



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia del Magistrado Dr. DANILO A. MOJICA MONSALVO.

En el juicio de divorcio incoado por la ciudadana **MARÍA LORENA DÁVILA ORDÓÑEZ**, representada judicialmente por los abogados Alberto José Nava Pacheco y Dayana Paola Paredes, contra el ciudadano **GREGORY JOSÉ GÓMEZ GÓMEZ**, representado judicialmente por los abogados Albio Lubin Maldonado y María Milena Rivas Rojas; el Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, conociendo en alzada, dictó sentencia en fecha 11 de enero del año 2017, mediante la cual declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revocó la sentencia proferida por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de esa misma Circunscripción Judicial, en fecha 11 de julio de 2016 y declaró sin lugar la medida de desalojo solicitada por la ciudadana María Lorena Dávila Ordoñez, en contra del ciudadano Gregory José Gómez Gómez, acordando la suspensión de la ejecución de dicha medida y ordenando a la referida ciudadana consignar a los autos el mandamiento de ejecución forzosa de desalojo librado en dicha causa.

Contra esa decisión de alzada, los apoderados judiciales de la parte demandante, abogados Alberto José Nava Pacheco y Dayana Paola Paredes, ejercieron el recurso de control de la legalidad.

Recibidas las actuaciones en esta Sala de Casación Social, se dio cuenta el 23 de marzo del año 2017 y se designó Ponente al Magistrado DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO.

En fecha 8 de diciembre del año 2017, mediante sentencia número 1220 fue admitido el recurso de control de la legalidad propuesto por la parte actora.

Por auto de fecha 12 de enero de 2018 se fijó la audiencia oral, pública y contradictoria para el día 27 de febrero de 2018, en sujeción a lo regulado por el artículo 489-E de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Celebrada la audiencia oral y habiendo esta Sala pronunciado su decisión de manera inmediata, pasa a reproducir la misma en la oportunidad que ordena el artículo 489-G de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en los siguientes términos:

DEL RECURSO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD
CONSIDERACIONES PREVIAS

Preliminarmente debe señalarse que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 490, prevé como únicos motivos para recurrir en control de la legalidad una decisión de un tribunal superior “... *que aún cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación. ...*”, resultando evidente la diferencia existente entre los supuestos de **control de la legalidad** previstos en la mencionada norma y los supuestos de **casación** contenidos en el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 489-A de la mencionada Ley especial.

En tal sentido, es de advertir a la parte formalizante, que no era dable encuadrar las denuncias en las normas relativas al recurso de **casación** según el Código de Procedimiento Civil, primeramente porque el recurso de control de la legalidad y el de casación son dos instituciones jurídicas distintas y en segundo término por cuanto existe una norma que prevé los motivos para recurrir en control de la legalidad en la materia especial de niños, niñas y adolescentes, a saber el artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Con vista a lo anterior, es necesario indicar que para el ejercicio del recurso de control de la legalidad en la materia bajo estudio, técnicamente solo requiere la mención de las infracciones antes apuntadas, bien de la norma de orden público violentada o de la doctrina jurisprudencial de que se trate, con la respectiva explicación de cómo se produjo la vulneración de los derechos constitucionales que rigen la actividad jurisdiccional, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o en tratados internacionales, suscritos y ratificados por la República, o haber sido determinante en el dispositivo de la sentencia.

Ahora bien, la simplificación de estos supuestos no puede constituirse en impedimento para el cumplimiento de los requisitos exigidos en el segundo párrafo del artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a los fines de la formalización del recurso de control de la legalidad.

Aunado a lo anterior, es preciso indicar que el recurso de control de la legalidad no se ciñe a los motivos señalados en el texto del artículo 490 *ejusdem*, sino que además permite revisar los excesos que afecten gravemente la Doctrina de la Protección Integral, derechos indisponibles o reglas adjetivas y no simples errores u omisiones, tal y como lo ha señalado la Sala en reiteradas oportunidades, entre otras mediante sentencia n° 14 de fecha 19 de enero de 2017, (Caso: *María Vanessa Suarez Bolívar* contra *Rafael Alejandro Bocache Marulanda*) en la cual se expuso respecto a las violaciones o amenazas de violaciones de normas de orden público, que “... *debe entenderse que tales quebrantamientos o amenazas afectan gravemente las instituciones fundamentales de la Doctrina de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, derechos indisponibles o reglas adjetivas que menoscaban los derechos al debido proceso y a la defensa, este último supuesto, sustentado en el mandato expreso contemplado en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece la obligación de todos los Jueces de la República de asegurar la integridad del orden constitucional, mediante el uso de las vías procesales ordinarias y extraordinarias consagradas en la ley...*”.

Establecido lo anterior, y en atención a los hechos denunciados por la parte recurrente, los cuales se reproducirán a continuación, procede esta Sala de Casación Social a dar continuidad al análisis y resolución del presente recurso de control de la legalidad en la forma siguiente:

-

ÚNICO

Arguye la parte recurrente, que la sentencia que pretende sea revisada viola flagrantemente normas de orden público y es contraria a la reiterada doctrina de esta Sala, lo cual la hace ilegal y nula de nulidad absoluta.

Señala que el juez superior debió advertir, aún en los exiguos recaudos que formaban el cuaderno de medidas remitido, que en la incidencia de apelación que resolvía están involucrados derechos fundamentales de los hijos de la solicitante de la medida. Que en todo caso, tampoco advirtió el juez la errada fundamentación del recurso de apelación interpuesto, ya que ninguno de los argumentos de hecho o de derecho invocados por el apelante en su escrito, encuadran en los supuestos de hecho tipificados en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, como vicios de la sentencia de la primera instancia, base fundamental para reponer la causa, confirmar, modificar, revocar la sentencia cuestionada.

Que de conformidad con el ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 *ejusdem*, aplicados por remisión, alega que el juez superior incurrió, en una causal de nulidad, por no cumplir con los requisitos de forma de toda sentencia establecidos en el artículo 243, numeral 5 del referido código; pues debió dejar sentado de forma expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las defensas opuestas el mérito de la controversia de la incidencia.

Continúa señalando que, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 *eiusdem*, la Alzada incurrió en un error de interpretación y de errónea aplicación de los artículos 2, 5, 10, y 12 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas y la sentencia dictada por esta Sala de fecha 4 de julio de 2016, en el expediente n.º 2015-0000701, al considerar en una parte de la motiva del fallo cuestionado, que el referido decreto favorece al ciudadano Gregory José Gómez Gómez, por estar ocupando el inmueble objeto de la medida de desalojo y haber alegado que el mismo constituye el domicilio conyugal, indicando que no consta que la ciudadana María Lorena Dávila Ordóñez, haya consignado en los autos prueba de haber agotado el procedimiento administrativo requerido para solicitar la medida de desalojo consagrado en su artículo 5.

Finalmente, solicita que se anule la sentencia cuestionada y se confirme la medida de desalojo decretada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Bolivariano de Mérida de fecha 3 de febrero de 2016, para restablecer la situación jurídica infringida.

Ahora bien, a los fines de verificar lo aseverado por la parte recurrente, se hace necesario transcribir lo establecido por el sentenciador de la recurrida, en los términos expuestos a continuación:

(...) CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En el caso sub iudice, el *thema decidendum* radica en determinar si la medida innominada de desalojo dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de este Circuito Judicial, era procedente o no en la presente causa, y a tal efecto se observa:

La presente demanda versa sobre el procedimiento de divorcio ordinario, intentada por la ciudadana MARÍA LORENA DÁVILA ORDOÑEZ, asistida por el abogado ALBERTO JOSÉ NAVA PACHECO, en contra del ciudadano GREGORY JOSÉ GÓMEZ GÓMEZ, plenamente identificado en autos, este último sobre quien recae la medida de desalojo decretada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de este Circuito Judicial (Sic)

Al respecto, se hace necesario para esta alzada realizar las siguientes consideraciones:

El desalojo es el acto mediante el cual se despoja a una persona de la posesión material de un inmueble por orden de la autoridad gubernativa o judicial, en ejecución de una resolución que declare el desahucio del arrendatario o del poseedor precario o como presupuesto previo a la entrega de la posesión al nuevo adquirente en procesos de enajenación forzosa de bienes inmuebles o de expropiación en favor de la administración pública.

Al respecto, establece el artículo 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, lo siguiente:

(Omissis)

En tal sentido, es determinante comprender que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, por mandato expreso de las disposiciones legales previstas en dicho decreto, rige para todo tipo de pretensiones cuya ejecución, en caso de ser consideradas procedentes como en el caso in comento, pudieran derivar, como ya se expresó, en una decisión cuya práctica material comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda principal, de modo que el decreto no rige solo para los arrendatarios, comodatarios u ocupantes, sino que por el contrario es susceptible de afectar todo tipo de juicios que pudieran derivar en la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda principal, y de ese modo fue interpretado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia bajo Ponencia Conjunta, en sentencia N° RI.000175 de fecha 17 de abril de 2013, expediente N° AA20-C-2012-0000712, en los siguientes términos:

(Omissis)

En este orden de ideas, y de la revisión de las presentes actuaciones que constan a los autos se evidencia que el caso en concreto, versa sobre una medida decretada en un juicio contencioso de divorcio ordinario, que está constituida por un bien inmueble, constituido por un apartamento cuya identificación se da plenamente por reproducida en este acto, encontrándose en este caso el demandado ciudadano GREGORY JOSÉ GÓMEZ GÓMEZ, ocupando dicho inmueble, argumentado de que el mismo constituye el domicilio conyugal.

Es por ello que se contempla el procedimiento administrativo para intentar este tipo de procedimientos, ya sea directamente o a través de medidas cautelares. Al respecto consagra el artículo 12 del referido decreto, lo siguiente:

(Omissis)

Asimismo, el artículo 10 eiusdem dispone:

(Omissis)

Igualmente, en Sentencia dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 04 de julio de 2016, Exp. 2015-000701, con ponencia del Magistrado Guillermo Blanco Vásquez, se estableció que:

(Omissis)

Del criterio jurisprudencial antes enunciado que este tribunal comparte se desprende que la exigencia del agotamiento de la vía administrativa frente a cualquier medida preventiva o ejecutiva, administrativa o judicial, que pudiese comportar la pérdida de la posesión, ocupación o tenencia de inmuebles destinados a vivienda antes de acudir a los órganos jurisdiccionales, constituye un requisito de admisibilidad sine qua non para acudir a la vía jurisdiccional, tal y como se prevé en el artículo 10 de la Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas. Así queda establecido.

En tal sentido, de la revisión de la presente causa, se evidencia de las actas, autos y demás actuaciones que la conforman, que no consta que la ciudadana MARÍA LORENA DÁVILA ORDOÑEZ haya consignado a los autos prueba que hay agotado el procedimiento administrativo requerido para solicitar la medida de desalojo, motivo por el cual, esta alzada apegado a los procedimientos legalmente establecidos para ello y garante del ejercicio de las facultades conferidas por las Leyes de la República Bolivariana de Venezuela, como director del proceso y conforme al principio constitucional del proceso como

instrumento para la realización de la justicia, sin formalismos inútiles y causas que posteriormente conduzcan a declarar improcedente una acción, no observa que se haya agotado el procedimiento administrativo al que hace referencia el artículo 5 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas; por lo que a las consideraciones antes señaladas, este Tribunal Superior declara con lugar el presente recurso, como efectivamente lo hará en la dispositiva del fallo. Así se decide.

Este operador de justicia, exhorta a las partes involucradas en la presente causa a abstenerse a proferir actos, palabras y cualquier otra ofensa que vaya en contra del buen honor y reputación en contra de unas de las partes, todo ello con el fin del respeto que debe existir entre cada una de las partes como de sus asistencias técnicas jurídicas.

DISPOSITIVA

En mérito de las anteriores consideraciones, este Tribunal Superior del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara: PRIMERO: Con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente, contra la sentencia proferida por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, en fecha 11 de julio de 2016. SEGUNDO: Nula la sentencia recurrida. TERCERO: Sin lugar la medida de desalojo, solicitada por la ciudadana MARÍA LORENA DÁVILA ORDOÑEZ, en contra del ciudadano GREGORY JOSÉ GÓMEZ GÓMEZ. CUARTO: Como consecuencia de la declaratoria anterior, se suspende la ejecución de la medida y ordena a la parte recurrida ciudadana MARÍA LORENA DÁVILA ORDOÑEZ, que consigne a los autos el mandamiento de ejecución forzosa de desalojo librado en la presente causa. QUINTO: Por la naturaleza del fallo no hay condenatoria en costas. SEXTO: Remítase el presente expediente al tribunal de origen en su oportunidad legal. (...)

Del extracto de la recurrida antes transcrito, se desprende que efectivamente el sentenciador de alzada declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el demandado, anuló la sentencia recurrida, declaró **“sin lugar la medida de desalojo”** y suspendió la ejecución de la misma, al considerar que la procedencia de la medida en sede judicial estaba supeditada al cumplimiento del procedimiento administrativo previo, contemplado en el Decreto n.º 8.190 con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, quedando establecido en dicho fallo que la parte solicitante de la medida no había agotado el procedimiento administrativo *in comento*.

Al hilo de lo antes señalado, estima pertinente esta Sala traer a colación lo dispuesto por el legislador en el artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, en el cual el legislador establece lo siguiente:

Artículo 10. Cumplido el procedimiento antes descrito, independientemente de la decisión, las partes podrán acceder a los órganos jurisdiccionales competentes para hacer valer sus pretensiones. No podrá acudir a la vía judicial sin el cumplimiento previo del procedimiento previsto en los artículos precedentes.

De la norma *supra* transcrita, se evidencia claramente que previo a cualquier trámite judicial tendiente al desalojo de un inmueble destinado a vivienda, debe en principio agotarse el procedimiento administrativo contemplado en el Decreto n.º 8.190 con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, siendo este un mandato de carácter imperativo y de obligatorio cumplimiento.

En cuenta de ello, resulta evidente que el Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, consideró al ciudadano GREGORY JOSÉ GÓMEZ GÓMEZ, como uno de los sujetos de protección especial contemplados en el artículo 2 del mencionado decreto con fuerza de Ley, procediendo a

declarar con lugar el recurso de apelación elevado y sometido a su conocimiento, y suspender la ejecución de la medida de desalojo dictada por el juez de primera instancia.

Al margen de lo anterior, por tratarse el presente asunto de un juicio de divorcio contencioso en el cual están involucrados los derechos de los hijos menores de edad de los cónyuges (S.J. y M.G., cuyos nombres se omiten de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) quienes son sujetos de protección especial tal como lo establece Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, considera prudente esta Sala extender el estudio del caso, en el sentido de precisar el impacto de la decisión tomada por el juez de alzada en la esfera jurídica de los mismos, con preponderancia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, a la luz de la referida Ley especial que rige la materia, así como de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Determinado lo anterior, es pertinente destacar y reflexionar en cuanto al contenido y alcance del artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, norma que consagra uno de los principios de interpretación y aplicación de dicho texto legal, al disponer:

Artículo 8. Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes

El Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Parágrafo Primero. Para determinar el Interés Superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes.
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

Parágrafo Segundo. En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Se desprende con claridad de la norma antes transcrita que el principio *in commento* está dirigido a “*asegurar el disfrute pleno y efectivo*” de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual puede afirmarse que se encuentra estrechamente vinculado con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que, como se ha reiterado en múltiples ocasiones por esta máxima instancia, comprende tres aspectos fundamentales: i) La libertad de acceso a la justicia, ii) El obtener una sentencia motivada y fundada, en un tiempo razonable, y iii) Que esa sentencia **sea ejecutable**, es decir que esa sentencia **se haga efectiva**.

En consecuencia, asegurar el disfrute pleno y efectivo de los derechos y garantías de niños y adolescentes, implica que en cada caso en concreto debe dictarse una sentencia de posible cumplimiento, por lo que el órgano judicial en esta especial materia debe velar porque el ejercicio del derecho tutelado se haga lo menos gravoso y dispendioso posible.

En sintonía con lo precedentemente expuesto, resulta igualmente acertado traer a colación lo establecido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante decisión n.º 1917 dictada en fecha 14 de julio de 2003, en el expediente

signado con el n.º 02-2865, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero (Caso: *José Fernando Coromoto Angulo y Rosalba María Salcedo De Angulo*) cuyo tenor es el siguiente:

(...) El concepto “interés superior del niño” constituye un principio de interpretación del Derecho de Menores, estructurado bajo la forma de un concepto jurídico indeterminado. La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en el caso RCTV-Hola Juventud, decisión del 5 de mayo de 1983, caracterizó los conceptos jurídicos indeterminados como “... conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma.”

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (Curso de derecho administrativo. Madrid. Ed. Civitas. 1998. Tomo I. p. 450) enseñan respecto del tema de los conceptos jurídicos indeterminados que:

“ ... la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

“... Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley ...”. (Sic)

El “interés superior del niño”, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

El concepto jurídico indeterminado “interés superior” del niño se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, junto al de cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el Derecho de Menores y le diferencian de las restantes ramas de la Ciencia del Derecho, cual es el principio eminentemente tuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir (MENDIZÁBAL OSES, L. Derecho de menores. Teoría general. Madrid. Ed. Pirámide. 1977. p. 49)

Por ello, el “interés superior del niño” previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social.

Si la Constitución, en su artículo 78, habla de que “*El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan*” y el parágrafo segundo del artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente dicen que “*En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*” ¿Implica lo anterior que el concepto jurídico indeterminado “Interés superior” del niño se antepone a cualquier otro derecho subjetivo o interés legítimo de los ciudadanos? No, sólo significa que, bajo ningún concepto, ha de prevalecer, en el Derecho de Menores, otro interés que el que la propia Ley tutela: El del niño y el del adolescente, sin obviar que dicho interés debe aplicarse en forma adecuada y razonable respetando el resto del sistema constitucional y legal, ya que no puede llevar a subvertir o derogar implícitamente las demás normas del ordenamiento jurídico, y así se declara.

En casos como el presente, el Juez constitucional debe ser cauteloso, pues detrás de la alegación de conceptos jurídicos indeterminados como el del “interés superior del niño”, independientemente de su evidente y legítimo

carácter tuitivo hacia los menores de edad, pueden escudarse y configurarse auténticos supuestos de fraude a la Ley, con miras a desvirtuar el proceso y su fin último, cual es la consecución de la justicia. (...)

En atención al contenido de la sentencia que antecede, en la cual se desarrolló de forma amplia y precisa el análisis respecto del contenido, alcance y aplicación integral del principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, contemplado en el precitado artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, resulta evidente la labor acuciosa y discriminativa que debe desplegar el operador de justicia al momento de proferir un fallo en los casos que involucren a niños, niñas y/o adolescentes, pues tal decisión ciertamente debe influir en la esfera jurídica de estos como sujetos de protección de dicha ley especial.

En tal sentido, si bien es cierto que dicha labor debe estar totalmente apegada al marco legal, no debe en ningún momento dejar de lado el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el cual constituye un principio fundamental dentro del nuevo paradigma legal a la luz de nuestra Carta Magna. Así lo ha hecho saber la Sala Constitucional en sentencia n.º 852 del 19 de junio de 2012 (caso: *Daniel Nepalí Dávila Pernía*), cuando dice que “... *en materia de Niños, Niñas y Adolescentes, debe prevalecer el interés superior de éstos, y la verdad sobre las formas no esenciales, para asegurar su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos y deberes. De allí que, de existir conflictos entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros, en aplicación precisamente del principio en cuestión, esto es: el interés superior del niño, principio que no se agota en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, sino que va mucho más allá integrándose con las expresiones que del mismo formaliza la Constitución y los convenios y tratados internacionales en la materia suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela. ...*”

En este contexto, es menester destacar el contenido del artículo 82 Constitucional, el cual es del tenor siguiente:

Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos. El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas. (Destacado de la Sala).

La norma *in commento*, se encuentra inserta en el ámbito de los derechos sociales y consagra la obligación compartida del Estado venezolano, en conjunto con sus ciudadanos y ciudadanas, de satisfacer progresivamente **el derecho de toda persona a una vivienda digna**, otorgándole prioridad a las familias para el acceso a las políticas sociales de adjudicación de viviendas y a las crediticias para la construcción, adquisición o ampliación de las mismas. Personas entre las cuales evidentemente se encuentran los niños, niñas y adolescentes, con las prerrogativas derivadas del principio de interés superior antes desarrollado, de las cuales estos gozan como sujetos a proteger según la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Así las cosas, habida cuenta de la contraposición de intereses existentes entre el progenitor como ocupante del inmueble y sus hijos como sujetos plenos de derecho que por intermedio de su madre como representante y en ejercicio del atributo de custodia, aducen la necesidad de ocupar como vivienda el inmueble objeto de la medida de desalojo, concluye esta Sala que bien pudo el juez de alzada adoptar una decisión distinta, ajustada a derecho sin dejar de lado el interés superior de los niños de autos.

En el caso bajo estudio, el ciudadano GREGORY JOSÉ GÓMEZ GÓMEZ, aduce que ha venido ocupando el inmueble en cuestión como vivienda principal desde que contrajera matrimonio con la ciudadana MARÍA LORENA DÁVILA ORDOÑEZ, señalando además que en la actualidad no tiene otra vivienda de la cual disponer, aunque reconoce que eventualmente deberá abandonar el bien en cuestión (*Vid pág. 29*); debiendo cumplirse, a su decir, con el procedimiento administrativo previo establecido en el supra analizado Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas.

Así mismo, el demandado reconoce que el bien que actualmente ocupa es de la exclusiva propiedad de la actora, quien lo adquirió con anterioridad al matrimonio y sobre el cual pesan capitulaciones matrimoniales celebradas por los cónyuges.

Al respecto, considera oportuno esta Sala traer a colación lo previsto en el Código Civil sobre régimen de bienes de los cónyuges, en sus artículos 148, 149 y 151, en los cuales se estableció lo siguiente:

Artículo 148.- Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio.

Artículo 149.- Esta comunidad de los bienes gananciales comienza precisamente el día de la celebración del matrimonio; cualquiera estipulación contraria será nula.

Artículo 151.- Son bienes propios de los cónyuges los que pertenecen al marido y a la mujer al tiempo de contraer matrimonio, y los que durante éste adquieran por donación, herencia, legado o por cualquier otro título lucrativo. Son también propios los bienes derivados de las acciones naturales y la plusvalía de dichos bienes, los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges, así como los vestidos, joyas y otros enseres u objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o el marido. (Destacado de la Sala).

Con vista a la normativa legal antes citada, resulta evidente que el bien inmueble objeto de la medida de desalojo solicitada por la parte actora y recurrente, es de su exclusiva propiedad pues fue adquirido por ella en fecha 20 de diciembre de 2004, y no fue sino hasta fecha 26 de septiembre de 2007, que la misma contrajo matrimonio con el demandado, tal como se constató de las actas procesales. Aunado ello, las partes celebraron capitulaciones matrimoniales a tenor de los artículos 141, 142, 143 y 144 del Código Civil.

Por otra parte, la ciudadana MARÍA LORENA DÁVILA ORDOÑEZ, progenitora que detenta la custodia de los niños de autos, manifiesta la necesidad de ocupar como vivienda el mencionado inmueble de su entera propiedad, reclamando dicho derecho para sí y sus menores hijos, quienes hasta el momento han vivido con ella en el domicilio de su abuela materna, en tanto el progenitor ha disfrutado enteramente de la vivienda. En razón de lo cual, siendo que fue en un juicio divorcio contencioso en el cual se originó la incidencia, cuya resolución aquí se discierne, el tribunal de primera instancia estaba facultado para dictar cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 191 del Código Civil, incluyendo medidas cautelares de carácter provisional de uso de vivienda familiar, por aplicación supletoria conforme al artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con el artículo 466 de dicha Ley.

Ante esta situación considera la Sala que debe prevalecer el interés superior de los niños de autos, a quienes debe garantizárseles con prioridad respecto de su progenitor, el derecho constitucional a “*una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias*” como lo establece nuestra Carta Magna en su artículo 82, y en tal virtud, tomando en cuenta el

derecho preferente de los niños de autos, considera que son estos quienes deben habitar el inmueble en cuestión, para así garantizarles de manera plena el derecho a una vivienda. Así se declara.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, es evidente que en el presente caso no se trata de un desalojo que deba regirse por el procedimiento especial establecido en la Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, pues al estar en juego la protección especial de los niños S.J. y M.G -cuyos nombres se omiten de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes- al tratarse de la afectación del derecho a la vivienda familiar, su regulación debe hacerse en base a las amplias facultades inquisitivas de los jueces de protección para prohijar el disfrute y goce a este derecho constitucional a favor de niños, niñas y adolescentes, en los casos de divorcio contencioso donde aparezcan involucrados. Así se declara.

En tal sentido, a los fines de garantizar el disfrute pleno de los derechos de los beneficiarios de autos, especialmente el derecho a la vivienda adecuada tal y como se expuso con anterioridad en el presente fallo, pues esto guarda estrecha relación con fondo de lo debatido en el recurso de control de la legalidad; considera de vital importancia esta Sala de Casación Social dilucidar lo concerniente al establecimiento de una medida cautelar que garantice tal derecho en el marco del interés superior de los mismos y por supuesto dentro de los límites legales.

Ahora bien, es necesario precisar que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispone de normas que facultan a los jueces competentes en materia de protección a dictar medidas preventivas, como parte de la potestad cautelar de la que estos tienen, así como sus amplios poderes en materia de protección, tal y como se desprende del artículo 466 *ejusdem*, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 466. Medidas preventivas

Las medidas preventivas pueden decretarse a solicitud de parte o de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. **En los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de esta Ley, es suficiente para decretar la medida preventiva, conque la parte que la solicite, señale el derecho reclamado y la legitimación que tiene para solicitarla.** En los demás casos, sólo procederán cuando exista 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.

Parágrafo Primero. El juez o jueza puede ordenar, **entre otras**, las siguientes medidas preventivas:

- a) Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza.
- b) Restitución de la Custodia al padre, la madre o terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza en caso de retención indebida del niño, niña o adolescente.
- c) Custodia provisional al padre, la madre o a un familiar del niño, niña o adolescente.
- d) Régimen de Convivencia Familiar provisional.
- e) Colocación familiar o en entidad de atención provisional durante el trámite del procedimiento de colocación familiar.
- f) Separación de la persona que maltrate un niño, niña o adolescente de su entorno.
- g) Retención del pasaporte del niño, niña o adolescente.
- h) Restitución de bienes o enseres del hogar propiedad del niño, niña o adolescente, de su madre o padre, para garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado.
- i) Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.

Parágrafo Segundo. Las medidas preventivas también pueden ser solicitadas en forma previa al proceso y, en este caso, es obligación de la parte presentar la demanda respectiva dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida. Para estos efectos no se exige garantía, pero si la demanda no se presentare o el juez o jueza determina infundada la solicitud, de ser procedente condenará al pago de los daños y perjuicios causados. Si no consta en autos la presentación de la demanda en el plazo previsto, se revocará la medida preventiva al día siguiente. (Destacado de la Sala)

La norma antes citada en principio enuncia alguna de las medidas preventivas que el juez de protección puede decretar en cualquier estado y grado de aquellos procesos en los cuales tenga competencia en virtud de la existencia de un niño, niña o adolescente dentro de los sujetos que integran la relación jurídico procesal, bien sea su participación como legitimado activo o pasivo. Igualmente, hace énfasis en que en los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de dicha Ley, es suficiente para decretar la medida preventiva, conque la parte que la solicite, señale el derecho reclamado y la legitimación que tiene para solicitarla.

Aunado a ello, del texto de la mencionada disposición legal se patentiza el hecho que el juez de protección no está limitado a proveer únicamente las medidas allí señaladas, sino que bien puede dictar otras medidas contempladas en dicha Ley o en otros cuerpos normativos, incluso medidas de carácter innominadas, siempre y cuando estén ajustadas a derecho y que puedan ser aplicables de manera supletoria conforme a lo previsto en el artículo 452 *eiusdem*.

En virtud de ello, visto que como se indicó con anterioridad la incidencia de la cual devino el presente recurso de control de la legalidad tuvo origen en un juicio de divorcio contencioso, institución jurídica contemplada en el Código Civil, y dado que tal y como lo establece el artículo 191 del mencionado código, admitida la demanda el tribunal puede dictar provisionalmente entre otras medidas la “*autorizar la separación de los cónyuges y determinar cuál de ellos, en atención a sus necesidades o circunstancias, habrá de continuar habitando el inmueble que les servía de alojamiento común, mientras dure el juicio, y salvo los derechos de terceros*”, en el entendido que “*en igualdad de circunstancias, tendrá preferencia a permanecer en dicho inmueble aquel de los cónyuges a quien se confiera la guarda de los hijos*”, bien puede dictarse dicha medida provisional en protección de los beneficiarios de autos, lo cual comporta el **uso provisional** del inmueble por parte de uno de los cónyuges, en este caso la progenitora, dado que debe privar el interés superior de los hijos comunes, quienes se encuentran bajo la custodia de su madre.

En este orden de ideas y a mayor abundamiento, esta Sala debe puntualizar que, las medidas cautelares tienen un carácter temporal, más concretamente provisional y que a decir de Calamandrei, es de duración limitada por la concurrencia posterior de un hecho esperado, y en cierto sentido de composición y aseguramiento transitorio de la situación familiar.

Entre los elementos a verificar para la procedencia de las medidas cautelares, la doctrina tradicionalmente ha señalado el *periculum in mora*, el *fomus bonis iuris*, y la prestación de fianza. El *periculum in mora* es la base de las medidas cautelares, en virtud de un peligro de desprotección, el ordenamiento jurídico permite acudir a una medida que puede adelantarse a la función ordinaria de la jurisdicción, precisamente porque esperar el resultado que puedan dar los tribunales mediante un proceso ordinario puede producir un daño esperado, o que este daño se agrave durante la espera, y es la imposibilidad práctica de acelerar la resolución definitiva lo que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria

Por su parte, el peligro se concreta en circunstancias objetivas recogidas en el ordenamiento jurídico, o bien puede ser un peligro cuya existencia presuma la propia Ley, siendo que en general es algo objetivo que deriva de la propia naturaleza del *processus iudicii* y del hecho de que esta no pueda ser instantánea.

En cuanto a la contra cautela o prestación de fianza, es una exigencia habitual pero no absoluta y que en el ámbito de las relaciones familiares, este afianzamiento no es exigible, dada la naturaleza no mesurable económicamente de las situaciones a tutelar como en el caso *sub iudice*.

En suma, la protección del menor es uno de los fundamentos del orden social y por lo tanto del proceso, lo que supone que los elementos del proceso afectados por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes se regirán por el principio inquisitivo y no por el principio dispositivo.

En este sentido, en los procesos de divorcio en que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes, es posible adoptar cualquier medida provisional o definitiva que favorezca a los mismos y en defecto de algún acuerdo entre las partes, el uso de la vivienda y del mobiliario correspondería a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

En consecuencia, en virtud de los razonamientos precedentemente expuestos es por lo cual resulta forzoso para esta Sala de Casación Social, declarar con lugar el recurso de control de la legalidad anunciado por la parte actora, y en consecuencia anula el fallo recurrido. Así se declara.

Finalmente, esta Sala estima igualmente necesario a fin de garantizar la protección debida a los beneficiarios del presente caso, decretar: **MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER PROVISIONAL DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**, de conformidad con lo previsto en el artículo 191 del Código Civil, aplicado supletoriamente de conformidad con el artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en beneficio de los hijos menores de edad de los cónyuges (S.J. y M.G., cuyos nombres se omiten de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) quienes en compañía de su madre habitarán de forma provisional la vivienda constituida por un apartamento identificado con el n.º C4-C, Torre C, Piso T4, del Conjunto Residencial Agua Santa, ubicado en la Urbanización El Rosario, Sector Santa Bárbara, Jurisdicción del Municipio Libertador del Estado Mérida. Así también se declara.

DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de control de la legalidad propuesto por la ciudadana **MARÍA LORENA DÁVILA ORDOÑEZ**. Por consiguiente; **SEGUNDO: ANULA** el fallo recurrido dictado en fecha 11 de enero del año 2017 por el Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, y **TERCERO: DECRETA** Medida Cautelar de Carácter Provisional de Uso de la Vivienda Familiar, en beneficio de los menores S.J. y M.G., cuyos nombres se omiten de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

No hay condenatoria en costas dada la naturaleza del presente fallo.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente al Tribunal Primero de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, para que se sirva ejecutar la medida aquí dictada y demás fines legales conducentes. Particípese de esta decisión, junto con copia certificada de este fallo, al Juzgado Superior de origen, anteriormente identificado.

Dada, firmada y sellada en la sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Caracas a los nueve (9) días del mes de abril del año 2018. Años 207º de la Independencia y 159º de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente de la Sala,

El Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

La-

Magistrada,

El Magistrado Ponente,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO A. MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

ÁNGELA MARÍA MORANA GONZÁLEZ

R.C.L. N° AA60-S-2017-000169

Nota: Publicada en su fecha a

La Secretaria,