumus boni iuris..... 22

C. Elementos característicos de las medidas cautelares..... 23

1. Jurisdiccionalidad..... 24

2. Instrumentalidad..... 24

a. Instrumentalidad mediata..... 25

b. Instrumentalidad inmediata..... 26

3. Homogeneidad..... 26

4. Autonomía..... 27

5. En cualquier grado y estado del proceso..... 29

6. Provisionalidad y urgencia..... 29

7. Dispositividad y flexibilidad..... 31

II. CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL AMPARO CONJUNTO..... 34

A. Formas de ejercicio del amparo..... 34

1. El amparo como vía judicial autónoma..... 35

2. El ejercicio acumulado del procedimiento de amparo..... 37

a. El procedimiento de amparo conjuntamente con la "acción popular de inconstitucionalidad"..... 38

b. El procedimiento de amparo conjuntamente con los recursos contenciosos administrativos de anulación..... 39

c. El procedimiento de amparo con otros medios judiciales..... 42

B. Competencia judicial..... 43

1. Competencia judicial en materia de amparo autónomo..... 43

2. Competencia judicial en materia de amparo acumulado.... 47

C. Naturaleza jurídica del amparo conjunto..... 48

1. Posición Doctrinaria..... 49

a. Acumulación de acciones..... 49

b. Ejercicio simultáneo de acciones..... 52

c. Carácter subordinado y accesorio del amparo... 53

d. Carácter cautelar del amparo conjunto..... 55

2. Posición jurisprudencial..... 60

D. Requisitos de procedencia del amparo conjunto..... 63

E. Mecanismos de impugnación contra la decisión de amparo... 65

F. Finalidad y efectos del amparo conjunto..... 67

III. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA SENTENCIA ANULATORIA DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO..... 69

A. Motivos de nulidad del artículo 22..... 73

B. Votos salvados..... 76

1. Posición de la magistrada Cecilia Sosa..... 76

2. Posición de los magistrados Alfredo Ducharne, Juvenal Salcedo y Aníbal Rueda 77
3. Posición de Josefina Calcaño de Temeltas 78
4. Posición del autor 79
C. Solución para el especial caso del amparo cautelar 85
1. Artículos 23 y siguientes de la Ley 87
2. Aplicación de la medida típica del Contencioso Administrativo 89
3. Amparo conjunto con las medidas innominadas 91
IV. EL AMPARO CONJUNTO ANTE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 22 Y BAJO LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999 94
A. Tratamiento del amparo cautelar en la Ley especial 94
B. Trámite procedimental del amparo conjunto ante la nulidad del artículo 22 97
C. La tramitación del amparo conjunto ante la perspectiva de la Constitución de 1.999 100
CONCLUSIONES 113
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 124

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

TRATAMIENTO DEL AMPARO CONJUNTO O ACUMULADO A OTROS MEDIOS PROCESALES ANTE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999

Autor: Odette Nottaro Doyhamboure
Asesor: Narciso Rafael Ortíz Ortíz
Fecha: Septiembre de 2.002

RESUMEN

La investigación versó sobre el tratamiento del amparo ejercido de forma conjunta, bajo la perspectiva de la Constitución de 1.999 y con ocasión a la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de abril de 1.996, anulatoria del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo. El Trabajo se apoyó en métodos cualitativos, es decir, fue monográfico documental y a un nivel descriptivo; documental por cuanto se basó en fuentes bibliográficas y documentales, constituyendo una investigación analítica y de desarrollo conceptual a través del uso de técnicas de análisis de contenido, y descriptivo dado que buscó realizar una caracterización de los elementos y situaciones que se identificaban con el problema planteado. Los resultados obtenidos evidencian como conclusión general la ineficacia de la decisión de la Corte de anular el artículo 22 de la Ley de Amparo, pasando por inadvertida la naturaleza del amparo conjunto y creando un vacío legal innecesario, cuando debió analizar la forma que permitiera abrir el contradictorio para que el presunto agraviante hiciera valer sus derechos, situación permitida por el artículo 48 de la Ley de Amparo al remitir a la aplicación supletoria de las normas procesales. La investigación constituye un aporte, pues los argumentos explanados pudieran ser tomados en consideración al momento de analizarse el tratamiento del amparo conjunto.

Descriptores: Amparo, conjunto o acumulado, naturaleza jurídica, cautelar, tratamiento jurídico.

INTRODUCCIÓN

La concepción del Estado de Derecho se vincula necesariamente a la idea de la Constitución como norma suprema que debe prevalecer sobre toda norma o acto estatal. El constitucionalismo moderno se basa en el principio de la supremacía constitucional y en el derecho del ciudadano a esa supremacía; derecho que se concreta en un derecho fundamental a la tutela judicial de la supremacía constitucional.

Este derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional se materializa por una parte, en un derecho al control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales; y, por la otra en un derecho al amparo judicial de los derechos y libertades constitucionales, mediante acciones o recursos judiciales ordinarios o mediante acciones o recursos de amparo u otros medios judiciales de protección a los mismos.

En casi todos los ordenamientos jurídicos, la característica esencial del constitucionalismo democrático contemporáneo, la constituye el hecho de regular en sus textos fundamentales, derechos y libertades e

igualmente las garantías necesarias para hacer efectivos y proteger tales derechos y libertades.

El amparo a los derechos y libertades constitucionales, se concibe en los sistemas constitucionales tal y como define **Brewer-Carías, A. (1.998):** "Como un derecho constitucional de los ciudadanos derivado del derecho a la supremacía de la Constitución a obtener protección judicial dichos derechos y libertades por todos los tribunales" (p. 48).

El origen del amparo, como medio de protección judicial de los derechos y libertades del ciudadano, se encuentra en la Institución del Hábeas Corpus, establecida en el derecho inglés en el año de 1.679 por el Rey Carlos II, creada con el fin de garantizar uno de los derechos fundamentales del individuo, como es su libertad personal, sin el cual resulta prácticamente imposible el ejercicio de cualquier otro derecho.

Existen ordenamientos jurídicos en los cuales no se establecen medios procesales determinados o tribunales especiales que garanticen la protección de los derechos del ciudadano, tal y como ocurre con los sistemas de derecho angloamericano, francés e italiano, entre otros.

Los "writs" angloamericanos, desempeñan en el derecho inglés un papel fundamental de protección de los derechos de los ciudadanos, pues constituyen los mecanismos judiciales ordinarios utilizados para ello, y consisten en el mandamiento emanado de una autoridad judicial en ejercicio de sus funciones públicas y dirigida a quien está obligado a cumplir la Ley.

En el derecho francés, son las jurisdicciones ordinarias judicial y administrativas las encargadas de proteger los derechos de los ciudadanos a través de los medios ordinarios, entre los cuales figura la institución del "référé", que permite al juez adoptar decisiones, sean órdenes o prohibiciones, en casos de urgencia para la protección de los derechos.

En el ordenamiento jurídico italiano no se prevé un recurso de amparo similar al de otros ordenamientos, sin embargo, existe un procedimiento ordinario de urgencia que sirve igualmente de medio efectivo de protección de derechos y libertades constitucionales. El artículo 700 del Código de Procedimiento Civil Italiano, establece:

> "Fuera de los casos regulados en las secciones precedentes de este capítulo, quien tenga motivo fundado para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria éste se halle amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo".

En otros sistemas se regula el amparo como un derecho constitucional, dando origen a múltiples vías judiciales ordinarias y específicas de protección de los derechos y libertades constitucionales, que van más allá de la protección que se puede obtener a través de los medios ordinarios.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se consagra la figura del amparo como el mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales. Así por ejemplo, en el artículo 25 del Acta de Reformas Constitucionales de 1.847, se introdujo en la legislación mexicana el derecho de todos los habitantes de la república a ser amparados por los Tribunales de la Federación en los derechos que les otorga la Constitución.

La figura del amparo en el ordenamiento mexicano como un derecho de todos a la protección de sus derechos y garantías constitucionales, constituye según **Fix Zamudio, H. (1.964),** una compleja institución procesal que denomina "juicio de amparo" y comprende cinco diferentes medios de protección judicial y de control de la constitucionalidad: el amparo de la libertad, el amparo judicial, el amparo administrativo, el amparo social agrario y el amparo contra leyes.

La Constitución de Colombia de 1.991 regula el amparo de los derechos constitucionales, como un derecho a la tutela judicial que se materializa mediante el ejercicio de la "acción de tutela" o a través del ejercicio de otras acciones o recursos que el legislador puede establecer.

En Venezuela, afirma **Chavero, R. (1.997),** desde los inicios de la vida republicana, es decir, desde la primera constitución de 1.811, se consagró la posibilidad de proteger la supremacía constitucional a través de tenues mecanismos que buscaban consolidar un Estado de Derecho, pero ni en la Constitución de 1.811, ni en las de los años 1.830, 1.864, 1.874, 1.881, 1.891 y 1.893, se llegó a regular un remedio pronto y seguro para que se hiciera efectiva la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino hasta la Constitución de 1.947.

Dictada la Constitución de 1.947, la práctica del amparo constitucional resultó inusual, para la época. Según el citado autor:

> "Se manifestaba un profundo temor por la práctica del amparo constitucional para proteger los derechos y garantías de rango constitucional, debido a que podía atentarse contra las reformas sociales, agrarias, laborales, etc., imperantes en la época" (p. 35).

El amparo constitucional en la legislación venezolana fue consagrado posteriormente en el artículo 49 de la Constitución de fecha 23 de enero de 1.961, el cual es del siguiente tenor:

> " Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley. El procedimiento será breve y sumario y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida".

La Declaración Universal de los Derechos Humanos dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1.948, constituye, para algún sector doctrinario, la fuente orientadora del artículo 49 de la Constitución, antes citado. La Declaración expresa en su artículo 8:

> "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes que le amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley".

Luego de incorporado el amparo en la Constitución venezolana, el mismo carecía de una Ley que lo regulara y su ejercicio era posible por la aplicación, que de la citada norma constitucional, habían hecho los Tribunales de Instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Salas de la Corte Suprema de Justicia.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en fecha 22 de enero de 1.988, se regula la institución del amparo en el marco de la norma constitucional, resultando en la práctica como un medio expedito y eficaz para la búsqueda de la protección constitucional que con anterioridad a la promulgación de la Ley, no se había podido lograr.

En la actualidad el amparo se encuentra regulado en el artículo 27 de la Constitución de 1.999, el cual reza en su primera parte:

> " Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos".

El ejercicio del amparo supone la prescindencia de cualquier procedimiento distinto al previsto en la Ley Orgánica de Amparo; tal y como afirma **Ayala Corao, C. (1.996),** el amparo conforme a la Ley Orgánica permite alcanzar una adecuada protección de los derechos y garantías constitucionales, a través de una "acción de amparo autónoma", la cual aparece como diferenciada de la acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes, del recurso de casación y de las acciones contencioso – administrativas; señala el citado autor:

> " Ahora bien, una de las características de esta acción judicial autónoma de amparo, es que *no presupone el que se hayan agotado vías judiciales previas para poder intentarse*, lo que hace que la institución de la acción de amparo en nuestro país se diferencie con el recurso de amparo que se ha desarrollado en Europa y, particularmente, en Alemania y España. En estos países, en realidad, el recurso de amparo es un auténtico "recurso" que se intenta, en principio, contra decisiones judiciales" (p.21).

La Ley Orgánica de Amparo regula en su texto igualmente la posibilidad de ejercer el amparo conjuntamente con otro procedimiento, en cuyo caso el amparo reviste una naturaleza diferente al amparo ejercido autónomamente, goza de un carácter subordinado y accesorio a la pretensión principal, actuando de forma cautelar al cumplir una función protectora del fallo.

En el supuesto del amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo ordena tramitar el amparo de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Ley, en cuyo caso el Juez de Amparo tendrá la potestad de ordenar el restablecimiento de la situación jurídica infringida de forma inmediata.

La extinta Corte Suprema de Justicia actuando en Pleno, en decisión de fecha 16 de abril de 1996, anula el artículo 22 de la Ley Orgánica de

Amparo, el cual permitía al juez de Amparo, restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma, sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda y sin informar previamente al presunto agraviante, surgiendo un vacío legal en cuanto al procedimiento y el tratamiento jurídico que debe dársele al amparo cuando se intenta acumulado a otro medio procesal, en atención a la remisión que hacía el artículo 5° de la Ley de Amparo a su anulado artículo 22.

El amparo conjunto ha sido objeto de diversos tratamientos por la Doctrina y Jurisprudencia desde la publicación de la Ley Orgánica de Amparo, con la nulidad del artículo 22 de la Ley declarada por la Corte en Pleno y posteriormente con la entrada en vigencia de la Constitución en 1.999.

La importancia de la presente investigación consiste en comparar las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la finalidad, efectos, naturaleza y tratamiento del amparo acumulado a otro procedimiento, con el objeto de desentrañar el verdadero sentido lógico y la motivación que llevó al legislador al dictar la normativa contenida en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, analizando la situación jurídica concreta degenerada en un vacío legal al anularse esta disposición legal por la Corte en Pleno, y ante la perspectiva de la Constitución dictada en 1.999.

El informe se divide en cuatro capítulos, donde se determinan las características de las medidas cautelares, la finalidad, elementos básicos, naturaleza y el tratamiento del amparo ejercido de forma conjunta, otorgado por la Doctrina y Jurisprudencia, con motivo de la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo y ante la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año de 1.999.

El trabajo se ubica del punto de vista metodológico, en una investigación teórica, a través de la investigación de los textos legales, doctrinarios y jurisprudenciales, analizados de forma critica y temática; basado en métodos cualitativos, es decir, de tipo monográfico documental y descriptivo.

La investigación es monográfica de acuerdo a las pautas señalas en el Manual para la elaboración del Trabajo Especial de Grado en el área de Derecho, que consiste en el estudio de un problema con el propósito de profundizar el conocimiento del mismo, con apoyo principalmente en fuentes bibliográficas y documentales, lo que hace que la investigación sea analítica y de desarrollo conceptual, a través del uso de técnicas de análisis de contenido, análisis comparativo y construcción de sistemas de categorías, clasificación de casos, inducción y síntesis.

La investigación es a su vez descriptiva, por cuanto realiza una caracterización de elementos y situaciones que se identifican con el problema planteado, precisando así su naturaleza.

Para la realización del Trabajo se contó con todo lo necesario para obtener la información y datos requeridos, que permitieron obtener un resultado satisfactorio, y respecto a las limitaciones en su realización, las mismas vienen dadas por la reciente entrada en vigencia de la Constitución de 1.999, pues a solo dos años de su aprobación, el material doctrinario no es abundante en cuanto al objeto principal de la presente investigación.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La actuación del Juez dentro del proceso civil venezolano, no se limita a esperar que las partes cumplan todos los trámites procedimentales, hasta alcanzar la sentencia que resuelva el conflicto planteado entre las mismas; por el contrario, la función del Juez en el proceso debe ser la de un Director, debiendo impulsarlo de oficio hasta su conclusión, salvo que la causa se encontrare en suspenso o paralizada por la inactividad de las partes, como lo establece el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil.

Este espíritu del Legislador de otorgarle al Juez un papel de Director en el proceso encuentra manifestaciones en todas las etapas procesales, incluso, antes de sentenciar el juez tiene la facultad de dictar el auto para mejor proveer y llamar a las partes o algún testigo a declarar, exigir algún instrumento, o practicar una experticia, con el fin de aclarar algún punto que considere dudoso u oscuro y que resulte indispensable para resolver la causa.

Estas amplias facultades otorgadas al juez deben tener como fin último lograr la realización de la justicia, que constituye uno de los deberes correspondientes al Estado, tal como lo establece la Constitución de 1.999, en sus artículos 26 y 257.

Bajo estas premisas, el Código de Procedimiento Civil, regula en su Libro III, Título I, las denominadas medidas preventivas que constituyen una manifestación de las facultades conferidas al juez, en aras de que el proceso sirva para la correcta realización de justicia.

A. Definición de medida cautelar

Las medidas cautelares están concebidas dentro del proceso para garantizar la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico, y ello debe ser así porque de nada serviría que el justiciable acudiera a los órganos jurisdiccionales para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses, y luego de pasar todas las etapas que implica instaurar un proceso y obtener el respectivo acto del juez, constituido por la Sentencia, ésta resultare ineficaz, al no haberse asegurado las resultas del juicio.

Las medidas cautelares constituyen entonces, esos mecanismos necesarios para asegurar la eficacia de la sentencia que dicta el Juez, y

resguardar los derechos de los particulares, cumpliéndose no solo el fin último del proceso, sino también para asegurar la legitimidad del Estado y la vigencia del Estado de Derecho.

Las medidas cautelares han sido objeto de diversas denominaciones por parte de los autores que analizan el tema, y por parte de las mismas normas que consagra el ordenamiento jurídico, resultando necesario hacer una breve referencia sobre las distintas precisiones conceptuales planteadas.

1. Acción cautelar

La cautela constituye para **Chiovenda, G. (1.922)**, "una acción" dirigida a obtener una "providencia jurisdiccional" y es por ello que se trata de pura acción, distinta del derecho garantizado, existiendo un derecho actual cuando se desconoce la existencia del derecho debatido en el fondo.

Por su parte **Carnelutti, F. (1.942)**, se refiere también a la acción cautelar jurisdiccional, y sostiene que, al igual que la acción jurisdiccional, no es el poder de obtener una decisión favorable, sino únicamente una decisión. La acción cuando es cautelar no busca obtener una medida cautelar, sino únicamente una decisión en vía cautelar; así señala:

> "...La obligación del juez en vía cautelar, como en la definitiva, no es dar la razón a quien la pide, sino solo a quien la tiene;

> por lo tanto, el derecho de la parte frente a él se limita a la exigencia de aquella actividad en que consiste el ejercicio de la potestad jurisdiccional cautelar, y este derecho corresponde tanto al actor como al demandado" (p. 192).

En este orden de ideas, **Rocco, U. (1.983)**, al referirse a las medidas cautelares, señala que la acción cautelar va dirigida a obtener una providencia jurisdiccional apta para resguardar el estado de hecho y de derecho hasta que se produzca una declaración de certeza y el comienzo de una ejecución.

Estas tesis, que consideran a la cautela como "una acción", si bien respondían a la concepción jurídica del momento en el cual se plantearon, no se adaptan a la actualidad, puesto que el concepto de acción ha sido objeto de un exhaustivo análisis por parte de la doctrina; así, por ejemplo, para el maestro Couture, la acción es el derecho a la jurisdicción, el derecho abstracto de obrar, cuyo contenido acogiendo o rechazando la demanda, no es tema del derecho procesal sino del derecho material que se hace valer en el proceso.

La acción no debe ser confundida con la pretensión, ésta última comprende lo que quieren las partes, es decir, sus peticiones ante el órgano jurisdiccional, mientras que la acción va más allá de dichas peticiones, es

una concepción única que implica darle vida al proceso, de manera que definir a la cautela como "una acción" no explica su contenido, pues en la cautela va implícita una pretensión de las partes, que es la de prevenir un daño a su derecho.

2. La cautela como proceso

La tesis de la cautela como proceso se imputa a **Carnelutti, F. (1.942),** quien la define como un proceso que en vez de ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, que es el definitivo.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se consiguen autores que conciben a la cautela como un proceso, al igual que el maestro Carnelutti; para ejemplificar tal consideración, el autor **Morales Molina, H. (1.982),** explica que la acción cautelar es una particular forma del proceso de declaración o el de ejecución, dirigido a asegurar sus consecuencias mediante el mantenimiento del estado de hecho o de derecho, configurando el proceso cautelar conservativo, o anticipando las consecuencias de una resolución judicial, evitando el daño en la demora y creando así, un nuevo estado de hecho que facilite tal resultado, denominándose esto proceso cautelar innovativo.

Como puede observarse, este autor habla de la "acción" cautelar y la define como un "proceso", pero así como el término de acción no resulta feliz para concebir a la cautela, la de proceso tampoco define su función.

Si bien es cierto que las cautelas tienen un trámite procedimental autónomo, pues exigen una solicitud de parte, implican una valoración del juez para decretarlas y pueden ser objeto de oposición por la otra parte o incluso por un tercero ajeno al juicio que haya resultado afectado por la práctica de la medida, no por ello pueden definirse como un proceso autónomo, en virtud que no son autónomas, sino que están subordinadas al proceso principal, de cuya existencia dependen.

3. Providencias cautelares.

Las cautelas concebidas como providencias, según **Cuenca, H. (1.957)**, se atribuyen al autor Calamandrei, para quien las providencias cautelares no constituyen un fin en sí mismas sino que están preordenadas a una providencia ulterior que es definitiva, definiéndolas como la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma.

El propio Código de Procedimiento Civil venezolano, así como el de otros ordenamientos jurídicos, denomina indistintamente a las cautelas como medidas y como providencias; así, en su artículo 588 el legislador, en su parágrafo primero, indica: " además de las medidas anteriormente enumeradas... el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas...".

Esta concepción de la cautela como providencia atiende a los efectos que busca al ser decretada, pero no responde a su naturaleza, en sí misma considerada.

4. Medidas cautelares.

El término más acertado para denominar a las cautelas es el de "medidas cautelares", pues esta definición en contraposición con las anteriores, atiende a la naturaleza de las mismas.

En atención al término jurídico de "medidas cautelares", **Cabanellas, G. (1.989),** indica que, tomar medidas es adoptar las posiciones o dar las órdenes que las circunstancias impongan, de modo singular, para restablecer el orden, cortar el abuso, restablecer la confianza o la disciplina. Igualmente

señala el referido autor que cautelar consiste en prevenir, adoptar precauciones o precaver.

Existen diversos motivos que justifican que se acoja la denominación de "medida cautelar" en Venezuela según la autora, **Quintero, M. (1.974)**, quien sostiene que razones de orden histórico legislativo, conllevan a la adopción del término de "medidas", dado que no solo es acogido por las leyes de procedimiento sino también por las leyes sustantivas; e igualmente, existen razones de lenguaje procesal, ya que así como en el lenguaje común, tomar medidas, implica prevenirse con el fin de evitar un daño.

De los anteriores planteamientos se deduce que las medidas cautelares son aquellas órdenes que dicta el órgano jurisdiccional con el fin de evitar o precaver un daño.

La institución cautelar persigue asegurar la garantía dada a los particulares de que se respetará el ordenamiento jurídico, como señala **Ortiz-Ortíz, R. (1.997),** garantiza la situación jurídica deducida, hace pleno el Estado Derecho y la función de resguardo del ordenamiento jurídico, por lo tanto las medidas cautelares son para los órganos jurisdiccionales una función de tutela y para los particulares una petición, pero mientras las medidas cautelares responden a una función tutelar, no toda función tutelar,

representa una medida cautelar. Afirma el citado autor: "El fenómeno cautelar puede ser visualizado bajo la noción de un sistema, es decir, "un conjunto de elementos lógicamente estructurados, vinculados de manera independiente, con sus propias características, su propia esencia y consistencia..." (p 85).

B. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares

El artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, establece que las medidas las decretará el juez, sólo cuando exista el: "...Riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama".

La disposición legal citada establece los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares, que han sido denominados por la Doctrina y jurisprudencia como el "periculum in mora" y el "fumus boni iuris", es decir, el peligro en el retardo y la verosimilitud del derecho, que de seguidas serán desarrolladas.

1. El periculum in mora.

En la práctica ocurre que, mientras se desarrolla un proceso judicial contra una persona que es deudora de otra y está morosa en el pago, ésta realiza una serie de actividades con el fin de insolventarse o disminuir considerablemente su patrimonio, causando con tal actitud un daño en el derecho del demandante, o del acreedor, en obtener la eficacia de la sentencia y en consecuencia el pago que se le adeuda; este temor de daño es lo que se denomina en Doctrina como periculum in mora, o peligro en la demora.

El peligro en la demora viene dado por dos circunstancias, la primera de ellas por la lentitud del proceso para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses planteado entre las partes, de forma eficaz y garantizando el derecho de las mismas; y, la segunda de ellas, atañe a la presunción que puede inferirse de la manifiesta insolvencia o de las conductas desplegadas por el deudor con los fines de insolventarse.

El procesalista **Ortiz - Ortíz, R. (1.997),** define el peligro en la demora, en los siguientes términos:

> "Es la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuida en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o de que una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al

> retardo de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con la lamentable consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico" (p. 117).

El requisito del peligro en la demora no queda cumplido únicamente por el hecho de que se presuma la tardanza de los procesos judiciales, sino que dicho requisito debe quedar acreditado en las actas procesales, demostrándose de forma sumaria, a través de cualquiera de los medios probatorios que establece la Ley, el hecho que el deudor tienda a insolventarse o que está causando alguna lesión o daño que pueda hacer ilusoria la ejecución del fallo, es decir, no basta que el solicitante de la medida explique que aquella persona sobre quien va a recaer la medida cautelar está insolventándose, sino que tiene la carga de demostrar al Juez tales hechos, y una vez que el Juez tenga acreditada la *presunción grave* de los hechos y actuaciones de mala fe por parte del deudor, es que puede considerarse el requisito como cumplido.

2.- Fumus boni iuris.

El requisito del fumus boni iuris, o verosimilitud del derecho, consiste en la apariencia de certeza o credibilidad del derecho invocado por la parte solicitante de la medida cautelar.

El juez ante el requisito de la verosimilitud del derecho, debe actuar de forma racional y equitativa, analizando claro está, los medios de prueba acompañados, a los fines de determinar que ese derecho aparente que invoca el solicitante de la medida sea verdadero o aparezca como tal.

En lo que respecta a este segundo requisito para la procedencia de las medidas cautelares, el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 20 de marzo de 2.001, con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa, sostuvo:

> "...Su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. Puede comprenderse entonces como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama".

C. Elementos característicos de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares gozan de una serie de notas o características, entre las cuales destacan la jurisdiccionalidad, instrumentalidad, homogeneidad, autonomía, pueden ser dictadas en cualquier estado y grado del proceso, provisionalidad y urgencia; y, dispositividad y flexibilidad.

1. Jurisdiccionalidad.

El Estado se reserva la función de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses planteados entre las partes, y dicha función se realiza a través del Poder Judicial, de modo que cualquier actividad que cumpla el Estado para la resolución de los conflictos de intereses, constituye una función jurisdiccional.

Las medidas cautelares gozan del carácter de ser jurisdiccionales, porque solo pueden ser dictadas por los órganos del Poder Judicial, es decir por los órganos jurisdiccionales.

2. Instrumentalidad

El carácter de instrumentalidad de las medidas cautelares viene dado por su finalidad y existencia, porque siempre están preordenadas a un proceso principal que les sirve de soporte.

El Código de Procedimiento Civil señala en su artículo 585 que las medidas preventivas las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, desprendiéndose del contenido de la norma, que toda medida cautelar está preordenada a un

procedimiento principal, siendo su finalidad la de evitar que el fallo que se dicte en éste procedimiento no resulte ilusorio.

Las medidas cautelares siempre están preordenadas a un juicio principal, siendo lo común o la regla general, que se soliciten y se dicten cuando el juicio esté instaurado, es decir, en el transcurso del proceso; no obstante, existen casos excepcionales dentro del ordenamiento jurídico venezolano, así como en otros ordenamientos, en los que la medida cautelar se solicita y decreta sin que esté instaurado un juicio previo, pero con la condición de que se instaure en un determinado lapso de tiempo.

En estos casos de excepción, las medidas cautelares no pierden su carácter de instrumentalidad, pues siguen estando preordenadas a un juicio, con la diferencia que el mismo aún no se ha iniciado, por ello la Doctrina distingue entre una instrumentalidad mediata y una inmediata.

a. Instrumentalidad mediata

Esta instrumentalidad mediata es definida por el ya citado autor **Ortiz-Ortíz, R. (1.997)**, como:

> "Aquella propiedad del sistema cautelar, mediante el cual las partes pueden solicitar una medida, en orden a preservar la ejecución o efectividad de la decisión de mérito y en un

> proceso aún no iniciado pero el cual debe instaurarse en un lapso o término fijado por la Ley o el juez" (p. 478).

En el ordenamiento jurídico venezolano, éste caso excepcional de instrumentalidad denominada mediata, se encuentra a título de ejemplo en la Ley de Derecho de Autor, que establece la posibilidad para el Juez de decretar la medida cautelar de secuestro, sin que hubiera un litigio pendiente, quien deberá levantar las medidas decretadas si al vencimiento de treinta días continuos después de ejecutadas, no se hubiese comprobado la iniciación del juicio principal.

b. Instrumentalidad Inmediata

La instrumentalidad inmediata constituye la regla común de las medidas cautelares, y la denominación de inmediatez atañe al hecho de que la cautela sea solicitada y decretada en el transcurso de un proceso ya instaurado, estando ordenada a éste.

3. Homogeneidad

El hecho que la finalidad y razón de ser de las medidas cautelares sea la de evitar que quede ilusoria la ejecución del fallo dictado en el juicio

principal, no implica que esté necesariamente identificada con aquél, y aquí viene dado el carácter de homogeneidad de las cautelas.

El decreto de alguna medida cautelar por parte del juez, no hace que el mismo adelante opinión sobre el fondo del asunto, y ello se debe igualmente a que la medida es autónoma en cuanto a su estructura.

4. Autonomía

El carácter de autonomía viene dado respecto a la estructura de las medidas cautelares, pero no en cuanto a su existencia, puesto que dependen del juicio principal y están preordenadas a éste, derivando de allí la instrumentalidad, antes señalada.

Las medidas cautelares gozan de un carácter de autonomía respecto a los trámites procedimentales del proceso principal, dado que tienen un trámite propio, establecido en los artículos 601 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en el que destaca una valoración previa por parte del Juez, luego del decreto de la medida se abre un cuaderno separado y una vez ejecutada ésta se entiende abierta una articulación probatoria, existiendo la posibilidad de que la parte contra quien obre la medida se oponga a la

misma, culminando con una decisión del juez que la decretó, la cual puede ser objeto de apelación.

La autonomía e independencia de las medidas cautelares viene dada igualmente por el hecho de que pueden dictarse en cualquier estado y grado de la causa, y su tramitación no prejuzga sobre el fondo del asunto debatido en el juicio principal, ni impide la continuación de éste.

En este mismo orden y dirección, el artículo 606 del Código de Procedimiento Civil, indica:

> " Si sentenciada en definitiva la causa no se hubiere decidido todavía la articulación pendiente sobre las medidas decretadas, el Tribunal ante quien se haya promovido continuará conociendo de ella, aunque haya admitido antes apelación en ambos efectos o recurso de casación de la sentencia definitiva".

La disposición legal citada ratifica el carácter de autonomía e independencia de las medidas cautelares, al disponer que decidida la causa principal y aún cuando se haya oído la apelación en ambos efectos o el recurso de Casación contra la misma, si el Juez no hubiese decidido todavía la articulación probatoria sobre las medidas decretadas, el Tribunal continuará conociendo de la misma, en virtud que la sentencia sobre el juicio principal no goza del carácter de definitivamente firme.

5. En cualquier grado y estado del proceso

Una de las características más importantes de las medidas cautelares es que puedan dictarse en cualquier estado y grado de la causa, incluso cuando la parte demandada, contra quien obra la medida no haya sido citada, es decir, pueden ser dictadas "inaudita alteram parte", lo que significa literalmente, sin escuchar a la parte contraria.

Esta característica responde a la naturaleza de las medidas cautelares y la función que cumplen dentro del proceso, consistente en asegurar que el fallo no resulte ilusorio; ello debe ser así necesariamente, porque las cautelares perderían su razón de ser si la parte solicitante de la medida tuviera que esperar a que se llamara a juicio a su contraparte.

6. Provisionalidad y urgencia.

La característica de provisionalidad de las medidas cautelares está representada por el hecho que las mismas fenecen al terminar el juicio y no subsisten luego de dictada la sentencia definitiva.

La medida cautelar queda revocada automáticamente al terminar el juicio sea que el mismo termine por efecto del desistimiento, perención de la instancia, o que el juicio termine normalmente por efecto de la sentencia

definitivamente firme que declare con lugar la pretensión de la parte actora, en cuyo caso queda revocada ésta y pasa a ser ejecutiva; asimismo queda revocada la medida por efecto de la declaratoria sin lugar de la demanda, pues automáticamente, al sucumbir la parte en su pretensión, fenece la necesidad de asegurar ese derecho que se declaró inexistente por el Juez en su decisión.

La nota de provisionalidad se manifiesta igualmente, en la facultad que existe de revocar la medida en sede cautelar; revocatoria que puede derivar de la sustitución de la medida al admitir el Juez la contracautela prevista en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil, que indica:

> "No se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieren ya decretadas, si la parte contra quien se haya pedido o decretado, diere caución o garantía suficiente de las establecidas en el artículo siguiente".

La revocatoria de la medida puede presentarse igualmente por efecto de la oposición que haga la parte contra quien obra la misma, derecho consagrado en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, o porque cambiaron o variaron las circunstancias que dieron lugar a su decreto.

En lo tocante a la nota de urgencia, ésta constituye una de las características fundamentales de las medidas cautelares y viene dada por el

temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo; constituyendo ésta urgencia la razón por la cual las medidas puedan dictarse inaudita parte, es decir, sin necesidad de oír a la otra parte.

La urgencia se manifiesta asimismo por la simplicidad de las formas, es decir, implica un carácter simple, carente de complejidad y en su esencia breve; y, se asocia con el requisito del fumus boni iuris, antes señalado, según el cual para el decreto de una medida cautelar no se requiere la prueba fehaciente del derecho invocado, sino una mera verosimilitud, que viene dada por la circunstancia de generar en el Juez la apariencia de credibilidad.

7. Dispositividad y flexibilidad.

El principio dispositivo que rige en materia civil, encuentra regulación en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que señala:

> " El juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la Ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes".

Se observa claramente del dispositivo legal citado, que el Juez no puede iniciar los procesos civiles de oficio, de manera que, por vía de consecuencia las medidas cautelares tampoco pueden ser decretadas de oficio, sino a solicitud de parte, salvo, que la Ley expresamente autorice para ello al Juez o esté interesado el orden público.

En referencia a la flexibilidad de las medidas, esta característica genera que las mismas puedan dictarse en cualquier estado y grado de la causa y que sean revocables si cambian las circunstancias que le dieron origen, como por ejemplo, si la parte contra quien obra la medida otorga la caución prevista en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil.

Hechas las consideraciones anteriores, se puede afirmar que entre las actuaciones del Estado destaca la función jurisdiccional, que constituye una de las fundamentales porque a través de ella los justiciables, buscan la solución a los conflictos intersubjetivos de intereses planteados entre los mismos y en esa búsqueda las medidas cautelares cumplen un papel primordial, dado que constituyen el instrumento destinado a impedir que en el transcurso del proceso se atente contra el que tiene la razón.

Las medidas cautelares constituyen entonces una manifestación del derecho de los justiciables a obtener del Estado una "tutela judicial efectiva",

deber que encuentra asidero jurídico en el artículo 26 de la Constitución de 1.999 y su origen responde a la legitimidad que debe cumplir el Estado ante los particulares y a través de todas sus actuaciones.

Para finalizar, siendo la función de las medidas cautelares la de impedir que aquel acto del Estado que resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses, denominado sentencia, resulte ilusorio, resulta menester que las medidas de las que dispone la parte para salvaguardar su derecho sean decretadas con la inmediatez y urgencia del caso, e incluso sin llamar a juicio a la parte contra quien se dirige la medida, caso contrario, perderían su razón de ser al permitirle a la parte contra quien obra la misma, realizar conductas de forma maliciosa que vulneren el derecho del demandante.

CAPÍTULO II

CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL AMPARO CONJUNTO

A. Formas de ejercicio del amparo

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, regula en su texto la posibilidad de ejercer el procedimiento de amparo de forma autónoma o acumulada a otros procedimientos judiciales, tales como el procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y el procedimiento contencioso – administrativo de nulidad de actos administrativos de efectos particulares.

En atención a esta diferenciación prevista en la Ley Orgánica de Amparo, la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 10 de junio de 1992 y haciendo referencia a la sentencia de fecha 10 de julio de 1991 (Caso tarjetas Banvenez), señaló que la Ley de Amparo regula fundamentalmente dos mecanismos procesales: el amparo autónomo y el acumulado a otro procedimiento.

1. El amparo como vía judicial autónoma

El amparo está previsto dentro del ordenamiento jurídico venezolano, como un procedimiento autónomo que permite lograr la adecuada protección de los derechos y garantías constitucionales, ya sea ante su violación o amenaza de violación.

Una de las características del procedimiento judicial autónomo del amparo, para **Brewer - Carías, A. (1.998)**, viene dada por el hecho de que no presupone el que se hayan agotado vías judiciales previas para poder intentarse, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en los que el procedimiento de amparo se presenta como un auténtico "recurso extraordinario", que se intenta en principio, contra decisiones judiciales.

El citado autor al referirse a este "recurso extraordinario", ejemplifica el caso del ordenamiento jurídico Alemán y Español; señala que en Alemania, el recurso de amparo constitucional que se intenta ante el Tribunal Constitucional Federal, exige el agotamiento previo de la vía judicial ordinaria, lo que representa un recurso contra una decisión judicial, aún cuando por vía de excepción procede el amparo en ciertos casos específicos y para determinados derechos constitucionales, ocurriendo lo mismo en el

caso español donde el amparo exige el agotamiento previo de las vías judiciales.

En el ordenamiento jurídico venezolano el procedimiento de amparo no exige el agotamiento previo de las vías judiciales, lo que exige es que no exista otro procedimiento judicial que permita de forma breve y sumaria, el amparo y protección de los derechos de rango constitucional y el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida.

El Tribunal Supremo de Justicia, al referirse al procedimiento autónomo de amparo, señala que el amparo así ejercido, debe ser por su naturaleza restablecedor y capaz de lograr que el mandamiento de amparo que se otorgue se baste por sí solo, sin necesidad de acudir a otros procedimientos judiciales, con el fin de restituir las cosas al estado en que se encontraban para el momento de la vulneración y hacer desaparecer el hecho lesivo o perturbador.

En lo que respecta al agotamiento de los medios judiciales ordinarios, el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de la Sala Constitucional de fecha 20 de septiembre de 2.001, sostuvo que del análisis del artículo 27 de la Carta Magna, se desprende que el amparo opera una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico – constitucional

no ha sido satisfecha; o, ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.

2. El ejercicio acumulado del procedimiento de amparo

En la Ley Orgánica de Amparo se regulan determinadas formas de ejercicio del procedimiento de amparo, cuya característica en común es que el amparo en tales casos funciona de forma accesoria al procedimiento principal al cual se acumula. Así, en los artículos 3°, 5° y 6°, ordinal 5° de la Ley, se establece la posibilidad de ejercer el amparo acumulado a la "acción popular" de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, al recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos de efectos particulares o contra las conductas omisivas de la administración, así como también a cualquier otro procedimiento judicial, denominado éste último supuesto por la Doctrina y Jurisprudencia como amparo sobrevenido.

En el caso del procedimiento de amparo ejercido con otros medios procesales, la extinta Corte Suprema de Justicia en decisión de fecha 10 de julio de 1991, en el Caso Tarjetas Banvenez, señaló que, en cualquiera de los supuestos de acumulación, el procedimiento de amparo reviste una

característica totalmente diferente al procedimiento de amparo autónomo, pues se trata de un procedimiento que no es principal, sino subordinado a otro al cual se acumuló y en consecuencia su destino es provisorio, temporal, sometido al pronunciamiento final que emita el juez en el procedimiento principal al cual se acumuló el amparo.

Señala la referida sentencia:

> "...La acción de amparo propuesta conjuntamente con una de otro tipo participa de todos los caracteres procesales inherentes a la acumulación de acciones, esto es: ha de ser resuelta por un solo juez (el mismo que sea competente para conocer de la acción principal), y que ambas pretensiones (la de amparo y la de nulidad u otra) deben ser tramitadas en un solo proceso que tiene dos etapas: la del amparo, previa, y la contenciosa, la cual forzosamente cubre, en la decisión final, tanto la medida cautelar que inevitablemente perece en esa oportunidad, como el pronunciamiento judicial acerca de la nulidad solicitada..."

a. El procedimiento de amparo conjuntamente con la "acción popular de inconstitucionalidad".

La Ley Orgánica de Amparo prevé la posibilidad de ejercer el amparo conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de carácter normativo. En su artículo 3° la Ley, expresa:

> "La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y

> demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación de alega, mientras dure el juicio de nulidad".

Se plantea en estos casos la interrogante referida a la posibilidad que el amparo se dirija contra la norma directamente, o contra el acto de su aplicación. En tal sentido, la posición del más Alto Tribunal ha sido la de sostener que el amparo se dirige en principio, contra los actos de aplicación de los textos legislativos, o contra la amenaza inminente de su aplicación, circunscribiéndose la actividad del juez a analizar la norma y desaplicarla con respecto a la situación jurídica concreta del solicitante.

b. El procedimiento de amparo conjuntamente con los recursos contenciosos – administrativos de anulación.

El amparo puede igualmente ejercerse acumulado al recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos de efectos particulares o contra conductas omisivas de la administración.

El artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, establece en su primer aparte:

> "Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o

> negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso – Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el juez, en forma breve, sumaria y efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio".

Al ejercerse conjuntamente el recurso de nulidad con una pretensión de amparo constitucional, permite ello acceder directamente a la justicia administrativa, sin necesidad de agotar los recursos administrativos y ello es de vital importancia para **Chavero, R. (2.001),** ante las graves transgresiones de derechos fundamentales por las actuaciones de la administración y más aún en épocas en donde aún no ha llegado a la jurisdicción contenciosa administrativa relevantes reformas legales y jurisprudenciales.

El amparo acumulado al recurso contencioso administrativo de nulidad, se ha visto en la praxis seriamente afectado por efecto de las tendencias jurisprudenciales, lo cual será objeto de análisis a través de la presente investigación, y aunado a esta circunstancia el propósito del Constituyente en la nueva Carta Magna ha sido el de eliminar esta figura.

En la exposición de motivos de la Constitución de 1.999, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5453 de fecha 24 de marzo de 2.000, se expuso:

> "...Dado que la Sala Constitucional será competente para resolver las acciones de amparo en el Tribunal Supremo de Justicia, la ley orgánica respectiva deberá eliminar la acción cautelar de amparo que se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad y que permite a las Salas Político Administrativa y Electoral, suspender los efectos de los actos administrativos cuya nulidad les corresponde conocer y decidir. Para ello, la legislación deberá dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, bien sea a través de la suspensión de los efectos del acto administrativo correspondiente, o a través de órdenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la administración dependiendo del caso concreto".

Se observa claramente de la Exposición de Motivos de la Constitución vigente, que la intención del Constituyente es eliminar la figura prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, pero otorgándole al Juez contencioso administrativo amplias facultades para que aún de oficio decrete cualquier tipo de medida cautelar que permita restablecer la situación jurídica infringida del administrado, mientras dure el proceso.

c. El procedimiento de amparo con otros medios judiciales.

El procedimiento de amparo puede formularse con otros medios procesales o procedimientos judiciales, tal y como lo regula La Ley de Amparo en su artículo 6, ordinal 5°, al establecer como causal de inadmisibilidad del amparo, el hecho que el agraviado haya optado por recurrir a los procedimientos judiciales ordinarios, siendo posible en tales casos alegar conjuntamente con el procedimiento judicial ordinario preexistente, la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucional.

Señala textualmente el artículo 6, ordinal 5°, lo siguiente:

> " No se admitirá la acción de amparo...
> 5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado".

El ejercicio del amparo acumulado a otro procedimiento puede formularse de dos maneras: Al iniciarse el procedimiento principal o en el curso de un procedimiento ya iniciado, alegándose una violación sobrevenida de algún derecho constitucional, en cuyo caso se está en

presencia del llamado por la Doctrina y Jurisprudencia, "Amparo Sobrevenido".

B. Competencia judicial.

La distribución de la competencia en materia de amparo varía en función de las modalidades como se ejerza éste, sea de forma autónoma o acumulado a otro procedimiento.

1. Competencia judicial en materia de amparo autónomo.

El principio rector en materia de competencia de amparo está previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo, el cual establece:

> "Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de las garantías constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurriere el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.
> En caso de duda se observará, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia".

Este principio general que establece que son competentes para conocer los procedimientos de amparo, aquellos tribunales de Primera Instancia que tengan competencia afín con el derecho o garantía

constitucional vulnerado o amenazado de vulneración, es denominado por la Doctrina como el criterio material de afinidad atributivo de competencia.

El legislador determinó que el Juez de Primera Instancia competente para conocer de los amparos autónomos además de ser aquél afín a la naturaleza de los derechos denunciados, debe ser del lugar donde se produjo el acto, hecho u omisión.

Este criterio de afinidad atributivo de competencia, encuentra en el artículo 9 de la Ley de Amparo una excepción, referida a los casos en los que los actos, hechos u omisiones constitutivos de la violación o amenaza de violación del derecho o garantía constitucional, ocurran en una localidad donde no funcionen Tribunales de Primera Instancia; en cuyo caso conocerá del procedimiento de amparo cualquier juez de la localidad, quien decidirá conforme a lo establecido en la Ley y enviará la decisión en consulta al Tribunal de Primera Instancia competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la adopción de la decisión.

Existe asimismo un segundo criterio atributivo de competencia, previsto en el artículo 8 de la Ley, denominado por la Doctrina como criterio orgánico. Establece la citada disposición legal:

> "La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia y mediante aplicación de los lapsos y formalidades previstos en la Ley, en la Sala con competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de las acciones de amparo contra los hechos, actos y omisiones, emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República".

El legislador a través de ésta disposición atribuye al Máximo Tribunal, en la Sala con competencia afín al derecho o garantía constitucional denunciado, el conocimiento de los procedimientos de amparo intentados contra los actos, hechos u omisiones de ciertos órganos de rango constitucional y competencia nacional.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999 y la creación de la Sala Constitucional, se modifica el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo, pasando ésta Sala a asumir la competencia prevista en la norma.

Resulta oportuno señalar que esta competencia no viene dada por el texto constitucional, sino que fue producto de una decisión dictada por la misma Sala Constitucional en fecha 20 de enero del año 2.000, en el caso de Emery Mata Millán, basada en los artículos 335 y 336 de la Constitución de

1.999, que le atribuyen en primer lugar la función de interpretar la carta magna, siendo dichas interpretaciones de carácter vinculante para las demás Salas y Tribunales del país; y, en segundo lugar le atribuyen la función de revisar las sentencias de amparo constitucional y de control constitucional, aún cuando no haya sido dictada la Ley que desarrolle el precepto constitucional.

Esta decisión establece entonces el criterio atributivo de competencia en materia de amparo, quedando modificado el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo. Expresa la sentencia, que corresponde a su conocimiento:

> "a) En única instancia, de las acciones de amparo constitucionales incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales;
> b) Las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo penal, que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales;
> c) Conocer de las apelaciones y consultas sobre las sentencias de los Juzgados o Tribunales Superiores señalados, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal".

2. Competencia judicial en materia de amparo acumulado.

Las reglas atributivas de la competencia en materia de amparo previstas en la respectiva Ley especial, se ven excepcionadas al tratarse del amparo ejercido con una acción de inconstitucionalidad o con un recurso contencioso administrativo de anulación y abstención, en cuyo caso el tribunal competente para conocer del procedimiento principal, será el competente igualmente para conocer del procedimiento de amparo, por ser éste último accesorio al primero.

El Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia de fecha 20 de enero de 2.000 de la Sala Constitucional (caso Emery Mata Millán) contra el Ministro del Interior y Justicia, citada anteriormente, estableció una serie de pautas atributivas de competencia, para conocer de los amparos que se propongan de conformidad con el artículo 5 de la Ley especial reguladora de la materia. La Sala sostuvo:

> "Al estar vigente el citado artículo 5°, surge una excepción a la doctrina sobre la competencia en materia de Amparo, contenida en este fallo, y es que los tribunales, incluyendo las Salas de este Supremo Tribunal, que conozcan de procesos de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra negativas o abstenciones de la administración, mediante recursos contencioso – administrativos, podrán a su vez conocer de los amparos previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, siempre que el recurso de nulidad o por abstención no se funden en una infracción directa e inmediata de la Constitución, y siempre que la acción de amparo no se

> encuentre caduca. Resultado de la Doctrina que se expone es que las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia que conocen de amparos que no se han ejercido conjuntamente con recursos contenciosos – administrativos, remitirán a esta sala las acciones de amparo que venían tramitando mientras que la Sala Político - Administrativa y Electoral seguirán conociendo los amparos que se ejercieron o se ejerzan conjuntamente con el recurso contencioso administrativo o electoral de anulación de actos o contra las conductas omisivas".

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 259, la jurisdicción contenciosa administrativa corresponde al máximo Tribunal y a los demás Tribunales que determine la Ley, los cuales son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; de manera que para conocer de los recursos de nulidad por ilegalidad ejercidos contra actos de efectos particulares que no son dictados en ejecución directa de la Constitución, es competente la Sala Político – Administrativa.

C. Naturaleza jurídica del amparo conjunto

Partiendo de los elementos característicos de toda cautela, como se determinó en el primer capítulo de la presente investigación, resulta menester establecer la naturaleza del amparo en esta específica forma de ejercicio, para determinar posteriormente cual es el tratamiento jurídico procesal idóneo que debe dársele a la figura.

1. Posición Doctrinaria

Con motivo de la previsión legislativa del amparo acumulado a otros medios procesales, y en especial el interpuesto al recurso contencioso de anulación de actos administrativos, se han presentado diversas posiciones en cuanto a su naturaleza jurídica, que de seguidas será objeto de análisis.

a. Acumulación de acciones.

La tesis de la acumulación de acciones parte de la consideración que el ejercicio conjunto del amparo se trata de dos pretensiones que se reúnen en un mismo proceso con el fin de ser decididas por una única sentencia.

La tesis de la acumulación de acciones fue sostenida por primera vez por **De Solá, R. (1.989),** para quien el artículo 5 de la Ley de Amparo, constituye un caso típico de acumulación de acciones, donde el amparo y la nulidad, tienen como objeto violaciones que deben ser idénticas (identidad de causas); y, en consecuencia se deben tramitar simultáneamente y resolverse en una misma sentencia.

Por su parte, **Andueza, J. (1.993),** sostiene que, el caso del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, se trata de un caso específico de

acumulación objetiva de acciones permitido por la Ley; y, debe entenderse como una acumulación que debe ser tramitada, por el juicio de nulidad de actos de efectos particulares y decidiéndose en una misma sentencia tanto la nulidad como el amparo; otorgándole el amparo, al juez contencioso administrativo, la posibilidad que al anular el acto impugnado, pueda también expedir las órdenes que la administración pública debe ejecutar en garantía del derecho lesionado, facultado por el literal b) del artículo 32 de la Ley Orgánica de Amparo.

Respecto a esta tesis, **Canova, G. (1.994),** manifiesta su disconformidad en virtud de la incompatibilidad de los procedimientos de amparo y de anulación de los actos administrativos, señalando:

> "En efecto, sostener que el procedimiento para la tramitación de esta acumulación sería el del recurso contencioso administrativo, en cuya decisión se deben abarcar todas las pretensiones, significa que no se cumpliría el señalamiento del legislador relativo a la brevedad, sumariedad, efectividad e inmediatez con que el juez debe, mediante el amparo, proteger los derechos constitucionales menoscabados; también equivaldría eliminar el efecto que el amparo pudiera tener, ya que es innecesario quitarle la eficacia a un acto administrativo en una sentencia que, al mismo tiempo está declarando su nulidad; además de que sería igualmente innecesaria la coletilla con que el legislador finalizó el primer parágrafo transcrito (mientras dure el juicio), ya que en el momento de decidirse el amparo, el juicio termina, al menos en esa instancia, porque también se decide – conforme al principio analizado de la acumulación de acciones – el recurso principal" (p. 112).

A juicio del autor, la tesis de la acumulación de acciones es desacertada en el caso del amparo conjunto, dado que para la procedencia de la acumulación debe existir una compatibilidad de procedimientos, que dista del caso del amparo cuando se ejerce en forma acumulada.

En efecto, el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, indica:

> "No podrán acumularse en el mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; ni las que por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo tribunal; ni aquellas cuyos procedimientos sean incompatibles entre sí.
> Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí".

De conformidad con la norma citada, debe necesariamente concluirse la improcedencia de la tesis de la acumulación de pretensiones, para el caso del amparo ejercido de forma conjunta, pues en primer término, sus procedimientos son incompatibles; y, en segundo término va en contra de la finalidad misma del amparo en tales casos, que busca, de forma breve, eficaz y provisoria (mientras dure el juicio de nulidad), restablecer la situación jurídica infringida.

b. Ejercicio simultáneo de acciones

La tesis del ejercicio simultáneo de acciones considera que cada medio procesal, tanto el de amparo como el contencioso administrativo, se presenta en forma simultánea, conservando sus características esenciales, pero cumpliendo con las particularidades impuestas por el artículo 5° de la Ley de Amparo, que prevé el ejercicio conjunto, teniendo cada acción su propio procedimiento y produciéndose la sentencia de amparo en primer lugar, cuya vigencia permanece hasta tanto se dicte la decisión del procedimiento contencioso de nulidad.

El amparo según esta tesis, cumple un efecto restablecedor de la situación jurídica infringida y el procedimiento contencioso administrativo, se pronuncia sobre la nulidad o no del acto administrativo impugnado, teniendo en consecuencia el amparo un efecto de cosa juzgada formal.

Esta posición plantea **Canova, A. (1.994),** presenta incongruencias con la Ley Orgánica de Amparo y con el artículo 49 de la Constitución de 1.961, pues considera que si bien ambas acciones tienen un mismo objeto, el control del amparo atiende a razones constitucionales y el del recurso contencioso administrativo atiende a razones de legalidad, por lo que

declarado el acto como lesivo de algún derecho constitucional, resultaría innecesario examinar las razones de legalidad.

Resulta oportuno indicar que, aunado a las razones antes expuestas, la tesis del ejercicio simultáneo de acciones, es insuficiente para explicar la naturaleza del amparo cuando es ejercido de forma acumulada; pues si bien es cierto que se trata de pretensiones con sus rasgos y procedimientos propios, que se ejercen simultáneamente, se está desatendiendo a la finalidad que cumple el amparo en tales casos.

c. Carácter subordinado y accesorio del amparo

La tesis de la subsidiaridad se ha planteado en materia de amparo, en sus dos modalidades de ejercicio, es decir, tanto para el amparo autónomo como para el acumulado a otro procedimiento judicial. Tal y como afirma **Hernández, J. (1.998),** con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo, el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución de 1.961, era visto como residual o subsidiario pues no podía prevalecer respecto a las vías judiciales ordinarias.

La pretensión de amparo formulada con el recurso contencioso administrativo, debe ser conocida por el juez competente para conocer del

procedimiento principal; indica **Brewer - Carías, A. (1.998),** que ambas pretensiones deben ser tramitadas en un solo proceso, que se corresponde con el del proceso principal, teniendo la pretensión de amparo carácter subordinado, accesorio y dependiente de la acción principal, cuya suerte se sigue.

Con referencia a esta tesis **Castillo J. y Castro, I. (2.000),** argumentan que la subsidiaridad supondría que una de las pretensiones sea subsidiaria a la otra y en tal sentido no resulta coherente que se decida en forma principal la pretensión de nulidad y luego el amparo en caso de no concederse la primera, pues ello contraría la consagración legal del amparo conjunto, al implicar que al decidirse la nulidad desfavorablemente habría que pasar a conocer el amparo; y, si por el contrario se considera la pretensión de nulidad subsidiaria al amparo, carecería de sentido la norma al señalar que, en los casos de interposición conjunta se suspende el acto cuestionado mientras dure el juicio de nulidad.

En criterio del autor de esta investigación, la tesis de la subsidiaridad tampoco explica la naturaleza del amparo ejercido de forma conjunta, al no atender a la función que cumple el amparo en tales casos. La redacción del artículo 5° de la Ley de Amparo indica que éste se intenta con la finalidad de suspender el acto cuestionado mientras dure el juicio de nulidad, razón por

la cual debe inferirse que la subsidiaridad es un rasgo característico del amparo conjunto pero no desentraña su verdadera naturaleza.

d. Carácter cautelar del amparo conjunto

Según esta posición doctrinaria, cuando el amparo es ejercido de forma conjunta con otro procedimiento, aquél adquiere el carácter de medida cautelar respecto del juicio principal.

Siendo el amparo acumulado a otro procedimiento, accesorio y subordinado al procedimiento al cual se acumula, surtiendo efectos provisionales, al durar mientras dure éste, y cuya decisión no incide sobre el fondo del asunto; cumple el amparo en tal caso para **Brewer- Carías, A. (1.998),** una función cautelar.

Al referirse a la posibilidad de ejercer el recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con el amparo, **Ayala, C. (1.988)**, indica que se permite configurar la naturaleza del amparo como una acción precautelativa o acción cautelar, en un proceso de conocimiento limitado por parte del juez; siendo el objeto del amparo conocer la violación al derecho constitucional por la actuación de la administración y no juzgar la ilegalidad o ilegitimidad del acto.

El procedimiento de amparo contra normas intentado de forma acumulada con un recurso de nulidad, funciona para **Linares, G. (1.996),** como una medida cautelar dentro del procedimiento de nulidad, pues tutela la posición jurídica del solicitante mientras dure el juicio de nulidad.

No obstante la posición doctrinaria mayoritaria de reconocer el carácter cautelar del amparo, existen posiciones que destacan incongruencias en esta tesis y cuestionan que el amparo ejercido de manera conjunta y en especial la previsión legislativa del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, se trate realmente de un amparo cautelar.

Así por ejemplo, para **Rondón de Sansó, H. (1.994),** el amparo conjunto difiere en muchas de sus notas características de las medidas cautelares. En el caso del amparo conjunto del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo no existe el carácter de instrumentalidad del amparo frente al recurso de nulidad, porque no hay una relación de accesoriedad respecto a dicha nulidad. En cuanto al carácter de provisionalidad de las medidas cautelares, solo se encuentra presente en el amparo conjunto si se ventila inaudita parte y se condiciona su eficacia a la decisión definitiva del juicio principal. La autora señala:

> "Para que esta provisionalidad esté presente, es necesario que exista una total identidad entre la pretensión de amparo y el

> objeto del mismo; y las pretensiones y el objeto decididos en el contencioso – administrativo.
> Indudablemente que un efecto restablecedor provisional constituye una *"contradictio in terminis"*, por cuanto, o bien la medida está condicionada en su eficacia a un acto posterior, o bien produce un efecto definitivo que no quedará alterado por las consecuencias de una decisión posterior en el tiempo. Esto es lo que nos revela que el planteamiento es equivocado cuando se le da al amparo: a) el trámite de un procedimiento *inaudita parte*; b) el carácter de una medida provisional hasta tanto se decida el fondo del asunto, porque el amparo es una cuestión de fondo que una vez decidido, produce el efecto de la cosa juzgada formal" (p. 255).

En lo tocante a la mutabilidad de las medidas cautelares esta se vincula, continúa la autora en referencia, con el carácter provisional, ya que de la providencia definitiva dependerá la suerte de la accesoria. Las providencias cautelares son susceptibles de variación al cambiar las circunstancias que le dieron origen, derivando de tal mutabilidad su posible revocabilidad; y en el caso del amparo conjunto del artículo 5° de la Ley de Amparo, el amparo quedará en vigencia mientras dure el juicio, con lo cual queda descartada la mutabilidad una vez acordada.

Otra de las incongruencias para la autora se encuentra presente en el elemento de accesoriedad que caracteriza a las cautelares, el cual permite que puedan plantearse incluso con anterioridad a otro proceso, circunstancia que no ocurre en el caso del amparo conjunto, donde se produce una relación recíproca de dependencia; esto es, que el amparo depende del

recurso de nulidad, pero éste a su vez depende del primero en cuanto a la revisión de los requisitos de admisibilidad.

Asimismo, para los autores **Castillo, J. y Castro, I. (2.000),** existen una serie de incongruencias en la tesis que trata como un amparo cautelar al amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso administrativo, quienes alegan que en la previsión legislativa del artículo 5° de la Ley de Amparo no está presente el elemento de accesoriedad entre la cautela y el recurso principal.

Cuestionan igualmente los citados autores, la duda que se presenta respecto a que si deben cumplirse los requisitos típicos de las medidas cautelares para la procedencia del amparo cautelar, o si es suficiente la comprobación de la violación o amenaza de los derechos constitucionales; así como también la exigencia de la violación directa por el agente perturbador que se exige en el amparo, a diferencia de las medidas cautelares que no exigen una relación de causalidad entre la lesión y la contraparte sino el peligro de la ilusoriedad de la ejecución del fallo, que viene dado por el peligro del transcurso del tiempo y que no puede serle imputable a la otra parte.

En el caso del amparo acumulado a la acción de inconstitucionalidad, se presenta igualmente la duda de su carácter cautelar, en razón de tratarse de dos acciones dirigidas contra actos distintos, la de inconstitucionalidad contra la norma y la de amparo contra su acto de aplicación. Así para **Canova González, A. (1.994):**

> "...mientras la acción de amparo es intentada contra el acto de la administración que ejecuta la norma denunciada con vicios de inconstitucionalidad, la acción de nulidad de las leyes u otros actos estatales normativos tiene como objeto, precisamente, a éstas, es decir, al acto normativo en sí. Inicialmente y en base a esta diferencia entre ambos medios judiciales, podemos vislumbrar que en estos casos el amparo no puede actuar como una medida cautelar dentro del procedimiento estipulado para la acción de inconstitucionalidad, porque estamos en presencia más bien, de dos acciones que son ejercidas conjunta o simultáneamente y donde cada una de ellas tiene su propio y distinto objeto, así como sujetos y finalidades diferentes" (p.159).

En criterio del autor de la presente investigación, tanto en el caso del amparo ejercido con la acción de inconstitucionalidad como acumulado al recurso contencioso administrativo de nulidad, lo que se busca es suspender la aplicación de la norma y suspender los efectos del acto administrativo en virtud de la amenaza o violación de un derecho constitucional, gozando el amparo al ser accesorio y subordinado al procedimiento al cual se acumula de las mismas características de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, urgencia, dispositividad y el que pueda dictarse en cualquier

estado y grado de la causa; rasgos éstos que están en consonancia con la finalidad de cualquier medida cautelar dentro del proceso.

En tal sentido, resulta acertada la opinión de **Ortiz – Ortiz, R. (1.996),** quien al referirse al caso del procedimiento de amparo conjuntamente con otros procedimientos, como por ejemplo la acción de amparo acumulada a la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, expresa:

> "Si visualizamos este mecanismo como provisional, jurisdiccional, instrumental, dispositivo, y que puedan dictarse en cualquier estado y grado de la causa (incluso "inaudita altera pars"), estamos en presencia de las características más importantes de las medidas cautelares. De tal forma que el amparo previsto en el artículo 22 cuando es ejercido con otras acciones funciona como una verdadera medida cautelar especial dentro del marco del poder cautelar del que gozan los jueces venezolanos" (p. 263).

2. Posición jurisprudencial.

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo así como ha sido objeto de un proceso de interpretación doctrinaria, la jurisprudencia por su parte también lo ha interpretado, considerando en primer término que se trataba de una acumulación de acciones, hasta concluir que el amparo, en tales casos, funciona como una pretensión subordinada a la contenciosa

administrativa, que es la principal, consistiendo en una medida cautelar dentro del juicio de nulidad.

En sentencia de fecha 9 de agosto de 1.990, del Tribunal Superior Contencioso Administrativo de la Región Capital, se sostuvo que el decreto de amparo del artículo 5° de la Ley Orgánica funge como una medida cautelar que busca salvaguardar los derechos constitucionales del recurrente mientras dure el juicio de nulidad; y, tratándose de una medida cautelar puede ser dictado por el juez cuando estime que se han cumplido los extremos legales, aún antes de que la parte demandada se encuentre a derecho, es decir, inaudita alteram parte.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por su parte, en decisión de fecha 18 de junio de 1.991, sostuvo que la característica principal del amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso administrativo, estriba en que el amparo no tiene un carácter restablecedor sino un efecto cautelar, pues está destinado a suspender los efectos del acto impugnado; y su naturaleza no se limita al levantamiento de la eficacia del acto sino que su efecto es más complejo al poder detener la realización de ciertas conductas, impidiendo que las mismas se consoliden; concluyendo la decisión en que el ejercicio conjunto del artículo 5° no es una acumulación de acciones, sino una medida cautelar.

La clarificación definitiva del carácter cautelar del amparo acumulado a otros medios procesales, quedó establecida en decisión de fecha 10 de julio de 1.991 (caso Tarjetas Banvenez), por la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa. En dicha sentencia la Corte estableció que la Ley Orgánica de Amparo, en su texto:

> "Contempla tres supuestos: a) la acción de amparo acumulada a la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3°); b) la acción de amparo acumulada al recurso contencioso administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares o contra las conductas omisivas de la administración (artículo 5); y la acción de amparo acumulada con acciones ordinarias (artículo 6, ordinal 5°).
> En cualesquiera de estos supuestos de acumulación, la acción de amparo reviste una característica o naturaleza totalmente diferente a la anteriormente analizada (autónoma), pues en estos casos no se trata de una acción principal, sino subordinada, accesoria a la acción o el recurso al cual se acumuló y, por ende, su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada, que viene a ser la principal. Esta naturaleza y sus consecuencias se desprenden claramente de la formulación legislativa de cada una de las hipótesis señaladas, que únicamente atribuye al mandamiento de amparo que se otorgue, efectos cautelares, suspensivos de la aplicación de la norma o de la ejecución del acto que se trate "mientras dure el juicio".

Esta decisión dictada por la Sala Político Administrativa en el caso tarjetas Banvenez en el año 1.991, sentó criterio jurisprudencial, pues la misma ha sido ratificada por el Tribunal Supremo de Justicia en forma reiterada y pacífica, al sustentar el carácter cautelar que cumple el amparo

cuando es ejercido de forma acumulada a otro medio procesal y además es acertada pues responde a la naturaleza que cumple el amparo en tales casos.

D. Requisitos de procedencia del amparo conjunto.

El mandamiento de amparo constitucional necesita para su procedencia que exista un acto, hecho u omisión que vulnere de forma flagrante o amenace vulnerar, derechos de rango constitucional y que no exista otro medio judicial lo suficientemente efectivo, para reestablecer la situación jurídica infringida o bajo amenaza de violación.

En el caso del amparo constitucional ejercido con el recurso contencioso administrativo de anulación de efectos particulares o con la acción de inconstitucionalidad, el procedimiento de amparo reviste una característica o naturaleza distinta, puesto que se trata de un procedimiento subordinado al procedimiento al cual se acumuló y en consecuencia su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento final que se emita, teniendo el amparo en tal caso y como se analizó en el punto anterior, una naturaleza cautelar, dirigida a evitar que sean violados derechos o garantías de rango constitucional, mientras dure el procedimiento principal.

A los fines de la procedencia del amparo conjunto, bastaría en principio que el solicitante demostrare, a través de cualquier medio de prueba pertinente (lo que podría ser el propio acto administrativo o la norma impugnada), la existencia de una presunción grave de la violación o amenaza de violación, de algún derecho fundamental, para que el juez acordare la suspensión del acto impugnado, requisito éste equivalente al fumus boni iuris necesario para el decreto de cualquier cautelar.

En decisión de la Sala Político Administrativa del hoy denominado, Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de marzo de 1.998, con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, se expresó que para la procedencia del amparo acumulado con el recurso contencioso administrativo de anulación de efectos particulares:

> "... Basta el señalamiento de la norma o garantía constitucional que se consideren vulneradas, fundamentado además su petición en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o amenaza de violación denunciada, para que el juez, en forma breve y sumaria, acuerde la suspensión de los efectos del acto como medio de tutelar anticipadamente los posibles efectos de la sentencia que posteriormente habrá que dictar en el juicio de nulidad.
> Por tanto, basta al juez constitucional que conozca de un amparo cautelar, la presunción grave de la eventual lesión a algún derecho constitucional, sin tener que recurrir a un análisis o estudio de fondo".

No obstante, la doctrina y jurisprudencia se han planteado al reconocer el carácter cautelar del amparo conjunto, la necesidad de que se configuren los requisitos de cualquier medida cautelar, es decir, además de la existencia o presunción de buen derecho, debe el solicitante acreditar el peligro de que la sentencia definitiva quede ilusoria.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 14 de marzo de 2.000, atempera este criterio riguroso, estableciendo la posibilidad excepcional de dictar el amparo cautelar sin que exista presunción grave de violación de derechos constitucionales, siempre que exista la necesidad de una urgente decisión para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación; posición ésta que en criterio del autor es acertada en virtud de la naturaleza de los derechos que exigen una inmediata tutela por parte del órgano jurisdiccional.

E. Mecanismos de impugnación contra la decisión de amparo.

Contra la decisión de amparo constitucional, podrá intentarse el recurso de apelación dentro de los tres (03) días siguientes a la fecha de la publicación de la decisión definitiva, conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo. En el caso que no se interpusiere apelación contra la decisión dictada, indica la norma, el fallo será consultado con el Tribunal

Superior respectivo, que deberá decidir dentro de un lapso no mayor de treinta (30) días.

Como se observa, uno de los principios procesales que rigen el procedimiento de amparo constitucional es el de la doble instancia, al extremo tal que la revisión de la decisión de amparo dictada por parte del Tribunal Superior es obligatoria cuando no se interpusiere la apelación, salvo los casos en los que el Tribunal Supremo de Justicia conociere en única instancia.

No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999, en su ordinal 10° el artículo 336, se establece la posibilidad de solicitar a la Sala Constitucional que asuma el conocimiento de una sentencia definitiva de amparo, en la cual se hayan agotado las dos instancias, para realizar la llamada revisión extraordinaria.

En atención a la procedencia del recurso de casación contra las decisiones de amparo constitucional, la posición de la Sala de Casación Civil ha sido reiterada en mantener el criterio de la inadmisibilidad del recurso, en virtud que no se encuentra contemplado en los casos del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, al tratarse de un procedimiento breve, sumario y de orden constitucional, pero no de naturaleza civil o mercantil y el

texto de la propia Ley Orgánica de Amparo consagra en su normativa únicamente la posibilidad de la apelación o consulta, más no la Casación.

Ahora bien, en materia de amparo conjunto la ley especial de la materia no regula los mecanismos de impugnación contra tales decisiones, pero en virtud del principio de la doble instancia, el amparo en tales casos debe tener la posibilidad de ser apelable; ahora bien, cuando el amparo es dictado por un Tribunal actuando en única instancia, lo viable sería aplicar de forma supletoria lo previsto en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, es decir, la posibilidad para la parte contra quien obra el amparo acordado, de oponerse al mismo, como ocurre en materia de cualquier medida cautelar.

F. Finalidad y efectos del amparo conjunto.

Si bien la finalidad del amparo autónomo consiste en restablecer la situación jurídica infringida, cuando se ejerce con el recurso de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes o con el recurso de nulidad contencioso – administrativo, busca suspender la norma o acto impugnado, de forma provisional, es decir, mientras dure el respectivo procedimiento de nulidad.

La propia Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, indica expresamente en sus artículos 3° y 5°, los efectos del amparo acumulado a la acción popular de inconstitucionalidad o al recurso contencioso administrativo de anulación, así en el primero de los casos el Tribunal Supremo de Justicia, si lo estima procedente, podrá suspender la norma impugnada; y, en el segundo de los casos el juez, suspenderá si lo considera procedente, los efectos del acto recurrido; siendo en ambos casos dicha suspensión, mientras dure el juicio de nulidad.

Cabe agregar, que el juez al estar facultado a suspender el acto o la aplicación de la norma de ser el caso, respecto a la situación jurídica cuya violación se alega, debe acordar dicha suspensión de manera previa y sin pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto debatido, es decir, en forma breve y sumaria sin participación de los interesados, ello debe ser así en función de la naturaleza cautelar que cumple el amparo en esta especial forma de ejercicio.

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA SENTENCIA ANULATORIA DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, referido al amparo acumulado al recurso contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra conductas omisivas de la administración, establece que, en tales casos, el juez en forma breve y sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía del derecho constitucional violado, mientras dure el juicio de nulidad.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, prevé la posibilidad para el juez de amparo, de restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria; procedimiento éste perfectamente lógico de aplicar para el caso del amparo acumulado al recurso contencioso administrativo de nulidad, pues si el amparo aquí cumple una función cautelar, como lo sostiene la Doctrina y Jurisprudencia, debe en consecuencia gozar de la

posibilidad de dictarse inaudita alteram parte, es decir, sin llamar a la otra parte al proceso.

Esta posibilidad de dictar el amparo inaudita alteram parte, se ha considerado por algún sector doctrinario, como violatoria del derecho a la defensa que debe existir en cualquier estado del proceso y del principio de igualdad que debe imperar entre las partes.

El maestro **Brewer - Carías, A. (1.996),** al referirse al carácter contencioso del amparo, producto de la bilateralidad del juicio, encuentra una contradicción en la Ley Orgánica de Amparo, al otorgársele al juez en el artículo 22 la posibilidad de acordar el mandamiento de amparo, in limine litis e inaudita parte, restableciendo inmediatamente la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que lo preceda, es sin duda para el citado autor:

> "...violatorio de la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho a la defensa "en todo estado y grado del proceso" (art. 68) y del mismo principio de mantenimiento de la "absoluta igualdad" entre las partes, que de acuerdo al artículo 21 de la Ley Orgánica, el juez de amparo está obligado a mantener.
> Por ello estimamos que en la aplicación de la Ley Orgánica, la potestad del artículo 22 deberá ser entendida a los efectos de la adopción de las medidas cautelares o preventivas ("amparo temporal o provisional"), por lo que los jueces deben dar siempre audiencia al presunto agraviante o imputado, antes de adoptar su decisión definitiva de amparo" (p. 87).

En la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia referida al amparo cautelar, se comenzaron a reflejar las dudas sobre la constitucionalidad de que el Juez pueda acordar el mandamiento de amparo inaudita parte; dudas contenidas en "votos salvados" que disienten de la posibilidad de restituir la situación jurídica infringida, de forma inmediata, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria.

La magistrada de la Sala Político Administrativa Hildegard Rondón de Sansó, autora de varios de estos "votos salvados", objetó la aplicación del amparo inaudita parte, fundamentando su disentimiento en el hecho que al aplicar el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, en cualquiera de las formas en que el amparo se planteara, negaba el que pudiera establecerse el contradictorio, es decir, el llamamiento del presunto agraviante y la confrontación de sus alegatos y pruebas con las del presunto agraviado, y ello es violatorio al derecho de la defensa que debe regir en todo procedimiento y en cualquier estado y grado de la causa, pues resulta contradictorio que en materia de amparo el propio juez constitucional al proteger un sujeto contra la violación o amenaza de violación, produjese una lesión a la eventual contraparte.

A título ilustrativo la Magistrada disidente, en sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 14 de febrero de 1.996, con ponencia de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, sostuvo al salvar su voto que debía abrirse el procedimiento del contradictorio previsto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo y además indicó:

> "... En el caso que existiese la necesidad insoslayable de proteger al actor contra las lesiones graves o de difícil reparación a su derecho, el órgano jurisdiccional podía ejercer el poder cautelar general que le acuerda el Código de Procedimiento Civil (artículo 588, parágrafo primero), permitiendo así, que pudiesen plantearse oposiciones a la medida. Por la vía sugerida se habría garantizado el derecho a la defensa del autor del acto, se habría enriquecido el criterio del juzgador con los elementos de juicio aportados por el autor de la norma, evitándose igualmente la aplicación del cuestionado artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales".

Luego de una serie de votos salvados en diversas decisiones, por parte de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 16 de abril de 1.996, actuando en Pleno y con ponencia del Dr. Humberto J. La Roche, declara la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por violar el único aparte del artículo 49 de la Constitución de 1.961 y la última parte de su artículo 68; quedando en tal sentido eliminada la posibilidad para el juez que conociera del amparo, de restituir la situación jurídica infringida, de forma inmediata.

A. Motivos de nulidad del artículo 22

La extinta Corte en Pleno argumenta en su fallo que, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, al facultar al juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo de procedimiento y sin informar previamente al presunto agraviante de la existencia de una demanda en su contra, constituye una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de 1.961, por cuanto ésta norma indica que el amparo debe ser producto de un procedimiento, de circunstancias a las que no se hace referencia alguna en el texto del artículo 22, como condición previa y además necesaria para dictar el mandamiento.

La otra razón de peso que expuso la Corte para anular el artículo en referencia, es que le resulta evidente la producción de una grosera y flagrante indefensión, al chocar el citado artículo 22 con la última parte del artículo 68 de la Constitución de 1.961, que establece que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

El Máximo Tribunal explana, en su criterio, una serie de sólidos argumentos que ratifican su posición respecto a la inconstitucionalidad del artículo 22. En primer término, alude al campo del derecho constitucional contemporáneo, y plantea que es casi un axioma que, cuando se habla de

derechos y libertades públicas, para que éstos sean reales, a los efectos de no convertirse en simples proclamaciones, requieren de protección, de un camino para darle efectividad y vigencia; es decir, de una vía procesal que en última instancia garantice su respeto o la reparación de la posible violación iniciada o consumada.

En segundo término, advierte la Corte en Pleno, la contradicción emergente al cotejar el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo con los artículos 49 y segunda parte del 68 de la Constitución de 1.961, contentivo del derecho a la defensa; y, ratifica en tal sentido la sentencia de fecha 6 de diciembre de 1.994, donde se sostuvo:

> "...La aplicación del amparo inaudita parte, choca a quienes consideran esencial la confrontación entre el actor y los que podrían quedar afectados por la procedencia de la medida, lo cual evita errores e impide que se cometan injusticias. El derecho a la defensa es principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado o grado de la causa. Sería así contradictorio que, en materia de amparo, el propio juez constitucional al proteger un sujeto contra la violación o amenaza constitucional, produjese a su vez una lesión de tal índole a la eventual contraparte, al afectar el derecho consagrado en el artículo 68 Constitucional".

Concluye la Corte en Pleno sus motivaciones para anular el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, señalando que: "... Dentro del grado evolutivo a que ha llegado el sistema político venezolano, es explicable y necesario el planteamiento formulado, dado el carácter reparador de esta

Alta Instancia, sobre todo vicio que afecte nuestra legislación..." y de allí los avances experimentados por el Estado Constitucional, entendido como sometimiento del Estado al Derecho, a los efectos de lograr la recta actuación de los Poderes Públicos y garantizar las libertades reconocidas en la Ley fundamental.

En el primer capítulo de la investigación quedaron establecidas de forma concreta las características de las medidas cautelares y entre ellas, quizás las más importante, es la de poder ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa y sin necesidad de oír a la parte contra quien obra la medida; de no ser así, el sistema cautelar perdería eficacia al no poder evitar que el fallo no resulte ilusorio.

Un aspecto importante que pasó por inadvertido la Corte en Pleno en su fallo, es el referente a la naturaleza del amparo cuando es intentado con otro procedimiento, naturaleza que como se estableció en el capítulo anterior es "cautelar" y por ello la Doctrina y Jurisprudencia le han dado a esta especial forma de ejercicio del amparo, la denominación que responde a su esencia, es decir, la de "amparo cautelar".

A juicio del autor del presente trabajo, las razones que la Corte en Pleno esgrime, apuntan su directriz al presunto agraviante, pero desconocen

abiertamente las bases elementales de todo el sistema cautelar del ordenamiento jurídico venezolano.

B. Votos salvados

La sentencia anulatoria dictada por la Corte en Pleno, no gozó del apoyo unánime de los magistrados, sino por el contrario, varios de ellos, estuvieron en desacuerdo con la mayoría y salvaron su voto, basados en motivos cuya sustentación se encuentra más ajustada a derecho que las razones en las que se sustentó su nulidad.

1. Posición de la magistrada Cecilia Sosa

La magistrada Cecilia Sosa, sostuvo al salvar su voto que el artículo 22 de la Ley de Amparo no es violatorio del artículo 49 de la Constitución de 1.961, por el contrario: "El mandamiento de amparo deberá ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de violación o de la amenaza de violación", con lo cual se cumple el supuesto de hecho previsto en el único aparte del artículo 49, es decir, se realiza un procedimiento sumario para dictar el amparo de manera inmediata a los fines de restablecer la situación jurídica infringida, sin que ello implique otra violación constitucional.

Asimismo, argumenta la referida magistrada, que tampoco se viola el artículo 68 de la Constitución de 1.961, sino que se respeta el debido proceso, pues los mandamientos de amparo acordados por los jueces de instancia, tienen apelación o consulta.

2. Posición de los magistrados Alfredo Ducharne, Juvenal Salcedo y Aníbal Rueda.

Los magistrados Alfredo Ducharne y Juvenal Salcedo ante el argumento de la violación del artículo 49 de la Constitución de 1.961, sostienen que con fundamento de la citada norma constitucional, el juez tendrá la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, elemento de "inmediatez" presente en el artículo 22 de la Ley de Amparo. Igualmente sostienen:

> "...No podría afirmarse bajo ningún respecto que este remedio judicial, aplicado de tal modo, es decir, como una medida cautelar, afecte la garantía contemplada en el artículo 68 de la Constitución. Si se aplicase esta tesis in extenso, tendríamos que sostener forzosamente, para ser coherentes, que todo el sistema cautelar venezolano (interdictos posesorios, embargo, secuestro, medidas innominadas entre otras), es igualmente inconstitucional y en consecuencia debería ser anulado".

Por su parte, para el magistrado Aníbal Rueda al declararse la nulidad del artículo 22, quedó eliminada la posibilidad de dictarse cautelar alguna en el trámite de los amparos autónomos.

3. Posición de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas

El llamado amparo cautelar del artículo 22, refiere esta magistrada, permitía la posibilidad de proteger los derechos constitucionales de forma inmediata, pero provisional, en caso de ser ejercido acumulado a otro procedimiento judicial; encontrando apoyo esta interpretación en las denominadas medidas cautelares que son dictadas por la urgencia que le son inherentes, de forma inmediata y sin que la contraparte se entere hasta su ejecución, teniendo ésta en el proceso oportunidades para hacer valer sus derechos e intereses.

Al referirse al fallo anulatorio **Montoya, C. (1.998)**, comparte el criterio de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, quien en su voto salvado indica la repercusión negativa y nefasta de la eliminación del artículo 22 para proteger los derechos de los particulares que acuden a los tribunales con competencia contenciosa – administrativa en búsqueda de protección urgente e inmediata contra actuaciones u omisiones de la administración. Expresa el citado autor que: " ... si bien es cierto que respetamos y

acatamos el criterio de la Corte Suprema de Justicia al anular el mencionado artículo 22, también es verdad que no lo compartimos, pues nos parece que con dicho fallo se ha mutilado la esencia de la Ley" (p. 36).

4. Posición del autor

Son acertadas las razones que llevaron a estos magistrados a salvar su voto, pues dentro del "amparo cautelar" se ven involucradas las nociones sobre el sistema cautelar, la figura del "amparo" dirigida a tutelar aquellos derechos de los ciudadanos que son fundamentales y de naturaleza constitucional; y, la más importante función que debe cumplir el Estado a través de Poder Judicial, la cual es la de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, tutelando de manera eficaz los derechos de los particulares.

En atención al argumento de la Corte referido a la carencia de contradictorio en el amparo acordado sin oír al presunto agraviante, la cuestión radica en diferenciar el proceso del procedimiento, como asertivamente sostiene **Ortiz – Ortiz, R. (2.001),** para quien el proceso es un sistema concatenado de instituciones jurídicas destinadas al cumplimiento de la Ley al caso concreto, ya sea que la voluntad la ejecute órganos de la función administrativa o jurisdiccional, dirigidos a la solución de sus conflictos o intereses; mientras que el procedimiento, está constituido por la

manifestación exterior del proceso, de modo que hay procedimiento cada vez que haya actividad jurisdiccional.

Afirma el maestro citado:

> "Esto trae como consecuencia que no es necesario la presencia de ambas partes en la cognición jurisdiccional para que haya procedimiento, y esto es tan cierto que el Juez puede negar la admisión de la demanda si es contraria al orden publico, a las buenas costumbres o alguna disposición expresa de la Ley, y en caso de inadmisión, el auto denegatorio tiene apelación en ambos efectos" (p.229).

Para el decreto de una medida cautelar, existe un procedimiento, pues el juez debe de forma breve y sumaria analizar la situación planteada por la parte solicitante de la medida y si estima cumplidos los extremos de Ley, decreta la medida sin necesidad de llamar a juicio a aquella parte contra quien obra la misma; situación similar ocurre con el amparo cautelar, donde hay un procedimiento sumarísimo que debe cumplir el juez para acordar el mandato de amparo, al examinar el medio de prueba constitutivo de la presunción grave de violación y determinar si la misma es fehaciente.

En tal sentido, **Duque Corredor, J. (1.989),** explica que el artículo 22 sí contempla un procedimiento sumarísimo, incluso en aquellos casos en los que exista un medio probatorio que constituya presunción grave de violación o amenaza de violación de un derecho de naturaleza constitucional.

El Máximo Tribunal en vez de anular el artículo 22, pasando por inadvertido su naturaleza y función dentro del ordenamiento jurídico, debió en todo caso analizar la forma de permitir la apertura del contradictorio para que el presunto agraviante hiciera valer sus derechos.

En este orden de ideas, siendo el amparo conjunto de naturaleza cautelar, la Ley Orgánica de Amparo en su artículo 48 remite a la aplicación supletoria de las normas procesales en vigor para aquellas situaciones no reguladas expresamente en su texto y al revisar el Código de Procedimiento Civil, el artículo 602 permite la oposición de la parte contra quien obra la medida cautelar, por lo que resulta perfectamente lógico aplicar de forma supletoria el trámite de la oposición a las medidas cautelares en el caso del amparo conjunto.

Otra solución para permitir la apertura del contradictorio se encuentra en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, éste indica:

> "Si por resistencia de una parte a alguna medida legal del juez, por abuso de algún funcionario, o por alguna necesidad del procedimiento, una de las partes reclamare alguna providencia, el juez ordenará en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo ésta o no, se resolverá a más tardar dentro del tercer día, lo que considere justo; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días sin término de distancia. Si la resolución de la incidencia debiera influir en la decisión de la

causa, el juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día".

El artículo 22 de la Ley de Amparo permite que el juez ordene el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida, sin disponer de ninguna fase procedimental posterior, presentándose una necesidad del procedimiento en tal caso y por vía también supletoria, puede aplicarse la disposición legal del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

Se observa claramente que la ausencia de norma expresa que regule el trámite procedimental para el amparo cautelar en la Ley Orgánica de Amparo encuentra solución en la aplicación supletoria de las normas procesales (posibilidad ésta permitida por la misma Ley), ya sea que el presunto agraviante se oponga al amparo cautelar dictado según la normativa que regula la oposición para cualquier medida cautelar prevista en el libro tercero, Título II del Código de Procedimiento Civil, o a través de la articulación probatoria prevista en su artículo 607.

Cabe agregar que, cuando la Corte establece que el amparo del artículo 22 implica dictar una sentencia definitiva con ausencia absoluta de procedimiento, olvidó que contra la decisión de amparo la parte puede ejercer el recurso de apelación como lo establece el artículo 35 de la Ley

especial y en atención al alegato de la Corte referido a la violación del derecho a la defensa previsto en el único aparte del artículo 49 de la Constitución de 1.961, resulta menester señalar que no existe la indefensión cuando las partes puedan ejercer los medios o recursos que le concede la Ley, siendo el caso que la indefensión es atribuible al juez y no a las partes y ésta ocurre cuando el juez establece preferencias o desigualdades, al conceder un recurso que no establece la Ley o negar los permitidos por ella; o al silenciar una prueba o no proveer sobre las peticiones de las partes en tiempo oportuno, como lo indica el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil.

Las decisiones dictadas por el juez de forma inaudita parte están previstas por la Ley, y ejemplo de ello lo constituyen las medidas cautelares, así como en los juicios ejecutivos en los que el juez se pronuncia sin haber oído a la otra parte, de manera que sostener que con ello se viola el derecho a la defensa, es un contrasentido que pone en tela de juicio todo el sistema cautelar e incluso la mayor parte del ordenamiento jurídico.

El derecho a la defensa para **Marquez Añez, L. (1.984),** es "el que garantiza a las partes el ejercicio de sus legítimas facultades procesales para cumplir las cargas, aprovechar las posibilidades y realizar las expectativas que comporta el proceso" (p.101).

Partiendo del concepto anterior, señala **Ortiz – Ortiz, R. (2.001),** que el derecho a la defensa es un aspecto del debido proceso, de modo que toda violación del derecho a la defensa es una violación al debido proceso, pero no toda violación al debido proceso implica violación al derecho a la defensa y si el legislador ha establecido una forma determinada no puede pensarse que se viola el debido proceso ni menos aún el derecho a la defensa.

Por último, en criterio del autor de la presente investigación, lo que sí resulta una violación a la Constitución es haber declarado la nulidad del artículo 22 de la Ley de Amparo, ya que la posibilidad del restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida tiene su antecedente inmediato en la misma Constitución de 1.961, que la Corte equivocadamente invoca como violada.

El artículo 49 de la Constitución de 1.961, indica:

> " Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.
> El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida".

En virtud de este mandato constitucional, vigente para el momento en que se deroga el artículo 22 de la Ley de Amparo, el Juez goza de la potestad de restablecer la situación jurídica infringida de forma inmediata, cuando de derechos y garantías constitucionales se trate; de los anteriores planteamientos se deduce que la Ley Orgánica de Amparo lo que hizo fue desarrollar un mandato constitucional, que la Corte en Pleno, evidentemente pasó por desapercibido, olvidando igualmente el rango de los derechos involucrados en materia de amparo y las bases del sistema cautelar.

C. Solución para el especial caso del amparo cautelar.

La extinta Corte Suprema de Justicia, en el fallo en comento al pronunciarse sobre la nulidad del artículo 22, y siendo solicitada igualmente la nulidad del artículo 5° de la Ley de Amparo, que ordena la tramitación del amparo conjunto de conformidad con el artículo 22, sostuvo que alegar la nulidad del artículo 5° por tal motivo carecía de fundamento; pues ya el dispositivo del artículo 22 ha sido anulado y mal puede traerse a colación una norma que ha sido desestimada y no tiene vigencia.

La Corte en su fallo indicó que, declarada la nulidad del artículo 22 de la Ley de Amparo, la tramitación del amparo cuando es interpuesto con un recurso contencioso administrativo, de conformidad con la potestad que goza

el juez contencioso administrativo para aplicar el procedimiento que juzgue más conveniente, ante la ausencia de un iter indicado en la Ley, conforme lo establece el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, podría adoptar las siguientes modalidades:

- Tramitar la solicitud de amparo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo.
- En caso de que la solicitud de amparo tenga por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, darle al mismo, el tratamiento de beneficio que la suspensión de efectos previstos en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
- Si la solicitud de amparo tiene por objeto la obtención de una medida cautelar de las previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tramitarla de conformidad con lo previsto en el Título II, del Libro Tercero de dicho Código.

Con la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo se genera un vacío legal en cuanto a la tramitación del amparo cuando es ejercido conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad, previsto en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo y las soluciones

propuestas por el Máximo Tribunal no hacen más que reforzar la idea de su necesaria existencia.

1. Artículos 23 y siguientes de la Ley.

La primera solución propuesta es la de tramitar el amparo por la vía de los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo, que ordenan la apertura del contradictorio, pero ello desvirtúa la naturaleza de la figura jurídica del amparo. Así, la magistrada Cecilia Sosa Gómez, expone al salvar su voto que, existen derechos constitucionales que en caso de ser denunciados como violados o presuntamente transgredidos, tales como el derecho a la vida y a la salud, ameritan la protección especial del amparo de forma inmediata, y previo análisis de la prueba constitutiva de la presunción grave de violación y que la misma resulte fehaciente.

Cabe destacar, en concordancia con lo expuesto por la magistrada Cecilia Sosa que, proponer para la tramitación del amparo conjunto, deba abrirse el contradictorio de los artículos 23 y siguientes de la Ley de Amparo, constituye una solución que está en entera y franca contradicción con la naturaleza del amparo en tales casos, pues al cumplir una función cautelar, está predestinada a que la ejecución del fallo no quede ilusoria.

En opinión de **Ortiz – Ortiz, R. (1.996)**, la tramitación del amparo según el artículo 23:

> "...Desde el punto de vista formal sería cautelar en la medida en que se ejerza conjuntamente con otros procedimientos; pero desde el punto de vista material se pierde la urgencia e inmediatez que es propio de las medidas cautelares, por cuanto para poder decretar el amparo según esta modalidad debe: primero, notificar a los presuntos agraviantes; segundo, esperar el informe previsto en el artículo 24, la audiencia pública y oral de las partes (artículo 26); y en esa tramitación en verdad muy probablemente la violación del derecho o garantía constitucional pudiera provocar efectos irreparables, o en caso de que fuera una amenaza inminente, la misma pudiera consumarse. De modo que el artículo 23 fungiría ciertamente como un amparo cautelar formal, pero desde el punto de vista de la necesidad de los particulares y la urgencia de la justicia material preventiva sufre un profundo descalabro" (p. 286).

Tal y como se estableció en el capítulo anterior de la presente investigación, el amparo goza de un carácter cautelar, cuestión ésta que en ningún momento fue cuestionada por la sentencia que anuló el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, sino más bien ratificada; y, estudiadas como han sido las características que debe reunir toda medida cautelar, el elemento de urgencia e inmediatez debe siempre estar presente a los fines de evitar los efectos irreparables de la situación denunciada como violatoria o amenazante de violación, del derecho constitucional.

2. Aplicación de la medida típica del Contencioso Administrativo.

La segunda solución que proponen los magistrados en el fallo anulatorio es la de aplicar la medida típica del contencioso - administrativo, prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, indica:

> " A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
> Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio...".

El autor **Cárdenas, F. (2.000),** quien comparte plenamente los razonamientos en que se fundamentó el fallo anulatorio, solo se plantea la interrogante, respecto al procedimiento que debe preceder para el otorgamiento de las medidas cautelares de suspensión de efectos que consagra el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo para el maestro **Ortiz – Ortiz, R. (1.996),** si bien indica que el amparo puede intentarse conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos, en cuyo caso el efecto del amparo es de suspender los efectos del acto recurrido, como lo establece la medida típica del contencioso administrativo del artículo 136; esta norma no procede, ante la abstención o negativa de la administración que indica el referido artículo 5°; de manera que la solución propuesta por la Corte carece de efectividad ante las conductas omisivas y negativas de la administración.

Propone el autor citado, ante esta ineficacia que, cuando se pruebe sumariamente que la violación o amenaza de violación provenga de una conducta omisiva o negativa de la administración, se acepte la tesis de la plenitud de la jurisdicción, prevista en el artículo 206 de la Constitución de 1.961 y en consecuencia se restablezca de forma inmediata la situación jurídica infringida.

Aunada a ésta evidente ineficacia de la segunda solución aportada por la Corte, debe mencionarse además que, en la medida típica del contencioso administrativo la Corte puede exigir al solicitante que preste caución para garantizar las resultas del juicio y ello aplicado al caso del amparo, en el que se protegen derechos de naturaleza constitucional,

resultaría a todas luces arbitrario e injusto, viéndose afectado el elemento de urgencia e inmediatez que debe caracterizar al amparo cautelar.

3. Amparo conjunto con las medidas innominadas

La tercera solución propuesta por la extinta Corte Suprema, consiste en que si el amparo tiene por objeto la obtención de una medida cautelar de las previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, se tramite de conformidad con lo previsto en el título II del Libro Tercero de dicho Código.

El artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, establece en su parágrafo primero:

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

La disposición legal citada consagra la Institución de las medidas cautelares innominadas, las cuales requieren para su decreto que se cumplan los requisitos necesarios para la procedencia de cualquier medida

cautelar: El peligro en el retardo, denominado periculum in mora y la verosimilitud del buen derecho, o fumus boni iuris, y, además requiere de un tercer requisito constituido por el periculum in damni, o peligro inminente de daño.

El artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo, como ya se dijo, hace una remisión supletoria a las normas procesales en vigencia, de manera que es perfectamente legal que dentro de un procedimiento de amparo ejercido en forma autónoma o conjunto, se decreten medidas innominadas, cumplidos claro está los extremos antes señalados, y tramitándose conforme al procedimiento que establece el Código de Procedimiento Civil; no obstante, ofrecer esta alternativa como solución no sería otra cosa que regresar al punto de partida que motivó a la Corte en Pleno a anular el artículo 22 de la Ley de Amparo, en virtud que las medidas innominadas así como cualquier otra medida cautelar, pueden decretarse en cualquier estado y grado de la causa, incluso sin oír a la otra parte.

Para finalizar, los argumentos expuestos por los magistrados Josefina Calcaño de Temeltas, Alfredo Ducharne y Juvenal Salcedo, al salvar sus votos, son jurídicamente válidos pues con esta última solución aportada por la Corte, se estaría regresando al punto inicial, es decir, se estaría decretando el amparo cautelar, sin antes haber llamado a juicio a la

contraparte; y, de ser nulo el artículo 22 entonces deben tenerse como inconstitucionales todas las instituciones procesales que permitan tomar una decisión sin haber oído a la otra parte.

CAPÍTULO IV

EL AMPARO CONJUNTO ANTE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 22 Y BAJO LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999.

El trámite procedimental del amparo acumulado con otro procedimiento judicial ha sido objeto de diversos tratamientos, que responden principalmente a tres etapas. La primera de ellas corresponde a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo que prevé la figura, la segunda surge con motivo de la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo y la última de ellas comienza con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999.

A. Tratamiento del amparo cautelar en la Ley especial

La Ley Orgánica de Amparo en su artículo 5° establece que:

> "...Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los

> efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio..."

De conformidad con la disposición legal citada el Juez, inaudita parte, es decir, sin necesidad de llamar a la otra parte al procedimiento, y previo análisis sumario y breve de la situación, está facultado para suspender los efectos del acto administrativo recurrido, si lo considera procedente para la protección del derecho constitucional violado o bajo amenaza de violación.

La jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, comenzó a pronunciarse en lo referente al procedimiento para la tramitación del amparo conjunto, admitiendo que la propia Ley Orgánica de Amparo, establecía dos vías para ello: la del artículo 22, inaudita parte; y, la del contradictorio, del artículo 23, es decir, la Corte estableció que además de existir la posibilidad de dictar el amparo sin oír a la otra parte, podía utilizarse la vía prevista en los artículos 23 y siguientes de la Ley de Amparo, aplicable al procedimiento de amparo ejercido de forma autónoma que implica el llamamiento de la otra parte y la respectiva apertura del contradictorio.

Ante estas dos alternativas planteadas por la Ley, comienza el dilema referente a la posibilidad de dictar un amparo sin oír a la otra parte, como indica el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, circunstancia ésta que

llevó a la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, a salvar sus votos en las decisiones de la Sala Político Administrativa, por considerar que el hecho de imponerse una medida preventiva frente a la administración (al aplicarse el artículo 22 de la Ley de Amparo a los casos del artículo 5), sin al menos notificarla del proceso, era una violación al derecho de la defensa del ente público.

En sentencia dictada por la Sala Político Administrativa sobre el caso Carlos Morana, en fecha 1° de diciembre de 1.994, con ponencia de la Magistrada Rondón de Sansó, se llegó a un equilibrio justo entre las posiciones existentes, disponiéndose que como regla general el juez contencioso administrativo estaba facultado para decretar o negar la medida de amparo provisional en forma inaudita alteram parte, cuando a su juicio existiese una suficiente presunción grave de violación de un derecho constitucional; y, en los casos en que no existiese en forma clara esa presunción, el juez podía ordenar la apertura del procedimiento contradictorio conforme lo establecían los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo.

Esta posición resultó bastante equilibrada al permitir al Juez como director del proceso y como garante de la igualdad de las partes, que analizara el caso en concreto y según las circunstancias se adoptara una u

otra vía; así por ejemplo en decisión de la misma Sala de fecha 6 de marzo de 1.996, con ponencia de la Magistrada Dra. Cecilia Sosa Gómez, en referencia a las dos vías existentes para la tramitación del amparo conjunto, se sostuvo que:

> " En la primera, basta que alguno de los recaudos consignados por el accionante se desprenda una presunción grave de violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucional, para que sin contradictorio, es decir, prescindiendo de consideraciones formales y sin averiguación previa, el juez pueda acordar la medida de amparo y suspender los efectos del acto impugnado.
> Por el contrario, por vía del artículo 23 eiusdem, puede el juez optar por conceder a la parte accionada la oportunidad de informar al tribunal sobre la violación alegada, antes de proceder a dictar cualquier medida."

B. Trámite procedimental del amparo conjunto ante la nulidad del artículo 22.

Al ser anulado el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo en sentencia de fecha 16 de abril de 1.996, se generó un vacío legal en cuanto al trámite procedimental del amparo cautelar para el caso del artículo 5° de la Ley de Amparo, ofreciendo el fallo anulatorio para tratar de subsanar tal situación, un abanico de posibilidades, que fueron analizadas en el capítulo tercero de la presente investigación, siendo asumida por la Corte de forma "pacífica y reiterada", la de tramitar el amparo por el procedimiento previsto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo.

Resulta menester destacar que, el criterio jurisprudencial no varió acerca de la naturaleza del amparo ejercido de forma conjunta ante la nulidad del artículo 22 de la Ley de Amparo, en el sentido de reconocer el "carácter cautelar" que cumple el amparo en tales casos, al ser subordinado y accesorio al procedimiento principal, y mientras dure éste.

La posición asumida por la extinta Corte Suprema de Justicia resultó una solución bastante cómoda, dado que al llamar a la contraparte a juicio se estaba protegiendo su derecho a la defensa; sin embargo, la Corte olvidó y desconoció la naturaleza cautelar que adopta el amparo cuando es acompañado con otro medio procesal, viéndose seriamente afectado el derecho ya no del presunto agraviante sino del presunto agraviado, pues el elemento de urgencia e inmediatez que debe caracterizar a toda cautela quedó mermado al eliminarse la posibilidad de dictar el amparo cautelar inaudita parte.

En este orden de ideas, el autor **Chavero, R. (2.001),** manifiesta acertadamente, que:

> " ...Al exigírsele la tramitación de un contradictorio para decidir este tipo de medidas cautelares, sencillamente se perdía una de las características esenciales de toda medida provisional, que es la urgencia de su decisión, debido a que la tramitación de ésta medida cautelar, vía artículo 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo, implicaba en el mejor de los casos, una

pérdida de dos o tres meses en la decisión de estas cautelas". (p. 420).

Esta situación en la practica resultó tan clara, que en una decisión de la Sala Político Administrativa, la misma magistrada Rondón de Sansó que venía salvando su voto en aras del derecho a la defensa que según su posición se lesionaba y que culminó con la nulidad del artículo 22 de la Ley de Amparo, tuvo que reconocer que ante la naturaleza cautelar del amparo, el elemento de la urgencia e inmediatez debía ser necesariamente tomado en consideración. Así, en sentencia de fecha 21 de noviembre de 1.996, con ponencia de la Magistrada en referencia, se indicó:

> "En cuanto al procedimiento a seguir, dado el carácter cautelar que se ha atribuido a la medida de amparo conjunto, constantemente la sala venía decidiendo tal solicitud provisional de manera urgente, haciendo uso del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo aunque, dependiendo de las circunstancias, podía decidirse abrir el procedimiento contradictorio establecido en los artículos siguientes de esa Ley. Sin embargo, ahora que se ha anulado el artículo 22 de esa Ley, es el caso que la naturaleza cautelar que – se insiste- se ha atribuido a esta modalidad de amparo- donde los principios de inmediatez, instrumentalidad, mutabilidad y accesoriedad están presentes- hace forzoso para el máximo tribunal el decidir de la misma manera urgente e inmediata esa solicitud preventiva, tal como se hace en nuestro ordenamiento con todas las medidas cautelares previstas. Por lo que, en el caso de autos, se pasa a decidir sobre la procedencia o no de la solicitud cautelar de amparo seguidamente, con fundamento en el mismo segundo párrafo del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo que alude a una decisión del juzgador "... en forma breve, sumaria y efectiva..." y con base en la documentación que cursa en el expediente". (subrayado del autor)

En esta decisión la Sala Político Administrativa al fundamentar el amparo ejercido de forma conjunta en el segundo parágrafo del artículo 5°, que remite al anulado artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, a los fines de poder decidir sobre el amparo conjunto de forma breve, sumaria y efectiva, tal y como se hace con todas las medidas cautelares, se contradice con los motivos expuestos por la Corte en Pleno, en la decisión anulatoria del artículo 22; y, no hace más que ratificar la necesidad de su existencia y aplicación, constatando que el anular la norma, resultó una solución errónea e ineficaz.

C. La tramitación del amparo conjunto ante la perspectiva de la Constitución de 1.999

Bajo el marco anterior, creado por la extinta Corte Suprema de Justicia a partir del año de 1.996 cuando se anula el artículo contentivo del amparo cautelar; y, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 30 de diciembre de 1.999, se agrava la problemática atinente a la tramitación del amparo conjunto o acumulado a otro medio procesal, en virtud que, la norma constitucional que consagra el amparo, otorga la potestad a la autoridad judicial competente de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

El artículo 27 de la Constitución de 1.999, establece:

> " Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.
> El procedimiento de acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal o tramitará con preferencia a cualquier otro asunto..."

Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, tal y como lo indica su única disposición derogatoria, queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de 1.961, manteniendo el resto del ordenamiento jurídico su vigencia en todo aquello que no contradiga la Constitución de 1.999.

El dejar sin efecto las disposiciones normativas que contraríen la nueva Constitución, mientras no sean modificados los textos legales, será producto del trabajo jurisprudencial. En efecto, los Jueces de la República estarán obligados a desaplicar por vía del control difuso aquella disposición legal que colida con la Constitución, como lo ordena el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y el propio texto constitucional.

En el especial caso del trámite del amparo cautelar previsto en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, que remite al derogado artículo 22, la situación se torna diferente, pues aquí no se trata de desaplicar una norma que contraría a la Constitución vigente por la vía del control difuso, sino de buscar el tratamiento aplicable a una situación jurídica derogada que, podría decirse, recobró vigencia por el artículo 27 de la Constitución de 1.999.

El Tribunal Supremo de Justicia ante la Constitución de 1.999, se ha visto en la obligación, de replantearse en la praxis, acerca del supuesto contenido en el artículo 22 de la Ley de Amparo declarado como inconstitucional en el fallo de fecha 16 de abril de 1.996. Sostiene el criterio actual del Máximo Tribunal, que tanto los votos salvados de la sentencia anulatoria como la posición de la Doctrina, advertían sobre el verdadero alcance que debía otorgársele al artículo 22 de la Ley de Amparo; debiendo la jurisprudencia canalizar y sistematizar el uso y aplicación de la potestad restablecedora de forma inmediata, de la que goza todo juez.

En el caso "Constructora Pedeca, C.A.", el Tribunal Supremo de Justicia en decisión de la Sala Político Administrativa de fecha 16 de marzo de 2.000, sostuvo:

> "...Se considera necesario la existencia de un iter procesal que permita a esta Sala el confirmar o no las presunciones de violación de derechos y garantías constitucionales alegadas por el querellante en su escrito libelar y en su posterior modificación, y a su vez permitirle al presunto agraviante el defenderse dentro del proceso constitucional de amparo contra las denuncias imputadas en su contra, pero esto no obsta para poder adelantar una tutela constitucional, que de forma cautelar suspenda los efectos del acto presuntamente violatorio, cuya vigencia quede supeditada a su ratificación en la decisión que ésta Sala emita para resolver el fondo del amparo constitucional solicitado..."

En esta decisión plantea **Chavero, R. (2.001),** se habla de la procedencia de una "tutela constitucional", que permita suspender los efectos de la lesión cuestionada, mientras dure el procedimiento cautelar, ante el requerimiento de la tramitación del procedimiento contradictorio como lo disponen los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo.

La decisión dictada por el Tribunal, al permitir una "tutela constitucional", rescata el carácter de urgencia e inmediatez en el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida que permitía el anulado artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo.

Posteriormente, en sentencia de la Sala Político Administrativa del 27 de junio de 2.000, con ponencia del magistrado José Rafael Tinoco, se sostuvo que conforme al artículo 27 de la Constitución de 1.999, queda

facultado el juez constitucional dentro del propio procedimiento de amparo constitucional autónomo como conjunto, para restablecer de inmediato la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Por su parte, la norma no exige como forma del restablecimiento inmediato que la medida comporte un mandamiento de amparo, pues en criterio de la Sala el restablecimiento debe ser una precautela o anticipación de la definitiva, cuando exista presunción grave de violación o amenaza de violación.

La decisión en comento indica que, la medida provisional para el caso del amparo en conjunto debe fungir como una cautela de la cautela, quedando condicionada y supeditada al desarrollo del procedimiento de amparo conforme al procedimiento de los artículos 23 y siguientes de la Ley de Amparo y a la decisión definitiva de mérito que deba dictarse. Continúa la decisión de la Sala:

> " De allí que, la duración del procedimiento aplicable para la acción de amparo conjunto al recurso contencioso administrativo de nulidad contra actos administrativos, debe fijar la *temporalidad* de tales medidas provisionales, solo justificables para el restablecimiento preliminar o cautelar.
> En este último sentido, otorgar a la medida provisional una vigencia mayor al lapso legalmente previsto para la emisión de la decisión definitiva de amparo, comportaría acariciar no menos que la censurable y reprochable situación que se le imputaba a los inadecuados operadores de la norma – declarada como inconstitucional-, contenida en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; esto es, otorgarle a la medida provisional de restablecimiento inmediato una velada vocación de permanencia o durabilidad en el tiempo; siendo, que la dilación

> que pudiere ocurrir para la decisión del fondo del amparo, además de ser contra legem, implicaría un desigual equilibrio entre las partes que procuraría un menoscabo al contenido esencial de la garantía derivada de la urgencia y celeridad del proceso mismo".

El criterio del Tribunal Supremo de Justicia, se basa en el artículo 27 de la Constitución de 1.999, que permite al juez restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida; como puede observarse, dicha norma no difiere sustancialmente de la disposición constitucional derogada que preveía la figura del amparo.

El artículo 49 de la derogada Constitución de 1.961 indicaba expresamente, que:

> " Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.
> El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida".

El juez, bajo la Constitución de 1.961, al igual que la vigente Constitución de 1.999, ha estado facultado para restablecer la situación jurídica infringida de forma inmediata, por lo que la potestad restablecedora del juez en la nueva Constitución encuentra su antecedente más inmediato en el texto de la Constitución de 1.961 en su artículo 49, desarrollado por el

artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, objeto de nulidad por la Corte en Pleno, que otorgaba la potestad al Juez de amparo de restablecer la situación jurídica infringida prescindiendo de consideraciones de mera forma.

Las decisiones de marzo y junio del año 2.000, antes referidas, logran el equilibrio entre las posiciones inconciliables respecto al mandato constitucional del restablecimiento inmediato, al permitir una tutela anticipada que resguarde y proteja el derecho del solicitante del amparo cautelar.

La respuesta a esa necesidad de restablecimiento inmediato y, al mismo tiempo, la garantía del derecho al debido proceso de la persona que resulta afectada como sujeto pasivo por dicho restablecimiento, se logra o se lleva a la realidad, tal y como afirma **Ortiz - Ortíz, R. (2.001),** con la *tutela constitucional preventiva y anticipativa*, por medio de la cual:

> "...El justiciable obtiene una respuesta - a tiempo - y adecuada a su necesidad derivada de una lesión a su derecho constitucional; pero al mismo tiempo, se abre el contradictorio para que el otro sujeto pasivo de la situación procesal, pueda ejercer cabalmente su defensa y alegaciones, además de la actividad probatoria y recursiva del caso" (p. 233).

Con referencia a lo anterior y ante el mandato constitucional del restablecimiento inmediato, el autor en referencia indica que la necesidad de una tutela anticipada, tiene como límite el debido proceso, debiendo cumplir tres condiciones al momento de acordarse, referentes a una posición jurídica constitucional tutelable, una justificación fáctica de la anticipación de la tutela y el contradictorio diferido.

De manera semejante que para el decreto de cualquier medida cautelar se requiere el cumplimiento de requisitos, como se estableció en el primero capítulo de la presente investigación, referidos al periculum in mora, al fumus boni iuris, y el periculum in damni, para el caso especial de las medidas cautelares innominadas, resulta ajustado a derecho que "la tutela anticipada" exija determinadas condiciones para su procedencia, en aras de garantizar la vigencia de la Constitución, el resguardo de los derechos fundamentales y la misma legitimidad del Estado de Derecho.

La tutela anticipada requiere entonces la necesidad de un medio de prueba que haga presumir al Juez la situación jurídico constitucional tutelable, es decir, se debe comprobar sumariamente la condición a tutelar, pues no basta con invocar el derecho o garantía constitucional afectado o que potencialmente pueda afectarse.

En el orden de las ideas anteriores y con el fin de reforzar la idea de una tutela judicial efectiva, basada en el derecho de toda persona de acceder a los órganos judiciales, a obtener con prontitud la decisión correspondiente y teniendo la autoridad judicial competente la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, conforme lo establece la Constitución de 1.999, en sentencia dictada por la Sala Político Administrativa en fecha 20 de marzo de 2.001 y con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, se produce un avance en la tramitación del amparo conjunto, estimando la Sala la necesaria inaplicación de los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo, considerando preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares.

Se observa claramente que, el Tribunal Supremo de Justicia al desaplicar los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo, regresa al criterio de la necesidad de dictar el amparo cautelar inaudita parte, ratificando la ineficacia jurídica de aquella solución aportada por la extinta Corte en Pleno al anular el artículo 22 de la Ley de Amparo y exponiendo la imperiosa necesidad de adaptar la institución del amparo cautelar a la luz del nuevo texto fundamental.

El procedimiento que se establece en la referida sentencia indica que una vez admitida la causa principal, se emita al mismo tiempo un pronunciamiento sobre la cautelar de amparo solicitada, con prescindencia de cualquier otro aspecto; siendo menester revisar los requisitos que condicionan la procedencia de toda medida cautelar, adaptados a las características propias del amparo.

Así, estima la Sala, en la referida decisión, lo siguiente:

> " ... debe analizarse en primer término el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho constitucional alegado por la parte quejosa y que lo vincula al caso concreto; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, elemento éste determinable por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido en forma inmediata, conduce a la convicción de que debe preservarse ipso facto la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación...".

La tramitación del amparo conjunto en tales términos no constituye una violación al derecho a la defensa de la parte contra quien obra la medida, quien tiene la posibilidad de hacer la correspondiente oposición de conformidad con lo previsto en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ante la ausencia de un iter indicado expresamente por la Ley, conforme al artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, procediendo el tribunal a la revocación o confirmación de la medida

acordada, previo el examen de los alegatos y pruebas, teniendo la parte la posibilidad de recurrir a otras providencias cautelares, en caso de declararse improcedente la medida de amparo constitucional.

Concluye la decisión, expresando:

> "... Propuesta la solicitud de amparo constitucional conjuntamente con una acción contenciosa administrativa de nulidad, pasará la Sala, una vez revisada la admisibilidad de la acción principal, a resolver de inmediato sobre la medida cautelar requerida; debiendo abrirse cuaderno separado en el caso de acordarse la misma, para la tramitación de la oposición respectiva, el cual se remitirá junto con la pieza principal, contentiva del recurso de nulidad, al juzgado de sustanciación, a fin de que se continúe la tramitación correspondiente. Así se decide".

En criterio del autor del presente trabajo, es acertada la posición actual asumida por el Tribunal Supremo de Justicia de acudir al procedimiento de oposición previsto en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que fue la solución que debió acoger la Corte en Pleno para garantizarle el derecho al debido proceso, a la parte contra quien se dirige el restablecimiento inmediato, antes de anular apresurada y erróneamente el artículo 22 de la Ley de Amparo.

En efecto, dos razones justifican esta posición. La primera de ellas, viene dada por la naturaleza cautelar del amparo conjunto, pues es lógico sostener que al estar en presencia de una cautela se le aplique la normativa

general prevista para cualquier medida cautelar y se exija el cumplimiento de los requisitos de éstas.

La segunda razón se desprende del texto de la Ley Orgánica de Amparo, en virtud que su artículo 48, remite a la aplicación supletoria de las normas procesales. Indica el referido artículo: " Serán supletorias de las disposiciones anteriores las normas procesales en vigor".

Al no existir una regulación expresa en la Ley de Amparo, el propio texto legal remite a la aplicación de las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil, y éste en sus artículos 602 y siguientes, a los fines de salvaguardar el derecho al debido proceso de la parte contra quien obra la medida cautelar, le otorga la posibilidad de oponerse a la medida, exponiendo los motivos o fundamentos que estimare conveniente.

Para concluir, el maestro **Ortiz - Ortiz (1.996),** en un análisis minucioso sobre el amparo cautelar y la nulidad del artículo 22 de la Ley de Amparo, finalizó su investigación, afirmando: "Ciertamente somos muchos los que estamos de luto por la muerte del artículo 22, pero la historia no nos juzgará a nosotros, sino a sus asesinos..." (p. 295).

Esta afirmación resultó ser todo un pronóstico, porque a raíz de la nulidad del artículo 22 de la Ley de Amparo, el tratamiento del amparo acumulado a otro medio procesal ha sido objeto de un sin número de interpretaciones tanto doctrinarias como jurisprudenciales, quedando demostrado por el devenir del tiempo, lo absurdo e ineficaz que resultó declarar la nulidad de la norma, dado que el tratamiento actual que forzosamente ha tenido que darle el Tribunal Supremo, permite que el juez decrete el mandamiento de amparo inaudita parte, como se tramitaba inicialmente con la vigencia de la norma y por cuya razón se anuló; respondiendo así, el trámite actual a la naturaleza cautelar que cumple el amparo en tales casos, quedando reforzadas la vigencia del ordenamiento jurídico venezolano y la legitimidad del Estado de Derecho.

CONCLUSIONES

Entre las actuaciones del Estado destaca la función jurisdiccional, que constituye una de las fundamentales porque a través de ella los justiciables, buscan la solución a los conflictos intersubjetivos de intereses planteados entre los mismos y en esa búsqueda las medidas cautelares cumplen un papel primordial, pues constituyen el instrumento destinado a impedir que en el transcurso del proceso se atente contra el que tiene la razón.

Las medidas cautelares están concebidas dentro del proceso para garantizar la eficacia y vigencia del ordenamiento jurídico, dado que son los mecanismos necesarios para asegurar la eficacia de la sentencia que dicta el juez, resguardándose los derechos de los particulares.

Las cautelas han sido objeto de diversas denominaciones, siendo consideradas como una "acción", como un "proceso", como "providencias" y como "medidas", siendo esta última definición la más acertada, dado que a diferencia de aquellas, responde a su naturaleza.

Las medidas cautelares consisten entonces en aquellas órdenes que dicta el órgano jurisdiccional con el fin de evitar o precaver un daño, siendo sus requisitos de procedencia el peligro en el retardo y la verosimilitud del derecho, denominadas por la doctrina y jurisprudencia como el "periculum in mora" y el " fumus boni iuris".

El peligro en la demora viene dado en primer término por la lentitud del proceso para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses planteado ante el órgano jurisdiccional; y, en segundo término atañe a la presunción que puede inferirse de la manifiesta insolvencia del demandado o de sus conductas desplegadas con los fines de insolventarse; no obstante, dicho requisito no queda cumplido por el simple hecho de que se presuma la tardanza de los procesos judiciales, sino que el mismo debe quedar acreditado en autos, a través de cualquiera de los medios probatorios que establece la Ley, a los fines de crear en el Juez la presunción grave de los hechos y actuaciones de mala fe por parte del demandado.

En lo que respecta al requisito del fumus boni iuris o verosimilitud del derecho, éste consiste en la certeza o credibilidad del derecho invocado por la parte solicitante de la medida cautelar, correspondiendo al Juez analizar los medios probatorios acompañados a los fines de determinar que el derecho aparente invocado por el solicitante aparezca como tal.

Las medidas cautelares son jurisdiccionales, puesto que constituye una actividad que se cumple a través del Poder Judicial, y están preordenadas siempre a un procedimiento principal que les sirve de soporte, siendo su finalidad la de evitar que el fallo que se dicte no resulte ilusorio; no obstante, esta característica de subordinación a un juicio principal, son autónomas respecto a su estructura, ya que gozan de un procedimiento propio, pueden ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto debatido en el juicio principal, ni impedir la continuación de éste.

En este mismo orden y dirección, se puede afirmar que las medidas cautelares al depender en lo referente a su existencia del juicio principal son provisionales, dado que fenecen al terminar éste y pueden ser revocadas por efecto de la oposición que haga la parte contra quien obra la medida, o en virtud de la contracautela prevista en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil.

Siendo la función de las medidas cautelares la de impedir que aquel acto del Estado que resuelve el conflicto de intereses, denominado sentencia, no resulte ilusorio, la característica más importante de las mismas, la constituye el hecho de que puedan ser dictadas en cualquier estado y grado del proceso, incluso sin llamar a juicio a la parte contra quien

obra la misma, es decir, inaudita parte; y, el que puedan ser decretadas con la inmediatez y urgencia del caso, que vienen dadas por el temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

En lo tocante al amparo, el mismo está previsto dentro del ordenamiento jurídico, como un procedimiento autónomo que permite lograr la adecuada protección de los derechos y garantías constitucionales, ya sea ante su violación o amenaza de violación, y debe ser por su naturaleza restablecedor y capaz de lograr que se baste por sí solo, con el fin de restituir las cosas al estado en que se encontraban para el momento de la vulneración.

La Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece en sus artículos 3°, 5° y 6° ordinal 5°, la posibilidad de ejercer el amparo acumulado a la "acción popular de inconstitucionalidad de las leyes" y demás actos estatales de carácter normativo, al recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos de efectos particulares o contra conductas omisivas de la administración, así como también acumulado a cualquier otro procedimiento judicial.

El amparo, en esta especial forma de ejercicio, busca suspender la aplicación de la norma o los efectos del acto administrativo, mientras dure el respectivo procedimiento de nulidad, en virtud de la amenaza o violación de un derecho constitucional, gozando el amparo al ser accesorio y subordinado al procedimiento al cual se acumula, de las mismas notas características presentes en las medidas cautelares de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, urgencia, dispositividad y el que pueda dictarse en cualquier estado y grado de la causa.

El amparo constitucional ejercido con otro procedimiento reviste una característica o naturaleza distinta, pues se trata de un procedimiento subordinado al procedimiento al cual se acumuló y en consecuencia su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento final que se emita, teniendo el amparo en tal caso una naturaleza cautelar, dirigida a evitar que sean violados derechos o garantías de rango constitucional, mientras dure el procedimiento principal.

A los fines de la procedencia del amparo conjunto, el solicitante tiene la carga de demostrar a través de cualquier medio de prueba pertinente, lo que podría ser el propio acto administrativo o la norma impugnada, la existencia de una presunción grave de violación o amenaza de violación de

algún derecho de rango constitucional, requisito éste equivalente al fumus boni iuris para la procedencia de cualquier medida cautelar.

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo referido al amparo acumulado al recurso contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra conductas omisivas de la administración, establece que en tales casos el juez en forma breve y sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía del derecho constitucional violado, mientras dure el juicio de nulidad.

Por su parte, el artículo 22 de la referida Ley de Amparo, prevé la posibilidad de restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria; procedimiento perfectamente lógico de aplicar para el amparo conjunto, dado que si el amparo en este caso tiene un carácter cautelar, debe gozar, al igual que las medidas cautelares, de la posibilidad de poder dictarse sin llamar a juicio a la otra parte.

La extinta Corte Suprema de Justicia, actuando en Pleno en decisión de fecha 16 de abril de 1.996, anula el artículo 22 de la Ley Orgánica de

Amparo, por ser violatorio del único aparte del artículo 49 de la Constitución de 1.961, que indica que el amparo debe ser producto de un procedimiento y la última parte del artículo 68, que establece que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, quedando eliminada la posibilidad para el juez de amparo de restituir la situación jurídica infringida de forma inmediata.

La sentencia anulatoria dictada por la Corte en Pleno, no gozó del apoyo unánime de los magistrados; por el contrario, varios de ellos salvaron sus votos basados en motivos más ajustados a derecho que aquellos que sustentaron su nulidad, ya que sostener que la potestad del juez de restablecer la situación jurídica infringida de forma inmediata es violatorio del derecho la defensa, conlleva a afirmar necesariamente que todo el sistema cautelar venezolano es inconstitucional.

La Corte en Pleno al momento de declarar la nulidad del artículo 22 de la Ley de Amparo, pasa por inadvertido su función y naturaleza dentro del ordenamiento jurídico, pues dentro del amparo cautelar se ven involucradas nociones sobre el sistema cautelar, el amparo como figura dirigida a tutelar los derechos de los ciudadanos de rango constitucional; y, la más importante función que debe cumplir el Estado a través del Poder Judicial, de resolver

los conflictos intersubjetivos de intereses, tutelando de forma eficaz los derechos de los particulares.

La nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo crea un vacío legal en cuanto al trámite procedimental del amparo conjunto, y a pesar de que la Corte en ningún momento desconoció la naturaleza cautelar del amparo en tales casos, pasó por inadvertida tal circunstancia, violando además el mandato constitucional, según el cual el Juez goza de la potestad de restablecer la situación jurídica infringida de forma inmediata, cuando de derechos y garantías constitucionales se trate.

Cabe agregar, que la Corte trata de subsanar el vacío legal generado para el trámite del amparo conjunto, ofreciendo tres soluciones: tramitar la solicitud de amparo de conformidad con los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo, que permiten la apertura del contradictorio, aplicar la medida típica del contencioso administrativo prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, si el amparo busca suspender los efectos del acto administrativo recurrido; o tramitarlo de conformidad con lo dispuesto en el titulo II del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, si el amparo busca obtener una medida cautelar de las previstas en el parágrafo primero de su artículo 588.

Ante el abanico de posibilidades ofrecido por el fallo anulatorio, la extinta Corte asumió el criterio de tramitar el amparo conjunto de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo, es decir, con la apertura del contradictorio, quedando desconocido el carácter cautelar del amparo cuando es ejercido con otro procedimiento, y viéndose seriamente afectado el derecho ya no del presunto agraviante, sino el del presunto agraviado, visto que el elemento de urgencia e inmediatez que debe caracterizar a toda cautela, quedó mermado al eliminarse la posibilidad de dictar el amparo cautelar inaudita parte.

La Corte en Pleno, en vez de anular el artículo 22, pasando por inadvertida su naturaleza y función dentro del ordenamiento jurídico, debió analizar la forma de permitir la apertura del contradictorio para que el presunto agraviante hiciera valer sus derechos.

En tal sentido, el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo remite a la aplicación supletoria de las normas procesales en vigor para aquellas situaciones no reguladas expresamente en su texto y al revisar el Código de Procedimiento Civil, el artículo 602 permite la oposición de la parte contra quien obra la medida cautelar, resultando perfectamente lógico de aplicar de forma supletoria el trámite de la oposición en el caso del amparo conjunto, quedando salvaguardados los derechos del presunto agraviante.

Asimismo, otra solución que permite la apertura del contradictorio se encuentra en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, norma que indica que ante cualquier necesidad del procedimiento, se abra una articulación probatoria de ocho días.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999 en fecha 30 de diciembre de 1.999, se otorga en el artículo 27, la potestad a la autoridad judicial competente de restablecer la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; viéndose el Máximo Tribunal en la obligación de replantearse en la praxis acerca del supuesto establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, anulado en el año de 1.996.

El Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de la Sala Político Administrativa de fecha 20 de marzo de 2.001, desaplica los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo, regresando al criterio de la necesidad de dictar el amparo cautelar inaudita parte, ratificando con su posición la ineficacia jurídica de la solución aportada por la Corte en Pleno en el fallo anulatorio.

Para finalizar, se puede afirmar que con la nulidad del artículo 22 de la Ley de Amparo, y el consecuente vacío legal generado, el tratamiento del

amparo acumulado a otro medio procesal ha sido objeto de un sin número de interpretaciones doctrinarias como jurisprudenciales, y con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999, el Tribunal Supremo de Justicia se ha visto en la forzosa necesidad de darle un tratamiento similar al que permitía el artículo 22, quedando demostrado lo absurdo e ineficaz que resultó declarar la nulidad de la norma, pues el tratamiento actual permite que el juez decrete el mandamiento de amparo inaudita parte, respondiendo esta posición a la naturaleza cautelar que cumple el amparo en tales casos y viéndose reforzada la legitimidad del Estado frente a los particulares.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andueza, J. (1.993). **La acumulación de las acciones de nulidad y amparo constitucional.** XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara (Tomo I). Barquisimeto.

Ayala Corao, C. (1.988). **La acción de amparo constitucional frente a la administración pública.** Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas de la Universidad Central de Venezuela, N° 70. Caracas, 1.988

Brewer-Carías, A. (1998). **Instituciones políticas y constitucionales** (Tomo V). Caracas - San Cristóbal: Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer – Carías, A. y Ayala, C. (1.996). **Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Cabanellas, G. (1.989). **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. (Tomo V). Buenos Aires: Editorial Heliasta, S.R.L.

Canova González, A. (1994). **Análisis crítico del amparo constitucional en los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa**. Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, N° 10. Caracas, 1.994.

Cárdenas Omaña, F. (2.000). **Sustanciación y ejecución de la acción de amparo**. Caracas: Editorial Pierre Tapia.

Carnelutti, F. (1.942). **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Castillo Marcano, J. y Castro, I. (2.000). **El amparo constitucional y la tutela cautelar en la justicia administrativa**. Caracas: Editorial Torino.

Chavero, R. (1.997). **La acción de amparo contra decisiones judiciales**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

_____, R. (2.001). **El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela**. Caracas: Editorial Sherwood.

Chiovenda, G. (1.922). **Principios de derecho procesal civil** (Tomo I) Madrid: S/E

Código de Procedimiento Civil. (1.986). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N° 3694 (Extraordinario), Enero 22 de 1.986.

Constitución de la República de Venezuela. (1.961). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N° 662 (Extraordinario), Marzo 16 de 1.961.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1.999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**. N° 36.860, Diciembre 30 de 1.999.

Cuenca, H. (1.957). **Proceso civil romano**. Buenos Aires: Ejea.

De Solá, R. (1.989). **Ensayo de interpretación del controvertido artículo 5° de la Ley orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales.** Revista de derecho público, N° 37. Caracas, 1.989.

Duque Corredor, J. (1.989). **El procedimiento de la acción de amparo**, en Academia de Ciencias Políticas y Sociales (89): El recurso de amparo en la legislación venezolana. Caracas.

Fix Zamudio, H. (1.964). **El juicio de amparo.** México.

Hernández, J. (1.998). **El amparo sobrevenido como medida cautelar, con especial referencia al contencioso administrativo (análisis a diez años de vigencia de la Ley Orgánica)**. Revista de Derecho Adminisrativo, N° 4. Caracas,1.988.

Linares, G. (1.991). **El amparo y las medidas cautelares**. Revista de derecho público N° 47. Editorial jurídica venezolana. Caracas

Linares, G. (1.996). **El proceso de amparo en Venezuela**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Ley Orgánica de amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. (1.988) **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** N° 34060, Septiembre 27 de 1.987.

Márquez, Añez, L. (1.984). **Motivos y efectos del recurso de forma en la casación civil venezolana**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Montoya, C. (1.998). **El Amparo constitucional** (2° Ed.). Caracas: Livrosca.

Morales, H. (1.982). **Estudios de derecho procesal** (Parte general). Bogotá: Ed. Rosaristas.

Ortíz-Ortíz, R. (1.996). **El amparo cautelar y la nulidad del artículo 22 de la Ley orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales.** Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas de la Universidad Central de Venezuela, N° 101. Caracas, 1.996.

_____ (1.997). **El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano**. Caracas: Paredes Editores.

_____ (1.997) **Crítica analítica y temática de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno sobre las medidas cautelares innominadas.** Revista de la Fundación Procuraduría, N° 18. Procuraduría General de la República. págs. 200-313. Caracas, 1.997.

____ (2.001). **La tutela constitucional preventiva y anticipativa**. Caracas: Editorial Frónesis.

Pierre, O. **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. Editorial Pierre Tapia. Venezuela.

Quintero, M. (1.974). **Introducción al estudio de las medidas preventivas**. Caracas: Ediciones Síntesis Jurídica.

Rocco, U. (1.983). **Tratado de derecho procesal civil** (Parte general). Bogotá: Edit. Temis - Depalma

Rondon de Sansó, H. (1.988). **Amparo constitucional**. Caracas: Editorial Arte.

_____ (1994). **La acción de amparo contra los poderes públicos.** Caracas: Editorial Arte.