

Steven Mishkin Pesin vs. María Teresa Osorio Rodríguez. Sentencia No. 01543, 18/07/2001. Exp. No. 0719. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
Carlos Alberto Abad Ruiz vs Carmen Elisa Troconis Mendoza. Sentencia No. 00242, 23/03/2004. Exp. No. 2004-0145. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
Giancarlo Salvatore Rosignoli vs María Krelya Martínez Alfonso. Sentencia No. 02822, 14/12/2004. Exp. No. 2004-0896. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

MEDIDAS PROVISIONALES DE PROTECCIÓN DE PERSONAS

Eugenio Hernández-Breton

ARTÍCULO 43

Los Tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio.

SUMARIO

I. *FORUM NECESITATIS*. II. MEDIDAS A DECRETAR.
JURISPRUDENCIA.

I. *FORUM NECESITATIS*

El artículo 43 de la LDIP establece un *forum necessitatis* para hacer frente a “urgentes problemas de la vida diaria” (Parra-Aranguren, 1998: 266). Se trata de una disposición que remonta su origen al Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado 1963-1965 de donde luego pasó a ser el artículo 58 del Código de Procedimiento Civil de 1986. Como tal, es anterior a todos los desarrollos en materia de amparo constitucional con los cuales se le ha querido vincular después de que la disposición en comentario fue incorporada al Código de Procedimiento Civil de 1986 (Rondón de Sansó, 1988: 24). Ver al respecto Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, 23/5/1990, Banque Worms, S.A. y otro v.

Balandra International Inc. (Gaceta Forense, 1990: 148-I, 432-437). La disposición en comentario, sin mención alguna en la Exposición de Motivos de la LDIP, está pensada principalmente para evitar casos de denegación de justicia ante la imperiosa necesidad de dictar medidas provisionales en casos para los cuales la jurisdicción venezolana sobre el mérito del asunto no está dada de conformidad con alguno de los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en los artículos 39 a 42 o en otras disposiciones especiales.

Por su parte, la figura del amparo constitucional ha sido considerada por la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como una acción para la cual los tribunales venezolanos tienen jurisdicción en atención a la materia protegida, valga decir en atención al carácter constitucional de los derechos tutelados. Por tanto, la situación regulada en el artículo 43 no se plantea. Ver sentencia de 4/7/2002, Four Seasons Caracas, C.A. (JRG, 2002: T. CXC, 100).

De la misma manera, tampoco puede decirse que el artículo 43 sea posterior a la disposición algo parecida, pero mucho más amplia y detallada, contenida en el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP-II, Montevideo, 1979), para esta fecha (marzo, 2003) todavía no vigente para Venezuela. Dicho artículo establece:

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual. Esto se aplicará cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente de alguno de los Estados Partes para conocer el fondo del asunto siempre que el bien o derecho objeto de dicha medida se encuentre dentro del territorio sujeto a la jurisdicción de la autoridad a la cual se le solicite. Si el proceso estuviese pendiente, el tribunal que decretó la medida deberá comunicarla de inmediato al juez o tribunal que conoce de lo principal.

Si el proceso no se hubiese iniciado, la autoridad jurisdiccional que ordenó la medida fijará un plazo dentro del cual deberá el peticionario hacer valer sus derechos en juicio, ateniéndose a lo que en definitiva resuelva sobre los mismos el juez internacionalmente competente de cualquiera de los Estados Partes.

Una disposición como la de la Convención solo se justifica en el contexto de un tratado internacional, capaz de regular de manera uniforme el

ejercicio de la jurisdicción en estos casos. De esta forma es que se explica que la regulación del artículo 43 de la LDIP sea mucho más modesta en su alcance y más sencilla en su formulación, pues tan solo podía limitarse a fijar los cánones de actuación de los tribunales venezolanos, sin poder imponer mandato alguno a tribunales extranjeros (En sentido contrario ver la sentencia de la CSJ/SPA del 23/5/1990, antes citada. Acerca del artículo 10 de la Convención en comentario ver Quiroga Cubillos, 1991: 365).

Se trata de un problema ya anteriormente visualizado en otros sistemas. En el antiguo Derecho francés y en Alemania los tribunales se arrogaban jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de personas no domiciliadas en esos países y sobre las cuales no tenían, en principio, jurisdicción (Lequette, 1976: 135). En España, el artículo 22.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: "En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:....5°. Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España." Ya el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores en su artículo 9.1° establecía: "En todos los casos de urgencia adoptarán las medidas necesarias de protección las autoridades de todo Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el menor o los bienes que le pertenezcan." Por su parte, el artículo 24 del Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil estatuye: "Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo" (Carrillo Pozo, 1994: 428; Fuentes Camacho, 1996: 110; Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, 2000: 229; Collins, 1992: T.II, 9; Kropholler, 1993: 253).

El artículo 43 establece la jurisdicción venezolana en materia de acciones precautorias (Alsina, 1956: T. I, 361). Fija tal jurisdicción solo por lo que respecta a la posibilidad de dictar la medida provisional para los casos que la jurisdicción venezolana sobre el fondo del asunto no esté dada de conformidad con los artículos 39 a 42 de la LDIP o en otras disposiciones especiales.

El ejercicio de la jurisdicción regulado por el artículo 43 de la LDIP no está sometido al presupuesto de la pendencia o eventualidad de un proceso

en el extranjero (En contra Rondón de Sansó, 1988: 25; Quintero Tirado, 1997: 443, 452, 466). Las medidas provisionales a ser dictadas, en consecuencia, no se ciñen por los presupuestos comunes a las medidas cautelares en general. En este sentido, no se exige el *pendente lite*.

II. MEDIDAS A DECRETAR

La jurisdicción dada a los tribunales venezolanos por el artículo 43 se limita a la potestad de dictar medidas provisionales de protección de personas que se encuentren en el territorio del país. La noción de medidas provisionales, en tantos actos de naturaleza claramente procesal, viene fijada por el Derecho Procesal Civil venezolano (Quintero Tirado, 1997: 466); en igual sentido el artículo 78 del Código Bustamante para el caso de medidas provisionales en caso de ausencia. No obstante, la posibilidad de aplicación de las medidas provisionales establecidas en el Derecho extranjero que hipotéticamente pueda regir la cuestión principal no queda descartada, pues deberá respetarse la protección que pueda brindar ese sistema jurídico (Así, por ejemplo el Art. 79 del Código Bustamante al señalar que sin perjuicio de la aplicación de las medidas provisionales del foro, la representación del presunto ausente se designará según su ley personal). La determinación del derecho aplicable se efectuará de conformidad con lo previsto en las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado que resulten aplicables al caso concreto. De esta manera, las medidas provisionales admisibles serán tanto las permitidas por la *lex fori* como por la *lex causae*.

Las únicas medidas provisionales que pueden dictarse en atención a lo dispuesto en el artículo 43 son aquellas de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República. En tal sentido, las medidas deben recaer sobre las personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, aunque en este último caso podría darse la jurisdicción sobre el fondo del asunto ex-artículo 42 de la LDIP y, de tal manera, resultar inaplicable el artículo 43. Se exige, en todo caso, la presencia en territorio venezolano de la persona objeto de la medida provisional. La noción de territorio venezolano vendrá fijada por los artículos constitucionales relevantes (Arts. 10 ss. de la Constitución de 1999). El artículo en examen no exige que la persona sobre la cual recaerá la medida provisional haya ingresado legalmente y haya permanecido en tal carácter.

La medida ha de recaer sobre el cuerpo de la persona (separación de domicilio conyugal, depósito de persona, etc.) o sobre la voluntad de la

misma (suspensión de decisiones de asamblea de accionistas, etc.) (Quiroga Cubillos, 1991: 81). No podrán decretarse medidas que tienen por objeto principal afectar bienes o derechos de las personas, sino tan solo en la medida en que sean consecuencia de la protección de la persona (Rondón de Sansó, 1988: 28; sin embargo, ver esa misma página *in fine* Quintero Tirado, 1997: 466).

La LDIP no señala expresamente la competencia por el territorio para el caso en que la jurisdicción se asuma según lo previsto en el artículo 43 de la LDIP. Sin embargo, el texto del artículo 48 hace aplicables las disposiciones de los artículos 49, 50 y 51 de esa Ley, sin excluir la aplicación de otros criterios de competencia territorial fijados en otras leyes ex-artículo 52 de la LDIP. Tratándose de medidas provisionales de protección de personas será el artículo 51 el que realmente desempeñe una función útil. El procedimiento a seguir para dictar la medida provisional será el fijado por la ley venezolana (Art. 56 de la LDIP).

JURISPRUDENCIA

Conforme a la legislación de Derecho Internacional Privado vigente, no se requiere la revisión del fondo del litigio contenido en la sentencia extranjera para concederle eficacia territorial. En este caso, la sentencia extranjera firme aunque no goza de efectividad hasta su ratificación por vía de exequátur, si es un indicio de la existencia de un Derecho y del debate judicial del que ha sido objeto. En lo que respecta al *periculum in mora*, su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento de Derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendientes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

Eduardo Pérez García Vs. IPA Industria Productos Asfálticos y F. Haas & Cía Sers., C.A. Sentencia No. 00162, 05/02/2002. Exp. No. 0080. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

En el mismo sentido:

Arthur Little, Inc. Y Arthur D. Little International, Inc. Vs. Dooyang Corporation, Dooyang America, Inc. Y Dooyang International, Inc. Sentencia No. 465, de fecha 13/05/1999. Exp. No. 15370. Magistrado Ponente: Hermes Harting.