

Mecanismo de ejecución de las medidas cautelares extranjeras¹

Elba Rosa Fermín Mata²

Resumen

Este trabajo constituye un análisis de los mecanismos de ejecución de las medidas cautelares dictadas por autoridades extranjeras, de conformidad con el sistema venezolano de Derecho internacional privado. Por lo que se estudió la naturaleza de la tutela cautelar; los mecanismos propuestos por la doctrina para su ejecución; y se realizó una comparación entre la legislación venezolana y la uruguaya con relación a la ejecución de estas, vislumbrando la necesidad actual de un sistema armónico que regule las medidas cautelares extranjeras, y a entender que en el sistema venezolano se debe propiciar una regulación autónoma sobre la base de la cooperación cautelar internacional, que resuelva los temas aparejados a esta figura.

Abstract

This thesis constitutes an analysis of the mechanisms to enforce the precautionary measures issued by foreign authorities according to the Venezuelan's Private International Law system. In order to achieve this goal, we studied the nature of the precautionary measures, the mechanisms proposed by the scholars for their enforcement and a compared analysis between the Uruguayan and Venezuelan legal systems, discovering the current necessity of an harmonic system that regulates the foreign precautionary measures, according to the international cooperation, that could resolve any issue related with this topic.

Palabras clave

Medidas cautelares. Cooperación cautelar internacional. Exequátur. Exhortos o cartas rogatorias.

Sumario

Introducción. I. La naturaleza de la tutela cautelar. A. Definición de medidas cautelares. B. Terminología. C. Características de las medidas cautelares. 1. La provisionalidad. 2. La sumariedad. 3. La urgencia. 4. La revocabilidad o variabilidad. 5. La inexistencia de la cosa juzgada. 6. El principio de adecuación de las medidas cautelares. 7. La judicialidad. 8. *Inaudita alteram pars*. 9. La instrumentalidad. D. Teorías

¹ Trabajo defendido, aprobado y calificado como excelente el 20 de junio de 2017. Actuó como tutora la profesora Claudia Madrid Martínez y la acompañaron, como miembros del jurado, los profesores Eugenio Hernández-Bretón y Javier Ochoa.

² Abogada *Magna Cum Laude* y Licenciada en Estudios Internacionales, UCV. *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesora de Derecho Internacional Público III de la Escuela de Estudios Internacionales, UCV.

sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares. I. La medida cautelar como forma de acción. 2. La medida cautelar como proceso cautelar. 3. Las medidas cautelares como providencias cautelares. E. Clasificación de las medidas cautelares. II. Mecanismo para la ejecución de medidas cautelares extranjeras. A. Exequátur. 1. Posición de la doctrina. 2. Aspectos positivos. 3. Aspectos negativos. B. Exhortos o cartas rogatorias. 1. Posición de la doctrina. 2. Aspectos positivos. 3. Aspectos negativos. C. Posición mixta. D. Mecanismo aplicable para la tramitación de las medidas cautelares. III. Ejecución de las medidas cautelares extranjeras en el sistema venezolano y uruguayo. A. Tratados internacionales sobre medidas cautelares. 1. Tratados ratificados por Venezuela. a. Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros o Acuerdo Boliviano de 1911. b. Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante. 2. Tratados ratificados por Uruguay. a. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889. b. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940. c. Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. d. Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994. e. Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares. B. Normas internas en materia de medidas cautelares. 1. Normas internas venezolanas. 2. Normas internas uruguayas. C. Regulación de la ejecución de las medidas cautelares extranjeras. 1. Ley aplicable y jurisdicción competente en la ejecución de las medidas cautelares extranjeras. a. Procedencia de la medida cautelar. b. Ley aplicable a la ejecución. c. Jurisdicción en la esfera internacional del requirente en la cooperación cautelar. D. Jurisprudencia. 1. Jurisprudencia uruguayas. 2. Jurisprudencia venezolana. Conclusiones.

Introducción

El proceso comprende un conjunto de actos diversos a ejecutarse dentro del territorio donde se celebra, pero también, dado el constante desarrollo de las relaciones jurídico-privadas así como la flexibilización de las fronteras, es posible que algunos de estos actos deban realizarse en territorio extranjero. En estos casos, el juez que conoce del proceso debe recurrir a la colaboración que le puedan prestar los demás Estados, dado que este no tiene imperio sino dentro de su específico ámbito territorial.

La clasificación y realización de estos actos puede implicar mayor o menor complejidad dependiendo del grado de afectación a las personas o bienes, por lo cual las naciones han puesto gran interés en regularlos, con el fin de evitar que la realización del proceso sea afectada por las limitaciones

territoriales. De modo que se crearon mecanismos que permitan sortear dichas complejidades para dar mayor seguridad jurídica entre los ciudadanos involucrados en estos supuestos.

Dentro de estos actos destacan las medidas cautelares, cuya finalidad es prevenir el daño derivado del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva, asegurando la eficacia de la misma. Ellas abarcan todas aquellas medidas dispuestas por los tribunales, con el objeto de impedir actos de disposición o administración capaces de hacer ilusorio el resultado de un juicio.

La importancia de las medidas cautelares abarca la eficacia misma del proceso, que el fallo no llegue demasiado tarde y al final del juicio el vencedor no vea defraudado el derecho reclamado. Dicha relevancia no debe circunscribirse al ámbito territorial del juez que conoce la causa, sino que debe trascender a las fronteras. En este sentido, se hace necesario establecer mecanismos para regular su ejecución más allá de los límites territoriales.

Sin embargo, las medidas cautelares extranjeras dentro de Venezuela no cuentan con una regulación específica sobre la materia. De ahí la necesidad de realizar un acercamiento a los mecanismos para ejecutarlas cuando son dictadas por autoridades foráneas, dentro del sistema venezolano de Derecho internacional privado.

En tal sentido, las medidas cautelares extranjeras han resultado de suma complejidad dadas sus particularidades, estas han recibido un tratamiento diferente en las diversas legislaciones. Básicamente existen dos mecanismos para tramitarlas: por medio de los exhortos o cartas rogatorias o sometiénolas al procedimiento de exequátur. Ambos mecanismos plantean ventajas y desventajas que hacen cuestionables su utilización para la ejecución de estas medidas.

En atención a esta problemática, nos adentrarnos en el estudio de los mecanismos de ejecución de este acto procesal, planteándonos en el capítulo I desentrañar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares con el fin de establecer sus características, su elemento distintivo, como un paso para definir el mecanismo aplicable a esta institución. Por tal razón, desarrollamos someramente las características de las medidas cautelares, así como las teorías que han intentado explicar su naturaleza jurídica.

Es de resaltar que nos referiremos a las medidas cautelares que tienen por objeto asegurar cosas o bienes, con la finalidad de hacer posible una futura ejecución o mantener los bienes o las cosas en la situación en la cual se encontraban al momento de dictarse la medida. No pretendemos desarrollar las medidas cautelares dirigidas al resguardo o protección de las personas, en especial, las medidas a que se refiere el artículo 43 de la LDIPr, caso especialísimo que se plantea principalmente en materia de relaciones familiares y cuyo fin último es la protección de personas. Igualmente se excluye a las medidas cautelares sobre las pruebas y las dictadas en el curso de un procedimiento de arbitraje.

En el capítulo II se evalúan los mecanismos propuestos para la ejecución de las medidas cautelares por la doctrina. Ello con el fin de comprender el tratamiento que la misma le ha dado a este tema tan controversial. En este sentido, se revisaron los principales autores que se han referido a las medidas cautelares extranjeras, tanto de la doctrina procesalista como la internacionalprivatista patria e internacional. También se abordarán las soluciones adoptadas a nivel convencional tanto en Latinoamérica como en el sistema europeo y se mencionará las legislaciones internas que contienen normas específicas sobre la materia.

De esta forma se contrastarán los mecanismos existentes con las finalidades de las medidas cautelares para conocer los aspectos positivos y negativos del recurrir, tanto al exhorto como al exequátur; y así de determinar cuál sería el más acorde con esta institución, o si existe una tercera vía que se adapte a las necesidades de dichas medidas.

En el capítulo III realizaremos una comparación entre el sistema venezolano y el uruguayo en materia de ejecución de medidas cautelares, a los fines de entender el tratamiento otorgado por ambos ordenamientos jurídicos. En este sentido, Uruguay ha adoptado varios tratados que regulan específicamente la materia, contando inclusive con normas interna sobre el tema. Esta situación se diferencia de la legislación venezolana donde solo existe un tratado que regula explícitamente a las medidas cautelares extranjeras, y a nivel interno no existe una norma que haga mención expresa de esta institución.

Finalmente, se analizarán las decisiones acerca de la materia, pronunciadas por los órganos de justicia del Uruguay y las decisiones emanadas por el Tribunal Supremo de Justicia y por la antigua Corte Suprema de Justicia, con el

objetivo de fijar la posición de los Tribunales de ambos países en torno a la ejecución de medidas cautelares extranjeras. Esta búsqueda abarcará la práctica realizada por los jueces de ambos ordenamientos, tanto desde el punto de vista del Estado requerido como desde la óptica del Estado requirente.

En definitiva, el trabajo que a continuación presentamos constituye un análisis de los mecanismos aplicables para tramitar las medidas cautelares dictadas por autoridades extranjeras, de acuerdo con su naturaleza en el sistema venezolano de Derecho internacional privado. Desde esta perspectiva pretendemos dar respuesta a esta problemática para facilitar la ejecución de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico.

I. La naturaleza de la tutela cautelar¹

A. Definición de medidas cautelares

Para Chiovenda

...las provisionales cautelares o de conservación son aquellas medidas especiales, determinadas por el peligro o urgencia, que se dictan con anterioridad a la declaración de la voluntad concreta de la ley que garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, para garantía de su futura actuación práctica, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende².

¹ Además de la abreviaturas indicadas en la lista de esta edición, se agregarán las siguientes: AB: Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911); Bruselas I: Reglamento 44/2001 Relativo a la Competencia Judicial, El Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil; Bruselas I bis: Reglamento 1215/2012 Relativo a la Competencia Judicial, El Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, CB: Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante; CFPC: Código Federal de Procedimientos Civiles; CGP: Código General del Proceso; CICMC: Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; CIDIP I: Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado; CIDIP II: Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado; CIDIPs: Conferencias Interamericana de Derecho Internacional Privado; CIECR: Convención Interamericana sobre Exhorto o Cartas Rogatorias; CIESLAE: Conferencia Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; LDIPr: Ley de Derecho Internacional Privado; POP: Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares; Tratado de Montevideo 1889; Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889; Tratado de Montevideo de 1940; Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940.

² Chiovenda, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Reus, Traducción española de la 3ª ed. italiana, 1922, Tomo I, p. 261.

En este sentido, Piero Calamandrei ha resaltado en su definición el elemento característico de las medidas cautelares, sosteniendo que el carácter distintivo de toda providencia cautelar reside en la instrumentalidad, pues siempre se encuentra preordenada a la emanación de una ulterior providencia definitiva, de la cual asegura preventivamente su resultado práctico³. Esta definición responde a la corriente funcionalista, que considera la medida cautelar como instrumento en función de un proceso, es decir, no constituye un fin en sí misma, postura esta que ha sido adoptada por algunos autores⁴ en el ordenamiento jurídico venezolano.

Así, Duque Corredor ha señalado que las medidas cautelares

...son las decisiones de carácter preventivo que dictan los jueces para asegurar al demandante el resultado definitivo del proceso o para evitar daños irreparables a las partes, en razón del peligro que entraña la necesaria demora de los trámites judiciales⁵.

El autor venezolano Ortiz⁶ se adhiere a la tendencia que muestra a la tutela cautelar vinculada con el derecho substancial de cautela, el cual protege un derecho material a la seguridad, propuesta defendida inicialmente por Allorio⁷ en Italia. Igualmente señala a la medida cautelar como manifestación de la justicia material preventiva, por tanto el sistema de medidas cautelares es entendido como el conjunto de elementos lógicamente estructurados, vinculados de manera interdependiente y con sus propias características, su propia esencia y consistencia; sustentado sobre dos coordenadas: Por una parte, la noción de derecho cautelar que implica que los justiciables tienen la facultad de garantizar los resultados del juicio contradictorio que se dilucida en el

³ Calamandrei, Piero, *Providencias cautelares* (trad. S. Sentís Melendo), Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1984, p. 44.

⁴ Henríquez La Roche, Ricardo, *Medidas cautelares, según el Código de Procedimiento Civil*, Caracas, Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, reimp. de la 3ª ed., 1994, p. 37-39; Jiménez Salas, Simón, *Medidas cautelares*, Caracas, Editores Kelran, 5ª ed., 1999, pp. 35-37; Duque Corredor, Román, *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*, Caracas, Fundación Projusticia. Colección Manuales de Derecho, 1999, Tomo II, p. 142; Rengel Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho procesal civil venezolano: según el nuevo Código de 1987*, Caracas, Editorial Organización Gráfica Capriles, 1999, Tomo IV, p. 163.

⁵ Duque Corredor, *Apuntaciones sobre el procedimiento...*, ob. cit., p. 142.

⁶ Ortiz-Ortiz, Rafael, *El poder cautelar general y las medidas innominadas*, Caracas, Paredes Editores, 1997, pp. 85, 86, 87 y 146.

⁷ Allorio, Enrico, Per una nozione del processo cautelare, En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1936, Parte I, Vol. XIII, pp. 18 ss., especialmente p. 18.

proceso principal (íntimamente emparentado con la petición cautelar); y, en segundo lugar, la justicia material preventiva que atiende al sistema de medidas, considerada como una función del órgano jurisdiccional.

Los Estados han adoptado diferentes concepciones y tipos de medidas, lo cual se puso en evidencia durante la II Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado, en adelante CIDIP II, con ocasión de la discusión de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares⁸, en adelante CICMC; donde se resaltó lo difícil que ha sido establecer un concepto único sobre las medidas cautelares en el derecho procesal, en especial en el ámbito de su contenido.

Sobre este tema apuntó Monroy Cabra, delegado de Colombia en esta Conferencia, que, si bien existe una diferencia entre legislaciones, pues unas “establecen unas medidas y otras determinan medidas distintas, de lo que no hay ninguna duda es de que la institución jurídica de las medidas conservatorias o precautorias existe en todos los países”⁹.

Teniendo presente lo anterior, la CICMC formuló una definición amplia que abarcara los elementos de las medidas cautelares, estableciendo una categoría autónoma para el ámbito del Derecho procesal civil internacional que podría ser aceptada por una mayor cantidad de países, la cual se enunció en los siguientes términos, a saber,

...todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil.

Esta convención no solo incluye las medidas cautelares dictadas para garantizar las resultas o efectos de un proceso en curso, sino también de un proceso futuro, es decir, aquellas medidas solicitadas y dictadas antes de introducirse la demanda. Este tipo de medidas cautelares han sido acogidas por

⁸ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, aprobada en la Segunda Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo, en 1979.

⁹ Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP-II. Actas y Documentos de la Comisión I. Washington, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, 1980, Vol. II. p. 102.

algunos países, no así por otros, tal es el caso de Venezuela, donde nuestro ordenamiento señala, por regla general, la necesaria existencia de un proceso al momento de dictarse la medida, excluyendo de esta forma las medidas dictadas a garantizar un proceso futuro¹⁰, sin embargo, como se verá más adelante, existen excepciones a dicho principio.

Ahora bien, en pro de facilitar la ratificación de la CICMC, se estableció la posibilidad de los Estados parte de limitar su aplicación solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella, mediante declaración expresa.

Realizadas las consideraciones anteriores, a los fines del presente trabajo se adoptará como definición de medidas cautelares la establecida en la CICMC, aunque haciéndose la salvedad que la inclusión de las medidas dictadas en un proceso futuro no es aceptada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, donde por regla general se les excluye, no obstante, se establecen algunas excepciones, tal y como se estudiará al referirnos a la característica de la instrumentalidad.

Como colofón de esta sección, es menester señalar que, en el ámbito del Derecho internacional privado viene a estar presente el elemento internacional, entendiéndose a la medida cautelar internacional como aquella dictada por el juez de un Estado y destinada a cumplirse en otro¹¹.

B. Terminología

Según Couture la terminología empleada para denominar a las medidas cautelares es muy variada¹². Así, en el ámbito del Derecho internacional privado ha generado grandes problemas por la diversidad terminológica de las medidas cautelares acogidas por las legislaciones, lo cual fue resaltado durante las

¹⁰ Márquez Añez, Leopoldo, *Apuntes de Derecho procesal*, Caracas, Editorial Inquietud, 1984, Tomo III, pp. 400-401.

¹¹ Vescovi, Eduardo, *Derecho procesal civil internacional. Uruguay, el Mercosur y América*, Montevideo, Ediciones Idea, 2000, p. 133; Operti Badán, Didier, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros. Medios de cooperación judicial internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amelio M. Fernández, 1976, p. 304.

¹² Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Caracas, Editorial Atenea, Colección Clásicos del Derecho, 2007, p. 300.

discusiones de la CICMC¹³, llevando a los involucrados a redactar el artículo 1 de dicho instrumento que recoge múltiples términos con la finalidad de eliminar obstáculos para su ratificación.

En Venezuela, el CPCV¹⁴, adoptó el término medida cautelar. No obstante, se encontrarán referencias al término “provisional” a lo largo de su texto.

El vocablo cautelar hace mención a que esta institución está destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo¹⁵, por lo cual resalta la idea de prevención y de interinidad¹⁶. Este término responde al criterio acuñado por la jurisprudencia nacional, sirviendo de inspiración a los proyectistas del vigente CPCV, que a su vez se acoge a la mayoría de las corrientes legales del continente y del mundo¹⁷.

La expresión “medidas” contó con mayor aceptación en nuestra legislación, la cual da idea del objeto y del resultado; si bien el término significa decisión, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, porque indica algo que se cumple, es decir, no implica solamente decidir algo sino ponerlo en ejecución¹⁸. El término medidas da idea de un instrumento accesorio a una acción principal que permite convalidar el principio de seguridad jurídica de un estado de Derecho, garantizando que la voluntad concreta de ley, contenida en una sentencia, se cumplirá¹⁹.

Por tal razón, a los efectos de esta investigación, se acogerá la denominación medida cautelar, por ser el término acuñado por nuestra legislación, y por resaltar las características definitorias de esta institución.

No obstante, como se señaló anteriormente, en el ámbito interamericano dicho término no es único y exclusivo, debiendo el juez, llamado a resolver el asunto de la ejecución de la medida cautelar, tener en cuenta los elementos definitorios de la institución conforme a la ley del Estado de origen, para

¹³ Podetti, Ramiro J., *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed. actualizada por V. Guerrero Leconte, 1969, pp. 13-15.

¹⁴ *Gaceta Oficial* No. 4.209, 18 de septiembre de 1990.

¹⁵ Diccionario de la Real Academia Española. Ver en: <http://lema.rae.es/drae/?val=cautelar>

¹⁶ Podetti, *Tratado de las medidas...*, ob. cit., pp. 13-15.

¹⁷ Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 15.

¹⁸ Podetti, *Tratado de las medidas...* ob. cit., p. 13.

¹⁹ Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 15.

establecer su condición o calificación como medida cautelar²⁰. De ahí el gran esfuerzo de la CICMC de establecer una definición autónoma entre los Estados ratificantes.

C. Características de las medidas cautelares

Las medidas cautelares presentan una serie de características que las distinguen de otras figuras jurídicas. A continuación, se analiza a grandes rasgos, sin ánimos de ser exhaustivos, dichas características.

1. La provisionalidad

Una de las características que distingue a las medidas cautelares es su carácter provisorio, en el entendido que es aquello que está dirigido a regir en el tiempo intermedio que precede a una nueva circunstancia o suceso futuro²¹.

En este sentido, Calamandrei ha señalado la diferencia entre lo provisorio y lo temporal, estableciendo como temporal aquello que no perdura y cuyo término de duración es desconocido, es un lapso finito e incierto; en cambio lo provisorio, si bien igualmente implica un lapso finito, este se sabe de antemano cuánto va a durar²².

Siendo las cosas así, se entiende que el carácter provisional o interino de la medida cautelar, hace que la misma cese de pleno derecho al momento que surge la decisión principal, no siendo necesario un nuevo pronunciamiento dirigido a revocar la medida.

2. La sumariedad

La sumariedad es una de las características resaltantes de las medidas cautelares, pues denota el carácter simple, carente de complejidad y breve en su esencia²³. Como se señaló anteriormente, las medidas cautelares surgen ante la necesidad de dar respuesta a un daño que se pueda causar por el largo

²⁰ Las normas aplicables a la ejecución de las medidas cautelares serán estudiadas en el capítulo III.

²¹ Rondón de Sansó, Hildegard, Medidas cautelares innominadas, en: *XXII Jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre Derecho procesal civil: el Código Procedimiento Civil diez años después*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1997, pp. 304 ss., especialmente p. 316.

²² Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 36.

²³ Rondón de Sansó, Medidas cautelares innominadas..., ob. cit., p. 317.

transitar del proceso para obtener la sentencia principal, es decir, el posible daño a generarse debido a las formalidades que reviste el proceso principal para lograr la sentencia.

Por todo lo anterior, las medidas cautelares, revisten un carácter simple, prescindiendo de formalidades, porque han de decidirse en un lapso limitado y tanto su decreto como su ejecución carecen de contradictorio²⁴. Este carácter está ampliamente vinculado con el carácter de urgencia.

3. La urgencia

Esta característica está íntimamente relacionada con la anterior, pues las medidas cautelares vienen a suplir la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia ante una situación de hecho²⁵.

El carácter de urgencia presenta dos manifestaciones distintas. Una, la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y, la otra, la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución²⁶.

4. La revocabilidad o variabilidad

En las medidas cautelares está presente la nota de revocabilidad, por consiguiente, estas se encuentran vinculadas a la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, su otorgamiento, permanencia y duración deben atender al estado efectivo y real de las cosas. En este sentido, no están atadas a las condiciones que le dieron origen, ya que si estas cambian el juez puede revocar las medidas dictadas²⁷.

Lo anterior nos indica que las medidas cautelares no se dictan sobre una situación pasada que haya quedado definitivamente firme, ya que tales decisiones no son consecuencia de la verificación de un suceso agotado y concluido en el pasado, sino que intentan evitar un daño con base a la situación efectiva y real del proceso, la cual es cambiante y mutable²⁸.

²⁴ Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 32.

²⁵ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 43.

²⁶ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 44.

²⁷ Marina Jalvo, Belén, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Madrid, Lex Nova, Colección Derecho Público, 2007, p. 19.

²⁸ Rondón de Sansó, *Medidas cautelares innominadas...*, ob. cit., p. 318.

5. La inexistencia de la cosa juzgada

Quizás esta característica sea la más debatida en la doctrina, con consecuencias importantes para el objeto de estudio de esta investigación. Ciertamente existen distintos criterios sobre la procedencia de la cosa juzgada en las medidas cautelares desde los dos extremos: el que niega la cosa juzgada fundamentándose en la revocabilidad y el que la admite.

La primera posición, sostenida por Guasp, estima que la discrecionalidad que el juez tiene para otorgar la medida y la potestad para revocarla se oponen a la firmeza de la cosa juzgada material, señalando que la inmutabilidad de los resultados no se compagina con la naturaleza de las medidas cautelares²⁹.

La otra posición extrema, en sentido contrario considera que las decisiones referentes a las medidas cautelares tienen carácter definitivo, hasta que se pronuncie la sentencia en el juicio principal³⁰.

En este mismo orden, hay tesis intermedias que distinguen bien entre las diferentes resoluciones que pueden ser dictadas o, asimismo, entre los distintos elementos que pueden integrar la decisión³¹. No obstante, esta característica será estudiada con detalle en el capítulo II.

6. El principio de adecuación de las medidas cautelares

Este principio, que es sostenido mayoritariamente por un sector de la doctrina española, y en Venezuela por Ortiz³², tiene su fundamento en la naturaleza misma de las medidas cautelares, ya que estas deben adecuarse a la naturaleza del derecho que se reclama, por lo cual no todas las medidas cautelares reguladas por la ley son aplicables a cualquier proceso.

²⁹ Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Civitas, 4ª ed. revisada y adaptada, 1998, Tomo II, pp. 539, 548-549.

³⁰ Ramos Méndez, Francisco, Arbitraje internacional y medidas cautelares, en: *Justicia 84*, 1984, No. 4, citado por: Quintero Tirado, Mariolga, La medida cautelar y la cooperación judicial internacional. Algunas reflexiones sobre su regulación, en: *Libro Homenaje a Werner Goldschmidt*, Caracas, FCJPUCV, Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado, Fundación Roberto Goldschmidt, 1997, pp. 443 ss., especialmente pp. 453-454.

³¹ Rondón de Sansó, Medidas cautelares inmominadas..., ob. cit., p. 318.

³² Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., p. 476.

Como se ha señalado con anterioridad, las medidas cautelares tienden asegurar el derecho sustantivo que será declarado o no en un proceso principal, lo que implica que existe una dependencia lógica y práctica entre el contenido de la petición cautelar y el contenido de la sentencia³³, por tanto debe existir una homogeneidad entre la medida cautelar y la futura medida ejecutiva que se pueda dictar para la ejecución de la sentencia, por cuanto las medidas cautelares más efectivas serán aquellas que se identifiquen o acerquen a las que deberán asumirse para la ejecución del fallo³⁴.

7. La judicialidad

Las medidas cautelares operan dentro del marco de un proceso y solo pueden ser dictadas por un juez competente. Asimismo, su carácter judicial, procesal o adjetivo deriva del hecho que las mismas no pueden aspirar a convertirse en providencias materiales, es decir, no satisfacen el derecho material o sustancial de manera irrevocable³⁵.

Igualmente, significa que la medida cautelar no es principal; no existe la llamada acción cautelar principal³⁶, es decir, no existe una acción única y exclusivamente tendiente a obtener una cautela. La medida sirve al proceso y no lo afecta³⁷. Por regla general, las medidas cautelares están asociadas a un juicio, lo cual permite diferenciarlas de otras figuras que garantizan los derechos del sujeto, pero no están vinculadas necesariamente a un juicio³⁸, tal es el caso de todas las garantías de cumplimiento que se constituyan extra-proceso como la hipoteca, la prenda, la fianza, el derecho de retención, la señal o arras.

En este sentido, las medidas dictadas por órganos administrativos no poseen la misma naturaleza de las medidas cautelares, en razón que tales medidas continuaran siendo “actos administrativos”, mientras que las medidas cautelares son verdaderas sentencias recurribles en casación³⁹.

³³ Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., p. 20.

³⁴ Rondón de Sansó, *Medidas cautelares innominadas...*, ob. cit., p. 319.

³⁵ Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., p. 20.

³⁶ En este punto es importante destacar que algunos autores, como Simón Jiménez Salas, consideran a los interdictos como acción cautelar principal, nominada y típica. Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 49.

³⁷ Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 35.

³⁸ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 41.

³⁹ Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., p. 20.

8. *Inaudita alteram pars*

Una de las características de las medidas cautelares es que pueden ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa, así como *inaudita alteram pars*⁴⁰. En este sentido, las medidas cautelares pueden ser decretadas sin necesidad de escuchar a la parte contraria. La regla general es que pueden ser dictadas aun cuando no se hubiese producido la contestación de la demanda ni la citación del demandado⁴¹.

En este sentido, el carácter *inaudita alteram pars* resulta una garantía de eficacia de las medidas cautelares. Sobre este carácter, Henríquez La Roche ha señalado que lo considera “un modo de actuar, necesario y vinculante” para el juez hasta cierto estado de la incidencia⁴². Ciertamente, el carácter *inaudita alteram pars* se justifica en la finalidad misma de la medida cautelar, es decir, “la necesidad de garantizar preventiva y sumariamente la futura ejecución del fallo”⁴³. Considerándose inclusive la inseparabilidad del carácter *inaudita alteram pars* de las medidas cautelares, por ende, no susceptible de recibir excepciones⁴⁴.

9. La instrumentalidad

Esta característica identifica a las medidas cautelares como un instrumento de una decisión principal, entendiendo que siempre están subordinadas a la existencia de un proceso que terminará en una decisión cuyo resultado fue previamente garantizado a través de la medida cautelar.

Una manifestación de esta característica se puede observar en el contenido del artículo 585 del CPCV, el cual señala que el juez solo decretará las medidas cautelares cuando “exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo...”, lo que demuestra la necesaria existencia de una decisión

⁴⁰ Quintero Tirado, La medida cautelar y la cooperación..., ob. cit., p. 460.

⁴¹ De Stefano Pérez, Alfredo, La necesidad de la constitución de las partes en el proceso para decretar una medida innominada en el contencioso-administrativo, en: *RFCJPUCV*, 2007, No. 128, p. 205. Disponible: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/128/ucv_2007_128_199-242.pdf.

⁴² Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 44.

⁴³ Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., p. 494.

⁴⁴ Rodríguez Cirimele, Alejandro, El poder cautelar general en el Código de Procedimiento Civil venezolano, en: *RFDUCV*, 1968, No. 40, 1968, pp. 140 ss., especialmente p. 149.

judicial a futuro, cuyos efectos garantiza la medida cautelar⁴⁵. Por tanto, las medidas cautelares tienen como objetivo el logro de los fines de la justicia⁴⁶; no representan un fin en sí mismas, sino un instrumento al servicio del proceso principal, tal y como lo señala Calamandrei.

Esta característica, como se verá más adelante, es preponderante para la definición e identificación de las medidas cautelares, pues el contenido de dicha noción puede variar, según se considere que siempre deben estar subordinadas al marco de un proceso principal o que también pueden ser concebidas en forma autónoma.

No obstante, los límites para definir la instrumentalidad pueden ser distintos. Es así como, en principio, el ordenamiento jurídico venezolano solo admite las medidas cautelares con la introducción de la demanda⁴⁷. Por regla general, se entiende que esta característica está determinada por la existencia actual del proceso de donde emanará la decisión definitiva.

Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos admiten la solicitud de las medidas cautelares antes de introducir la demanda, estableciendo las condiciones a las cuales se subordina su existencia. Es decir, entienden la instrumentalidad como subordinación a una decisión final, se haya o no instaurado el proceso del cual emanará esta decisión, pero exigiendo, por ejemplo, que el proceso sea iniciado en un lapso determinado⁴⁸.

⁴⁵ Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto, Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil venezolano, en: *RDUCAB*, 2004, No. 59, pp. 49 ss., especialmente p. 67.

⁴⁶ Rondón de Sansó, Medidas cautelares innominadas..., ob. cit., p. 317.

⁴⁷ Mezgravis, Andrés, Las medidas cautelares en el sistema arbitral venezolano, en: *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, 2004, No. 5, pp. 19 ss., especialmente, p. 50.

⁴⁸ Los países que regulan dicha figura de forma expresa establecen una serie de condiciones, entre ellas, un plazo para interponer la demanda. El ordenamiento jurídico uruguayo comprende, de forma general, la posibilidad de dictar medidas cautelares antes de instaurado el proceso, en los artículos 306 y 311 del Código General del Proceso, estableciendo como limitación que, de no instaurarse el proceso dentro de los 30 días siguientes de cumplida la medida, esta caducará de pleno derecho, y debe abonar los gastos del proceso cautelar y los perjuicios que cause. Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p. 143. En Italia el artículo 669-octies señala la necesidad de que el juez en su resolución concediendo la medida fije el plazo de interposición que no puede superar los treinta días, en su defecto entraría el fijado por el legislador de los ya mencionados treinta días. La regulación alemana, por su parte, se

En esta línea de discusión, se ha señalado que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce o no acepta este tipo de medidas cautelares, es decir, las dictadas para garantizar un proceso futuro. Dichas medidas serán entendidas a los fines de esta investigación como medidas cautelares anticipadas, definidas como aquéllas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del proceso sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción⁴⁹. Por consiguiente, podemos decir que las medidas cautelares anticipadas, son aquellas solicitadas por las partes antes de iniciado el proceso⁵⁰, pero subordinadas a su posterior inicio.

Ahora bien, como se observó al referirnos a la definición adoptada por la CICMC, esta señala: “procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro” incluyendo de esta forma como medidas cautelares aquellas dictadas antes de iniciarse el proceso.

Lo anterior se opone al supuesto establecido en el sistema venezolano, que por regla general no está previsto este tipo de medidas cautelares, según se desprende del análisis del artículo 588 del CPCV, el cual señala que las partes podrán solicitar providencias cautelares “en cualquier estado y grado de la causa”. Por lo cual, para el ordenamiento jurídico venezolano, la tutela cautelar es siempre accesoria a un proceso principal, que debe ya haberse iniciado⁵¹ y nunca independiente de este, es decir, las medidas cautelares tienen carácter instrumental⁵², instrumentalidad entendida como la necesidad de la existencia del proceso al momento de dictarse la medida, excluyendo de esta forma las medidas dictadas a garantizar un proceso futuro.

aparta de este sistema y exige en el § 926 la previa petición del sujeto pasivo en orden a que el solicitante presente su demanda.

⁴⁹ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., pp. 53 ss.

⁵⁰ Fraga Lo Curto, Luis Ángel, *Las medidas cautelares anticipadas en el arbitraje venezolano*, Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), p. 14. Disponible en: <http://www.cedca.org.ve/documentos/Luis-Fraga.pdf>.

⁵¹ Márquez Añez: *Apuntes de Derecho...*, ob. cit., pp. 400-401.

⁵² Madrid Martínez, Claudia, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza en el Derecho internacional privado venezolano, en: *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Caracas, TSJ, 2002, Colección Libros Homenaje No. 5, Vol. I, pp. 671 ss., especialmente p. 986.

No obstante, parte de la doctrina sostiene, que estas medidas siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con el proceso pendiente o por iniciarse⁵³, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o de la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según disponga el ordenamiento jurídico que se trate, implicará el decaimiento de la medida⁵⁴, pues, se insiste, debe ser dependiente del mismo, aunque se acuerde de manera adelantada⁵⁵.

Es de resaltar que existen supuestos donde el ordenamiento jurídico venezolano permite que se dicten medidas antes que se inicie el proceso que están destinadas a garantizar. Estos casos han sido denominados por Henríquez La Roche como “medidas cautelares con instrumentalidad eventual”, pues estas aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados sus efectos⁵⁶. Estas medidas están subordinadas a garantizar el resultado de una decisión futura, por tanto, no tienen un fin en sí mismas, y en caso de no entablarse el proceso futuro, en las condiciones establecidas en la ley, las medidas serán revocadas o decaerán.

Este mismo autor cita varios ejemplos de lo que él considera son medidas cautelares de este tipo. Así menciona el ordinal 3º del segundo aparte del art. 191 Código Civil⁵⁷, el cual dispone que el juez podrá, en los juicios de divorcio y separación de cuerpos, ante la existencia de riesgos que son producto de las diferencias entre los cónyuges, dictar medidas adecuadas para salvaguardar los bienes pertenecientes a la comunidad conyugal, por lo cual el autor señala que estas medidas se dictan, no con ocasión del juicio de divorcio, sino de un eventual y futuro juicio de liquidación y partición de la comunidad

⁵³ Duque Corredor, *Apuntaciones sobre el procedimiento...*, ob. cit., pp. 142-144.

⁵⁴ Jinesta Lobo, Ernesto, La tutela sumaria cautelar, en: *La Gran Reforma Procesal*, San José de Costa Rica, Editorial Guayacán, 2000, p. 243; Calderón Cuadrado, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, p. 35.

⁵⁵ Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000, p. 39.

⁵⁶ Es importante mencionar que este autor utiliza esta denominación para distinguirla de la utilizada por Podetti cautela preconstituida, en la cual incluye todas las garantías de cumplimiento que se constituyan extra-proceso como la hipoteca, la prenda, la fianza, el derecho de retención, la señal o arras. Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 58 - 60.

⁵⁷ *Gaceta Oficial* No. 2.990 Extraordinario, 26 de julio de 1982.

conyugal. En este sentido, las medidas que se pueden dictar y el dispositivo de la sentencia de divorcio o separación, tienen fines diferentes⁵⁸.

La eventualidad de estas medidas cautelares recae, no solo en el interés de alguna de las partes en iniciar el juicio de liquidación futuro, sino también en la incertidumbre sobre la decisión final del juicio de divorcio, dado que, desestimada la demanda, no se puede iniciar el juicio de liquidación. Dichas medidas cautelares perdurarán hasta después de declarado el divorcio o la separación de cuerpos, por disposición del artículo 761 CPCV segundo aparte, es decir, hasta que lo acuerden las partes o hasta que se liquide la comunidad de bienes⁵⁹.

El segundo caso citado por el autor es la medida de contracautela del artículo 590 CPCV, con fundamento al cual se decretan el embargo y la prohibición de enajenar y gravar. Esta medida está destinada a garantizar la ejecución forzosa del juicio futuro de responsabilidad civil, que podría instaurar el demandado en caso de resultar vencedor de la causa donde se solicitó la cautela.

Asimismo, cuando Venezuela era Estado parte de la Comunidad Andina de Naciones⁶⁰ regían para el país algunas decisiones o normativas que contienen este tipo de medidas⁶¹, así, por ejemplo, la decisión 486 de la Comisión Andina sobre el Régimen de Propiedad Industrial⁶²; el anexo 1C del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados

⁵⁸ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 58-60.

⁵⁹ Criticaba Henríquez La Roche la actitud de los tribunales de familia que suspenden las medidas provisionales adoptadas en el juicio de divorcio con arreglo al mencionado ordinal, a raíz y a partir del momento en que es puesta en estado de ejecución la sentencia de consulta del juez superior, a fuerza de que deja de existir el requisito *pendente lite* de toda medida preventiva, no obstante, señala el autor que es esta la peculiaridad de las medidas cautelares con instrumentalidad eventual, las cuales autoriza decretar la ley aun cuando no esté pendiente la litis donde se producirá la providencia cuya eficacia práctica se pretende precaver con antelación. Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 58-60.

⁶⁰ La República Bolivariana de Venezuela ingresó a la CAN en 1973. Se retiró en 2006 de la Comunidad como protesta a los futuros TLC que firmarían Colombia y Perú con Estados Unidos.

⁶¹ Quintero Tirado, Mariolga, Breves notas sobre la tutela anticipatoria, en: *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, 2004, No. 5, pp. 263 ss., especialmente p. 280.

⁶² *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, 19 de septiembre de 2000. Entró en vigor el 1o. de diciembre de 2000 y sustituyó a la Decisión 344 que se encontraba vigente desde 1993.

con el Comercio⁶³ y la Decisión 351 del Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos⁶⁴. Igualmente, la Ley sobre Derechos de Autor⁶⁵ establece, en el párrafo primero del artículo 112, la posibilidad para el juez de municipio de dictar medidas cautelares, cuando la urgencia así lo amerite antes de iniciarse el juicio, estableciendo un lapso de 30 días para iniciar el juicio⁶⁶.

Según se ha visto, el ordenamiento jurídico venezolano ha establecido excepciones al principio que consagra la tutela cautelar como accesoria a un proceso principal ya iniciado.

D. Teorías sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares

Las medidas cautelares han tenido, a lo largo de su evolución, múltiples tratamientos tanto en la doctrina como en las legislaciones⁶⁷.

1. La medida cautelar como forma de acción

El maestro Chioventa califica a esta institución como una “acción asegurativa o cautelar”, fundamentándose en que en esta materia existe un verdadero derecho actual, aunque todavía no se sabe con certeza su existencia pues aún está siendo debatido en el fondo⁶⁸. Por consiguiente, el poder jurídico de lograr una providencia cautelar es una forma de acción, y viene determinada por el peligro o la urgencia⁶⁹.

⁶³ Forma parte de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 4.829 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994 (ADPIC).

⁶⁴ *Gaceta Oficial* No. 4720 Extraordinario, 5 de mayo de 1994. En la que establece el régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

⁶⁵ *Gaceta Oficial* No. 4.638 Extraordinario, 1º de octubre de 1993.

⁶⁶ El párrafo primero del artículo 112 de la Ley sobre Derechos de Autor: “Si no hubiere litigio entre las partes, dichas pruebas y medidas serán decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutárselas si su urgencia lo exigiere, sin que el propietario, poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse pueda oponerse a su práctica o ejecución. El mismo Juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos, desde su ejecución, si no se le hubiese comprobado la iniciación del juicio principal”.

⁶⁷ Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 14.

⁶⁸ Chioventa, *Principios de Derecho procesal...*, ob. cit., p. 260.

⁶⁹ Chioventa, *Principios de Derecho procesal...*, ob. cit., p. 278.

Este autor denomina a esta institución como medidas de seguridad o cautela, en virtud que las mismas son decretadas antes que sea declarada la voluntad de ley y son distintas según la diversa naturaleza del bien a que se aspira.

Esta concepción fue duramente criticada por el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien se apoya en que el concepto de acción es único, abstracto e indivisible; hablar de acción declarativa, constitutiva, o cautelar en este caso, responde a una clasificación puramente didáctica, pues solo puede clasificarse de esta manera a la sentencia, específicamente a sus efectos y no a la acción⁷⁰. En este sentido, también resulta contrario a la concepción que se ha tenido en Venezuela respecto a la acción, como el derecho de acceder a la jurisdicción, siendo esta única, difícilmente se podría aceptar dicha posición, no obstante, la influencia de sus propulsores⁷¹.

2. La medida cautelar como proceso cautelar

Carnelutti concibe la materia cautelar como un proceso por medio del cual se crea una providencia cautelar, esto motivado a que las partes, para obtener una medida cautelar, deben cumplir una serie de actos frente a un órgano del Estado que la conceda y la ejecute. Señala el autor que el proceso, aun cuando no es autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro que puede ser contencioso o voluntario, de conocimiento o de ejecución, configurándose en un verdadero y propio proceso cautelar en relación con el fin perseguido. Por consiguiente, para este autor, la tutela cautelar es un proceso que se apoya en el retardo del proceso principal y en la eventualidad que durante su transcurso se produzcan daños irreparables⁷².

Al respecto, Claudia Madrid se muestra contraria a dicha posición, citando al maestro Calamandrei quien señala que el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y una constante estructura

⁷⁰ Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones de Depalma, 1981, p. 180.

⁷¹ Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 14- 15.

⁷² Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, EJE, 1973, Vol. II, p. 86. comparten esta misma posición: Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, Tomo VIII, pp. 13 ss.; Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, p. 46; Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, *Procesos y medidas cautelares*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1985, pp. 6 ss.

exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado. Señala la autora que el proceso es uno solo, independiente de las incidencias que puedan surgir en su curso y aunque ellas se lleven en cuadernos separados⁷³; todo acto procesal tiene una secuencia, trámite y lapsos, sin que por dicha razón pueda decirse que dicho acto procesal sea un proceso⁷⁴.

3. Las medidas cautelares como providencias cautelares

Otra de las categorías sistemáticas creadas por la doctrina para entender la materia cautelar proviene del perfil de la providencia en sí misma (providencia cautelar), que se distingue por sus propios caracteres, de todas las demás providencias jurisdiccionales⁷⁵.

Esta posición fue fundamentada y desarrollada por Calamandrei, quien realizó la sistematización más completa sobre la materia. El autor señaló que toda clasificación de las acciones fundada en la diversa naturaleza de la providencia judicial a que tiende la acción, lo mismo que toda clasificación de los procesos que se funde en los fines que las partes se proponen alcanzar a través de las providencias a que el proceso se dirige, se resuelve en realidad en una clasificación de los varios tipos de providencias, respecto de las cuales los varios tipos de acción o de procesos no son más que un accesorio o una premisa⁷⁶.

Refiere el mencionado autor que al momento de establecer la naturaleza de la medida cautelar, se debe atender a las específicas características que las distinguen de las no cautelares. Sobre este punto, señala Calamandrei que la doctrina se ha debatido, en un esfuerzo inútil, en el intento de ubicar a las medidas cautelares dentro del sistema del proceso civil⁷⁷. La doctrina alemana ha considerado, por largo tiempo, a estas medidas como parte de la ejecución

⁷³ Madrid Martínez, Claudia, Medidas cautelares y arbitraje. Especial referencia a la Ley de Arbitraje Comercial, en: *Liber Amicorum a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Mackelt*, Caracas, FCJPUCV, 2001, Tomo II, p. 87 ss., especialmente p. 89.

⁷⁴ Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 15.

⁷⁵ Diana, Agostino, *Le misure conservative interinali*, Turin, Fratelli-Boca, 1909, pp. 3-4, citado por Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 31.

⁷⁶ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 32.

⁷⁷ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 34.

forzosa⁷⁸. Reaccionando frente a este argumento, se ha señalado que, en el caso de ciertas medidas cautelares, o en una fase de ellas, se encuentran los caracteres de la cognición y no los de la ejecución⁷⁹. Ante ambas posiciones, se ha sostenido que la “actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución”⁸⁰, resaltándose así la existencia autónoma de las providencias cautelares frente a las demás decisiones jurisdiccionales.

Sin embargo, ha señalado Calamandrei que este criterio no es suficiente ni ofrece una base homogénea que sirva para diferenciar las providencias cautelares de las de cognición o ejecución, ya que ambas poseen efectos coincidentes, en el sentido que todas tienden al aseguramiento y al eficaz cumplimiento del dispositivo de la sentencia⁸¹, pudiendo tener efectos declarativos o ejecutivos.

Ahora bien, es importante señalar que, ante una división bipartita, se prefiere ubicar las providencias cautelares en el procedimiento de cognición aun cuando, de declararse con lugar la pretensión del solicitante, podrían tornarse ejecutivas⁸². Esto en razón que, las medidas cautelares aseguran un potencial derecho que puede ser declarado o no, están en función de un proceso que aún no ha terminado y son de carácter provisional y mediato, por consiguiente, integran el proceso; mientras que las medidas ejecutivas hacen valer un derecho existente y declarado por una autoridad jurisdiccional competente (suponen la culminación de un proceso en el cual se han conocido y valorado los hechos), cuya ejecutoriedad deriva de la sentencia definitivamente firme, siendo definitivas e inmediatas⁸³.

En el afán de establecer la distinción de las medidas cautelares, parte de la doctrina ve el carácter que diferencia a las providencias cautelares de todas las otras providencias jurisdiccionales en el carácter de provisionalidad,

⁷⁸ Gütthe, Oertmann, Hellwig y Roserberg, citados por Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 34.

⁷⁹ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 34.

⁸⁰ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho procesal civil*, (trad. Gómez Urbaneja), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, Tomo I, p. 30.

⁸¹ Urdaneta Sandoval, *Introducción al análisis sistemático...*, ob. cit., p. 4.

⁸² Madrid Martínez, *Medidas cautelares y arbitraje...*, ob. cit., p. 90.

⁸³ Urdaneta Sandoval, *Introducción al análisis sistemático de...*, ob. cit., p.88.

entendida como la limitación de la duración de sus efectos⁸⁴. No obstante, Calamandrei ha señalado la diferencia entre lo provisorio y lo temporal, como se estudió *supra*, señalando que la duración de las medidas cautelares está limitada a aquel período que deberá transcurrir entre el momento en que se dicta la providencia cautelar, y el de la emanación de otra providencia jurisdiccional definitiva⁸⁵. Sin embargo, el carácter provisorio no es un carácter exclusivo de las medidas cautelares y, por tanto, no sirve por sí solo para distinguirlas, lo que es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad⁸⁶.

El carácter instrumental y subsidiario de las medidas cautelares, que propugna que las providencias cautelares no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, debe conducir a concluir que las mismas siempre deben ser concebidas como elementos auxiliares de la providencia principal. En este punto encuentra Calamandrei el elemento que diferencia a las medidas cautelares de otras medidas. La providencia-instrumento interviene el asunto, a la espera que se dicte la sentencia definitivamente firme que pone fin al asunto⁸⁷.

La instrumentalidad liga a las medidas cautelares, ineludiblemente, a una providencia principal⁸⁸; por tanto, las medidas cautelares carecen de un fin en sí mismas, y aun en los casos en que se formen a través de una cognición ordinaria, las cautelares son provisorias en el fin⁸⁹. En razón de ello, señala el autor, que el interés específico que justifica la emanación de toda medida cautelar surge siempre de “la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva”⁹⁰, que no es más que lo que se entiende como *periculum in mora*.

Lo anterior lleva a Calamandrei a concluir que la nota característica de las medidas cautelares se encuentra en la instrumentalidad, pues estas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están necesariamente preordenadas a la

⁸⁴ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 36.

⁸⁵ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 37.

⁸⁶ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 40.

⁸⁷ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 38-39.

⁸⁸ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 40.

⁸⁹ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 40.

⁹⁰ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p. 40-

emanación de una ulterior providencia definitiva, resultado práctico que aseguran preventivamente⁹¹. En este sentido, la tutela cautelar, más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

Hasta ahora se pueden resaltar tres de los elementos que caracterizan la medida cautelar, a saber: Primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente; tercero, coincide con la característica de urgencia, satisface la necesidad de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia⁹².

En este sentido, se puede observar que la mayoría de los autores se inclinan por destacar el carácter instrumental de las medidas cautelares, incluso coinciden Chioyenda, Carnelutti y Calamandrei en el carácter subsidiario y no autónomo de la medida cautelar. Por lo cual, se podría concluir que la medida cautelar está al servicio de una providencia⁹³ que se podría denominar definitiva. Por lo tanto, es un instrumento para el proceso que busca garantizar la futura providencia que emane del mismo.

Ahora bien, por ser un instrumento que busca prevenir que se cause un daño por el transcurrir del tiempo en que se produzca la decisión definitiva, la urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las medidas cautelares, que a su vez suple la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia a una situación de hecho⁹⁴.

En este estudio se entenderá que las medidas cautelares son mecanismos para garantizar las resultas de la decisión⁹⁵ y así evitar que sea menoscabado el derecho declarado por el fallo, por lo que debe atenderse siempre a la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo.

⁹¹ Calamandrei, *Providencias cautelares...*, ob. cit., p.44.

⁹² Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 39.

⁹³ Se utilizará el término providencia, por ser los postulados de Calamandrei los más acertados al entender del autor de la presente investigación.

⁹⁴ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 44.

⁹⁵ Calderón Cuadrado, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, ob. cit., pp. 33-40.

E. Clasificación de las medidas cautelares

La doctrina ha clasificado de múltiples formas a las medidas cautelares, sin embargo, a los fines del presente estudio se atenderá particularmente a los criterios acogidos por nuestro CPCV, el cual las divide en nominadas e innominadas; preventivas y ejecutivas.

El artículo 588 del CPCV, en su encabezamiento consagra las llamadas medidas nominadas, definidas por la doctrina como aquellas que llevan consigo la referencia necesaria que se hace en los ordenamientos procesales a situaciones perfectamente preordenadas, con un contenido específico y requisitos propios⁹⁶.

Por otro lado, el propio artículo 588, en su párrafo primero, permite al tribunal “acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor que una de las partes puede causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”. Esta norma regula lo que la doctrina ha denominado “poder cautelar general” y aparece por primera vez en la reforma del CPCV en 1986.

Para algunos autores, el poder cautelar general, entendido como la protección procesal preventiva, se manifiesta de dos maneras. En primer término, en lo que se ha denominado como medidas nominadas, mediante el decreto de medidas de tutela cautelar explícitamente previstas y reguladas en la Ley; y en segundo lugar, las llamadas medidas innominadas, entendidas como poder de orden genérico otorgado al juez, en virtud del cual, cada vez que exista la posibilidad de un daño para una de las partes en el proceso como resultado del inevitable espacio de tiempo que transcurre entre el momento en que se introduce la demanda y aquél en que se dicta la sentencia, el juzgador podrá decretar cualquier medida tendiente a eliminar todo riesgo, aun cuando las mismas no estén expresamente previstas en la ley⁹⁷.

En opinión de Ortiz-Ortiz, en esta proposición no se establece un criterio que permita diferenciar entre las medidas típicas y las medias innominadas⁹⁸, confundándose como señala Claudia Madrid siguiendo a este autor, el poder

⁹⁶ Quintero Tirado, *La medida cautelar y la cooperación...*, ob. cit., p. 447.

⁹⁷ Rodríguez Cirimele, *El poder cautelar general...*, ob. cit., pp. 140-141.

⁹⁸ Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., pp. 266-267.

cautelar específico del juez para dictar las llamadas medidas típicas indicadas taxativamente por la ley, con el poder cautelar general propiamente dicho, que consiste en la facultad para dictar una medida no prevista en el ordenamiento jurídico, dirigida a asegurar los resultados del fallo, es decir, una medida innominada o atípica, aquélla que el juez define según su prudente arbitrio en consideración a las particularidades del caso, atendiendo a determinados requisitos en ejercicio de su poder cautelar⁹⁹.

Así, desde el punto de vista del juez, el poder cautelar general se manifiesta como aquél en el cual el legislador fija unas consideraciones básicas de procedencia de la medida, pero es el juez quien evalúa su pertinencia y adecuación. Mientras que, desde el punto de vista de las partes, este poder cautelar general representa la posibilidad de solicitar medidas *ad hoc* con base en situaciones no previstas en la ley, para proteger sus derechos en el curso de un proceso¹⁰⁰.

Otra distinción es la relativa a medidas preventivas y ejecutivas. Las medidas preventivas¹⁰¹, sean nominadas o innominadas, se entienden como aquéllas de carácter provisorio que son estrictamente necesarias para garantizar los resultados del juicio (art. 586 CPCV), excluyendo de esta manera las demás medidas jurisdiccionales, especialmente las medidas ejecutivas que pueden darse en la fase de ejecución (art. 534 y ss. CPCV). Como se señaló *supra*, las medidas ejecutivas, ejecutan un derecho actual y esta ejecutoriedad deriva de la sentencia definitivamente firme que ponen fin a la controversia, en este sentido, las medidas ejecutivas son definitivas e inmediatas e implican la finalización del proceso en el cual se ha conocido y valorado los hechos y se ha dictado sentencia definitiva, diferenciándose así de las medidas cautelares que son de carácter provisional y mediata y están ordenadas a un proceso que aún no ha culminado¹⁰².

Ahora bien, Podetti formuló la siguiente clasificación de las medidas cautelares:

- 1º) medidas para asegurar bienes, a) para asegurar la ejecución forzosa, y b) para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas; 2º) medidas

⁹⁹ Madrid Martínez, *Medidas cautelares y arbitraje...*, ob. cit., p. 91.

¹⁰⁰ Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., p. 271.

¹⁰¹ Aunque es de observar que, en el contexto de nuestro CPCV, la expresión “medida preventiva” hace alusión directa a la medida cautelar.

¹⁰² Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., pp. 18-19.

para asegurar elementos de pruebas; 3^o) medidas para asegurar personas, a) guarda provisoria de personas, y b) satisfacción de sus necesidades urgentes¹⁰³.

En el presente trabajo nos referiremos a las medidas cautelares que tienen por objeto asegurar cosas o bienes, con la finalidad de hacer posible una futura ejecución o mantener los bienes o las cosas en la situación en la cual se encontraba al momento de dictarse la medida.

Se excluye el tercer tipo de medidas cautelares dirigidas al resguardo o protección de las personas¹⁰⁴, en especial, las medidas reguladas en el artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado¹⁰⁵, en adelante LDIPr, caso especialísimo que se plantea principalmente en materia de relaciones familiares y cuyo fin último es la protección de personas¹⁰⁶.

Igualmente se excluye a las medidas cautelares sobre las pruebas, que son instrumentos o medios para asegurar la prueba como parte fundamental del proceso, en el supuesto que exista riesgo de no poder producirse la misma si se espera la oportunidad prevista para su evacuación en el proceso pertinente¹⁰⁷.

Ahora bien, respecto a estas medidas sobre las pruebas¹⁰⁸, consideramos importante señalar que no es pacífica la doctrina respecto su inclusión dentro

¹⁰³ Podetti, *Tratado de las medidas...*, ob. cit., p. 60.

¹⁰⁴ Con respecto al tema de la cooperación jurídica internacional en materia de menores ver: Rodríguez Reyes, Mirian / Claudia Lugo Holmquist, Cooperación jurídica internacional en materia de menores, en: *Derecho Familiar Internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Medellín, Diké, 2014.

¹⁰⁵ LDIPr., publicada en la *Gaceta Oficial* No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

¹⁰⁶ Al respecto ver: Carrasquero Stolk, Andrés: *Artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado*, Caracas, ACPS, Serie Tesis, 2009.

¹⁰⁷ Sobre este punto señala Claudia Madrid que este tipo de medidas cautelares podrían ser objeto de exhorto, por ser susceptibles de considerarse actos de mera instrucción. Madrid Martínez, Claudia, Ejecución de medidas cautelares dictadas en el extranjero, en: *Derecho Procesal Civil Internacional, In Memoriam Tatiana B. de Mackelt*, Caracas, ACPS, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2010, Serie Estudios No. 88, pp. 401 ss., especialmente p. 416.

¹⁰⁸ Así, por ejemplo, las medidas de aseguramiento de la prueba buscan asegurar el objeto de la prueba hasta el momento de la evacuación; y la anticipación de la prueba que consiste en la práctica de la prueba en un lapso anterior al legalmente previsto con carácter general cuando se cumplen determinadas circunstancias.

de las categorías de las medidas cautelares¹⁰⁹. Respecto a estas, los autores que las consideran como medidas cautelares sostienen que ellas proporcionan preventivamente un dato probatorio, positivo o negativo, que puede ser utilizado como premisa lógica de una futura resolución de cognición, por lo que sirven para el mejor resultado práctico de esta¹¹⁰ o aseguran su futura evacuación en el supuesto que exista un riesgo que impida que pueda producirse la prueba en la oportunidad prevista para la evacuación¹¹¹.

En contra se ha señalado que, si bien la anticipación a la prueba entendida de la forma antes mencionada es instrumental, esta instrumentalidad no es distinta a la presente en las realizadas dentro del momento procesal previsto para la evacuación de las pruebas, por lo cual la relación entre este tipo de pruebas y la sentencia definitiva no es tanto para asegurar su efectividad como para conseguir la convicción judicial¹¹². Así lo indicó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al señalar que este tipo de medidas no aseguran la futura ejecución, sino la prueba procesal, por lo que no pueden considerarse medidas cautelares¹¹³.

¹⁰⁹ Bonet Navarro, José, *Anticipación y aseguramiento de la prueba*. Capítulo V. pp. 313-314. Disponible en: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro179/lib179-5.pdf>

¹¹⁰ En este sentido: Herce Quemada, Vicente, El proceso cautelar, en: *Revista de Derecho Procesal*, 1966, Vol. IV, pp. 12 ss., especialmente p. 26; Fairén Guillén, Víctor, La reforma del proceso cautelar civil español, en: *Revista de Derecho Procesal*, 1966, Vol. IV, pp. 46 ss., especialmente p. 70.

¹¹¹ Carrasquero Stolk, Andrés, Foro especial para situaciones de urgencia, en: *Derecho Procesal Civil Internacional, In Memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, ACPS, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2010, Serie Estudios No. 88, pp. 175 ss., especialmente p. 182.

¹¹² En este sentido se pronuncian: Calderón Cuadrado, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, ob. cit., pp. 36-37, Serra Domínguez, Manuel / Francisco Ramos Méndez, *Las medidas cautelares en el proceso civil: teoría general de las medidas cautelares: medidas provisionales en relación con las personas, intervención judicial de bienes litigiosos*, 1974, p. 76 y Ortells Ramos, Manuel, *El embargo preventivo*, Barcelona, Librería Bosch, 1984, Vol. 18 de Biblioteca de Derecho Procesal, p. 33; Duque Corredor, *Apuntaciones sobre el procedimiento...*, ob. cit., p. 144; Ortiz-Ortiz, *El poder cautelar general...*, ob. cit., pp. 19-20.

¹¹³ En este sentido ver: Tribunal de Justicia / Sala Primera, Sent. No. EU:C:2005:255, 28 de abril de 2005 (*St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA*) citada en: Carrascosa González, Javier, El Reglamento 44/2001 de 22 Diciembre 2000 relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil. Textos de Derecho Internacional Privado, 2006.

II. Mecanismo para la ejecución de medidas cautelares extranjeras

El aumento del tráfico jurídico internacional ha llevado a la flexibilización de las fronteras y en consecuencia al incremento de las relaciones jurídicas internacionales. Lo anterior ha motivado a los Estados a regular dichas situaciones, poniéndose especial atención en el tema de la ejecución de actos dictados por jueces foráneos, los cuales pueden tener carácter coactivo y afectar en mayor o menor medida los derechos de los justiciables.

En esta tónica se plantea la problemática de las medidas cautelares extranjeras, las cuales llevan intrínseca la necesidad de ejecución o cumplimiento en territorio foráneo. Dicha materia se debate entre dos principales corrientes, a saber: Por un lado, países que conciben a las medidas cautelares como actos ejecutorios, sujetos a exequátur para su ejecución¹¹⁴, como si se tratara de una sentencia extranjera. Por el otro lado, países que consideran a las medidas cautelares como actos auxiliares al proceso, por tanto, susceptibles de ser tramitadas por vía del exhorto. En conclusión, se presenta un problema de calificación, según se entienda la naturaleza de las mismas, lo cual crea graves inconvenientes para su ejecución¹¹⁵.

No obstante, es menester señalar que, en los términos actuales de evolución de la cooperación judicial internacional¹¹⁶, esta es concebida como un medio que permite a los Estados un mejor cumplimiento de la función jurisdiccional del poder público, limitada por los principios de soberanía que prohíben la realización de actos por parte de un Estado en el territorio de otro sin el consentimiento de este último¹¹⁷.

¹¹⁴ Anteriormente en Brasil no se le podía reconocer eficacia a las medidas cautelares por la falta de carácter ejecutorio. No obstante, después de la reforma constitucional, el Supremo Tribunal de Justicia puede conceder eficacia a las medidas cautelares previo pase exequatur. La actitud de este país ha variado desde que es miembro del MERCOSUR respecto a no comprometerse por medio de convenios internacionales. Hoy día muestra un gran avance en este aspecto respecto de los demás Estados parte. Viñas Farré, Ramón, El reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras en Latinoamérica, pp. 165 ss., especialmente p. 175, disponible en: <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/30/12/12vinas.pdf>

¹¹⁵ Madrid Martínez, Algunas consideraciones sobre..., ob. cit., pp. 687-689.

¹¹⁶ Sobre las diferentes acepciones de la cooperación internacional ver: Guerra, Víctor, Parte general de la cooperación judicial internacional, en: *Derecho Procesal Civil Internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, ACPS, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2010, Serie de Estudios No. 88, pp. 321 ss., especialmente pp. 322-323.

¹¹⁷ Calvo Caravaca, Alfonso / Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 9ª ed., 2008, Vol. I, pp. 535 - 536.

Por lo expresado anteriormente, varios autores señalan que la cooperación jurisdiccional puede ser vista como un todo que contempla tres niveles de prestación y puede suscitarse en cualquier etapa del proceso¹¹⁸, en auxilio a la función jurisdiccional. Así puede presentarse al inicio del proceso, en la fase inicial, al solicitarse las citaciones o notificaciones; en la fase intermedia, al requerirse la probanza que, junto a la cooperación prestada por un Estado para la información sobre el derecho extranjero, integran el contenido de la cooperación jurisdiccional de primer grado.

Asimismo, puede proceder la cooperación en la etapa final del proceso, al requerirse la ejecución de la respectiva decisión del tribunal, con lo cual la ejecución de sentencias extranjeras se incluiría dentro de la cooperación judicial internacional. Sin embargo, la inclusión de este último aspecto dentro de la materia propia de cooperación jurisdiccional internacional es discutida¹¹⁹. Los que incluyen este aspecto suelen referirlo como cooperación jurisdiccional internacional de tercer grado¹²⁰.

En este sentido, hay que tener presente que el tema de las medidas cautelares extranjeras se considerará como parte de la cooperación judicial internacional, según el contenido amplio o restringido que se le asigne a la cooperación. Los que suelen incluirla se refieren a ella como cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado o cautelar, dado el mayor grado de coerción y mayor extensión cronológica¹²¹, prefiriendo la regulación de forma autónoma y diferenciada¹²² al resto del contenido de la cooperación judicial internacional. Se distingue así el tratamiento dado a las medidas cautelares con

¹¹⁸ Rodríguez Reyes de Mezoa, Mirian, *La cooperación judicial internacional y la tutela judicial efectiva*, Caracas, UCV, Universidad Metropolitana, Serie Trabajos de Grado No. 26, 2014, pp. 17-18.

¹¹⁹ Barrios, Haydée, Algunos aspectos sobre cooperación judicial internacional en el sistema jurídico venezolano, en: *Libro Homenaje a Werner Goldschmidt*, Caracas, FCJPUCV, Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado, Fundación Roberto Goldschmidt, 1997, pp. 383 ss., especialmente p. 385.

¹²⁰ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 17-18.

¹²¹ Tellechea Bergman, Eduardo, *Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 9.

¹²² Noodt Taquela, María Blanca, Embargos y otras medidas cautelares en el Mercosur, en: *Liber amicorum en homenaje al Profesor Doctor Didier Operti Badán*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2005, pp. 873 ss., especialmente p. 875.

respecto a los actos de simple trámite, como citaciones, notificaciones, entre otros.

A los efectos de este trabajo, nos limitaremos al tratamiento de las medidas cautelares según el mecanismo o forma de ejecución¹²³; es decir, a través de un exhorto o carta rogatoria o a través de un procedimiento de exequátur. Con tal objetivo, se analizarán a continuación las posiciones que ha asumido la doctrina venezolana y extranjera en torno a los mecanismos principales: Exequátur y exhorto o carta rogatoria; así como el estudio de los aspectos positivos y negativos de los mismos para la ejecución de las medidas cautelares extranjeras, y los cambios o progresos de estos mecanismos en algunas legislaciones, con miras a facilitar y adecuar la tramitación o ejecución de las medidas cautelares extranjeras.

A. Exequátur

Se ha entendido al procedimiento de exequátur como el trámite procesal de verificación de los presupuestos de eficacia de las decisiones extranjeras, realizadas por órganos del Poder Judicial en el caso venezolano. Ahora bien, en Venezuela dicho procedimiento solo es necesario para proceder a la ejecución de la decisión extranjera, pues los demás efectos se producen con el simple reconocimiento¹²⁴.

Así, cada Estado establece requisitos para que los actos de autoridades extranjeras tengan eficacia en su territorio. No obstante, algunos países sostienen posiciones estrictas de no reconocimiento de los actos extranjeros, requiriendo de un nuevo juicio; pero la mayoría se inclinan por establecer los requisitos de imperativo cumplimiento¹²⁵ para el reconocimiento de actos extraterritoriales.

¹²³ Guerra, *Parte general de la cooperación judicial...*, ob. cit., pp. 325-326.

¹²⁴ Hernández- Bretón, Eugenio, El procedimiento de exequátur, en: *Derecho Procesal Civil Internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, ACPS, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, Serie de Estudios No. 88, 2010, pp. 515 ss, especialmente pp. 515- 519.

¹²⁵ B. de Maekelt, Tatiana, Eficacia extraterritorial de las sentencias y demás actos de autoridades extranjeras, en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, XXV Seminario de Derecho Internacional Privado*, México, 17-19 de octubre de 2001, No. 31, pp. 75 ss., especialmente p. 75.

En el caso de las medidas cautelares dictadas por autoridades extranjeras, algunos ordenamientos jurídicos admiten la ejecución si estas obtienen el exequátur de ley. Es decir, se incluye dentro de la categoría de decisiones extranjeras, por lo que deben cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos para dicho supuesto.

1. Posición de la doctrina

Parte de la doctrina se inclina a favor del necesario procedimiento previo de exequátur para la ejecución de medidas cautelares extranjeras. Por ende, descartan la vía del exhorto o carta rogatoria para la ejecución de dichas medidas¹²⁶. La influencia de esta doctrina puede explicar la resistencia por parte del sistema venezolano para ratificar la CICMC, ya que esta adoptó la tesis que enmarca las medidas cautelares dentro del ámbito de la cooperación judicial internacional, por lo cual somete su eficacia a una tramitación por vía del exhorto¹²⁷.

Sobre esta posición, a nivel de la doctrina internacional, Carnelutti, refiriéndose al Código de Procedimiento Civil italiano de 1942¹²⁸, apuntaba que, si bien este Código era una elaboración científica muy avanzada, no se planteó lo referente a las providencias cautelares foráneas, por lo que descarta la eficacia del proceso cautelar extranjero. No obstante, agregaba que solo se podría reconocer si la cautelar extranjera tuviera forma de sentencia definitiva, haciendo una interpretación extensiva del artículo 796 de ese Código¹²⁹.

¹²⁶ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 46-47.

¹²⁷ B. de Maekelt, *Eficacia extraterritorial...*, ob. cit., p. 93.

¹²⁸ Fue promulgado en fecha 28 de octubre de 1940 y entró en vigor el 21 de abril 1942.

¹²⁹ “En línea política es discutible si, al lado de las normas que disciplinan la eficacia de las providencias jurisdiccionales extranjeras y, como veremos, de las providencias de jurisdicción voluntarias, no sería conveniente instituir otras relativas a las providencias cautelares o ejecutivas; como de la existencia de otros ordenamientos jurídicos se toma en cuenta en orden al proceso de cognición y al proceso voluntario, parecería justo hacerlo también así en orden a las otras dos especies procesales. Aunque el nuevo código sea fruto de una elaboración científica muy avanzada, quien lo formó no se planteó en estos términos el problema; por eso, en el título séptimo del libro cuarto no se habla ni de providencias ejecutivas ni de providencias cautelares. En principio, pues, el proceso ejecutivo o el proceso cautelar extranjero no tiene eficacia alguna en cuanto al ordenamiento italiano. Solo en el caso de que una providencia ejecutiva o cautelar extranjera tengan forma de sentencia, una amplia interpretación del art. 796 podría permitir que se le reconociera eficacia”. Carnelutti,

Ahora bien, Ramos Méndez sostuvo, en oposición a la doctrina que niega la posibilidad de someter las medidas cautelares al procedimiento de exequátur, por carecer estas del carácter de cosa juzgada, que,

las resoluciones sobre medidas cautelares son también definitivas, dentro de las limitaciones temporales de su contenido y, aún más, ejecutivas, no obstante la interposición de recurso contra las mismas. Existe también en estas resoluciones cosa juzgada con unos límites objetivos y temporales bien precisos, que son los propios de toda medida cautelar. Por esta razón, la medida cautelar no está llamada a perdurar, pero tampoco hay obstáculo en reconocerle la eficacia que tiene y particularmente en cuanto a la ejecución¹³⁰.

No obstante, el propio autor destaca los inconvenientes que puede generar el procedimiento de exequátur para la ejecución de la medida cautelar, señalando que

Las medidas cautelares provenientes de otro país tampoco deberían necesitar exequátur previo o, al menos, este debería limitarse al reconocimiento de las formalidades extrínsecas de la resolución que la acuerda. Tamizar la medida por vía del exequátur, con amplios motivos de oposición que por lo general se refieren al proceso principal es hacerla virtualmente inoperante¹³¹.

La posición sostenida por Ramos Méndez es apoyada por Rodríguez, quien, ante la aun posición imperante en el sistema venezolano que considera necesario el pase legal de las medidas en cuestión, al tiempo que niega su ejecución por vía del exequátur, la considera como más flexible y equilibrada. Señalando que, de ser tramitadas por vía del exequátur, este se ceñiría a examinar las formalidades extrínsecas de la providencia cautelar. Es decir, se trata de decisiones con fuerza de cosa juzgada formal dentro de tales límites¹³². No deja de señalar la autora, que cualquiera que fuera la solución que adoptasen los jueces venezolanos en materia de medidas cautelares extranjeras, la misma debe estar dirigida a facilitar la asistencia y no a entorpecerla¹³³.

En este mismo sentido, se ha pronunciado Ruiz, quien ha señalado que la urgencia que revisten las medidas cautelares no justifica el omitir la verificación de las condiciones necesarias para la ejecución de una sentencia, por

Francesco, *Instituciones del proceso civil* (trad. se la 5ª ed. italiana S. Sentís Melendo), Buenos Aires, EJE, 1959, Vol. I, p. 129.

¹³⁰ Ramos Méndez, *Arbitraje internacional y medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 453-454.

¹³¹ Ramos Méndez, *Arbitraje internacional y medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 453-454.

¹³² Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 50-52.

¹³³ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., p. 52.

tanto, ante el supuesto de la ejecución de una medida cautelar se debería verificar las condiciones establecidas en el artículo 53 de la LDIPr, en especial las referidas al control de la competencia indirecta, las garantías procesales, adecuación al orden público, entre otros¹³⁴.

Aunque no deja de señalar dicha autora lo engorroso que sería tramitar la medida cautelar por vía del procedimiento exequátur, por tanto, termina concluyendo cómo vía más adecuada el tramitar la medida cautelar a través de exhortos o cartas rogatorias y establecer un mínimo de revisión de los requisitos establecidos para darle eficacia a una sentencia extranjera, tomando en consideración la naturaleza de la medida cautelar, la urgencia y la justicia material al caso en concreto¹³⁵.

Dentro de la doctrina venezolana, Rodríguez Cirimele opina que la medida cautelar es una sentencia relacionada con el proceso principal, pero con vida propia, cuya ejecución en el país receptor debe ser sometida al pase legal¹³⁶. Asimismo, Feo ha señalado que las providencias cautelares tienen carácter de sentencias interlocutorias ejecutorias, por lo que se estima que la ejecución en el territorio nacional ha de ser precedida del procedimiento de exequátur¹³⁷.

Igualmente, Jiménez Salas, siguiendo el criterio jurisprudencial de la CSJ, en el caso *Knittax Argentina S.A. c. la Rueda C.A.*¹³⁸, señala que la ejecución en el país de la medida cautelar dictada por autoridad jurisdiccional extranjera se encuentra condicionada al juicio de exequátur¹³⁹.

En este mismo orden de ideas, señala Mezgravis que, en materia de arbitraje, se debe distinguir cuando la medida cautelar es dictada en conexión con el arbitraje por el Juez o es dictada por el propio tribunal arbitral, estableciendo que, en el primer caso, cuando la medida cautelar es dictada por un Juez en

¹³⁴ Ruíz, María Alejandra, Ejecución de las medidas cautelares de conformidad con la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, pp. 413 ss., especialmente pp. 421-422.

¹³⁵ Ruíz, Ejecución de las medidas cautelares..., ob. cit., pp. 422-423.

¹³⁶ Rodríguez Cirimele, *El poder cautelar general...*, ob. cit., pp. 446-447.

¹³⁷ Feo, Ramón F., *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil venezolano*, Argentina-Venezuela, Edit. Biblioamérica, 1953, Vol. III, p. 206.

¹³⁸ Esta decisión, de fecha 14 de julio de 1971, dictada por la antigua CSJ será estudiada con detenimiento en el capítulo III.

¹³⁹ Jiménez, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 20, 46-47.

conexión con un proceso arbitral, no se le quita a esa sentencia su carácter judicial, por ende no resulta aplicable la Convención de Nueva York¹⁴⁰. Concluyendo que, en estos casos, la sentencia judicial cautelar debe cumplir con el proceso de exequátur conforme a la legislación del Estado en que se quiere ejecutar. Por lo tanto, para este autor, cuando se dicta una medida cautelar por un Juez extranjero con conexión a un arbitraje internacional, dicha sentencia requerirá del exequátur para desplegar eficacia en Venezuela¹⁴¹.

Gonzalo Parra Aranguren, en ocasión de comentar la CICMC, cuestionaba las ventajas de tratar las medidas cautelares en forma independiente del régimen de eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, indicando además que esta autonomía en la regulación se ve afectada por la obligada intervención del Estado donde deban ejecutarse, al límite de otorgarle la facultad de exigir suficiente garantía por parte del solicitante. Así, en consideración de este autor, se debilita la deseada asistencia judicial internacional¹⁴².

El mismo autor señaló que Venezuela no había ratificado todavía la CICMC, en razón a la resistencia a algunas de sus disposiciones consideradas inapropiadas y por entender a las medidas cautelares como decisiones judiciales, incluidas en el régimen establecido en la Conferencia Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros¹⁴³, en adelante CIESLAE, que había sido ratificada por Venezuela¹⁴⁴.

En el ámbito europeo, el tema de la ejecución de las medidas provisionales se asomó en el Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 y tuvo mayor relevancia desde que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁴⁵ admitió que las mismas podían tener un efecto extraterritorial y, en

¹⁴⁰ *Gaceta Oficial* No. 4.832 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994.

¹⁴¹ Mezgravis, Las medidas cautelares en el sistema..., ob. cit., pp. 51-53, 68.

¹⁴² Parra Aranguren, Gonzalo, La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), en: *Actas Procesales*, 1979, p. 111.

¹⁴³ *Gaceta Oficial* No. 33.144, 15 de enero de 1985.

¹⁴⁴ Parra Aranguren, Gonzalo, La segunda etapa de los Tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1945-1995), en: *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, FCJPUCV, 1998, Vol. II, pp. 509 ss., especialmente p. 534.

¹⁴⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 125/79, 21 de mayo de 1980, (*Denilauler c. SNC Couchet Frères*), pp. 527-536, en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=90540&doclang=ES>; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto. C-391/95, 17 de noviembre de 1998, (*Van Uden Maritime BV / Van Uden Africa Line c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*), pp. I-7122-I7140, en: <http://curia.europa.eu>

consecuencia, extender sus efectos fuera del territorio de la jurisdicción que las hubiera adoptado, estableciendo como límite que la decisión no haya sido adoptada en un procedimiento unilateral; y que el Juez de origen haya respetado los límites impuestos por el Tribunal de Justicia al artículo 31 del Reglamento Bruselas I¹⁴⁶.

En este contexto, los primeros cuestionamientos para aceptar su procedencia eran la susceptibilidad de ser modificada o la ausencia del carácter de firmeza, por consiguiente, resultan demasiado inestables para ser reconocidas y ejecutadas en el extranjero¹⁴⁷.

No obstante, el Convenio *supra* mencionado, en su artículo 24 reconoce implícita, pero nítidamente, la admisión de medidas instrumentales de un proceso extranjero¹⁴⁸. La interpretación de dicho artículo fue reñida y discutida¹⁴⁹, recayendo sobre la posibilidad de reconocer o no dichas medidas ante el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias.

Los resultados de esta discusión dieron lugar a la adopción en el Reglamento No. 44/2001 Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil¹⁵⁰, en adelante Bruselas I, que optó por flexibilizar el concepto de sentencia definitiva, por lo que incorporó el de resolución judicial que incluye las decisiones judiciales provisionales, como las medidas de conservación o medidas cautelares, siempre que se dicten en el curso de un procedimiento contradictorio¹⁵¹. En

pa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44211&pageIndex=0&d-clang=es&mode=lst&dir=&c=first&part=1&cid=282883.

¹⁴⁶ Cumiberti, Gilles, La ejecución de las medidas provisionales y cautelares extranjeras en materia civil y mercantil en Europa, en: *Diario la Ley*, 31 de marzo de 2011, año XXXII, No. 7601, Sección Tribuna, 31 Mar. 2011, Edit. LA LEY, Traducción Marta Requejo Isidro, pp. 1-11, ver especialmente pp. 1-3.

¹⁴⁷ De Miguel Asensio, Pedro A, Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, en: *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, pp. 1 ss., especialmente p. 16. Disponible en: http://eprints.ucm.es/6905/1/REVRECONOCJORN_2000.pdf

¹⁴⁸ Ortells Ramos, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., p. 2.

¹⁴⁹ Ortells Ramos, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., p. 2.

¹⁵⁰ Reglamento (CE) No. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil.

¹⁵¹ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis / Javier Carrascosa González, Ejecución de resoluciones patrimoniales en la Unión Europea: El Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000, en:

función de lo anterior, señala Javier Carrascosa González, al comentar el Reglamento 44/2001 Bruselas I, que en el caso de las medidas cautelares adoptadas por el tribunal que conoce del fondo del asunto sobre bienes situados en otro Estado miembro es preciso un exequátur de la resolución judicial en el Estado donde se hallan los activos del deudor¹⁵².

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Reglamento 1215/2012 Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil¹⁵³, en adelante Bruselas I bis, se introduce una importante modificación, con respecto al Reglamento Bruselas I, contenida en el Considerando 33, que señala que cuando la tutela cautelar sea otorgada por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto, se deberá garantizar la libre circulación de las medidas cautelares en el espacio judicial europeo, reconociendo de esta forma la competencia del juez que conoce el fondo del asunto para dictar medidas cautelares y la eficacia extraterritorial de estas¹⁵⁴.

En este sentido, dichas medidas serán reconocidas y ejecutadas por los demás Estados miembros automáticamente conforme al nuevo régimen del Reglamento¹⁵⁵. Por tanto, el reconocimiento y la ejecución pasan a ser totalmente

Revista Internacional Law, 2004, No. 3, pp. 363 ss., especialmente pp. 415-416, Igualmente: Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, Medidas cautelares y arbitraje privado internacional, en: *Foro de Derecho Mercantil: Revista Internacional*, 2005, No. 6, pp. 61 ss.

¹⁵² Carrascosa González, El Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000..., ob. cit., pp. 69-70.

¹⁵³ Reglamento (CE) No. 1215/2012 del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil. Este nuevo instrumento, como prevé su artículo 80, deroga el Reglamento 44/2001, conocido también como Reglamento Bruselas I. Con la única excepción de Dinamarca, todos los Estados miembros de la Unión Europea se hallan vinculados por el nuevo Reglamento y sujetos a su aplicación. De Miguel Asensio, Pedro Alberto, El nuevo Reglamento sobre Competencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones, en: *Diario La Ley*, 2013, año XXXIV, No. 8013, pp. 1 ss., especialmente p. 4.

¹⁵⁴ Pérez González, Alex Danilo, *La adopción de medidas cautelares en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012. Competencia judicial y reconocimiento de resoluciones*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, Facultat de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Privado, 2015, Trabajo de Fin de Grado, pp. 20-21.

¹⁵⁵ Carballo Piñeiro, Laura, Unión Europea: comienza a aplicarse el Reglamento Bruselas I bis, en: *Cartas Blogatorias, El Blog de los Litigios Internacionales*, 10 de enero de 2015, disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2015/01/10/union-europea-comienza-aplicarse-el-reglamento-bruselas-bis/>

automáticos¹⁵⁶. Es decir, una resolución de medidas cautelares dictada por un juez de otro Estado miembro con competencia sobre el fondo producirá efectos de pleno derecho en el Estado miembro requerido sin necesidad de exequátur¹⁵⁷, quedando limitadas a que emanen de tribunales competentes sobre el fondo, y que, además, en caso de medidas dictadas *inaudita alteram pars*, estas hayan sido notificadas con carácter previo a la ejecución. Tales exigencias derivan de una interpretación sistemática del artículo 2.a) y del contenido del certificado previsto en el artículo 42.2.b) del Reglamento Bruselas I bis¹⁵⁸.

Igualmente, el sistema español incluyó en la nueva Ley 29/2015¹⁵⁹ de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, en su título V dedicado al “reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en registros públicos”, a las medidas cautelares y provisionales, señalando que serán susceptibles de reconocimiento y ejecución cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva, y siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria¹⁶⁰.

2. Aspectos positivos

Los autores anteriormente mencionados han expuesto puntos a favor del necesario juicio previo de exequátur para lograr la ejecución de las medidas

¹⁵⁶ Si bien la intención del legislador era la eliminación del exequátur, esta no se logró, ya que la supresión de este procedimiento no implica una ejecución automática o incontestable de la resolución emanada de otro Estado miembro, sino que se prevé la posibilidad de paralizar la ejecución cuando se invoquen, a solicitud de parte interesada, los motivos de denegación del reconocimiento. Etxaburu Lejardi, Bittor, *Análisis de las principales novedades del Reglamento (UE) 1215/2012 en la conquista de la libre circulación de las resoluciones en el espacio judicial europeo*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, Derecho Internacional Privado, 14 de junio de 2015, Trabajo fin de Grado en Derecho. Disponible en: <http://bittor-etxaburu.blogspot.com/2015/10/analisis-de-las-principales-novedades.html>

¹⁵⁷ Pérez González, *La adopción de medidas cautelares...*, ob. cit., p. 30.

¹⁵⁸ Jiménez Blanco, Pilar, La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los reglamentos europeos, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 2018, Vol. 70/1, pp. 101 ss., especialmente p. 114. http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/01/4_estudios_jimenez_ejecucion_forzosa.pdf

¹⁵⁹ *Boletín Oficial del Estado*, No. 182, 31 de julio de 2015, Sec. I, p. 65927.

¹⁶⁰ Carballo Piñeiro, Laura, España: la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, en: *Cartas Blogatorias, El Blog de los Litigios Internacionales*, 26 de noviembre de 2015, disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2015/11/26/1003/>

cautelares extranjeras. Se puede sintetizar el argumento principal sostenido por la doctrina, afirmando que las medidas exceden de actos de mera instrucción, por lo que implican, en principio, una ejecución de sentencia. En este sentido, asimila a las medidas cautelares el carácter de sentencias interlocutorias ejecutorias¹⁶¹, las cuales, si bien no tienen el carácter definitivamente firme, son de ejecución inmediata.

En este sentido, se ha destacado que existe una diferencia entre la decisión judicial con fuerza de cosa juzgada y una sentencia ejecutoriada, ya que la primera implica la segunda, pero no necesariamente sucede lo inverso. En este sentido, Devis Echandía explica que la cosa juzgada es una expresión de voluntad del Estado establecida en la ley con fines de certeza jurídica, en virtud de la cual se impide ejercer nuevamente la misma pretensión, prohibiéndose un pronunciamiento distinto sobre el mismo asunto entre las mismas partes, de modo que la decisión respectiva no pueda ser modificada en proceso posterior, adquiriéndose carácter definitivo e inmutable.

Continúa este autor, en referencia a la sentencia ejecutoriada, recalcando fundamentalmente el efecto vinculante y por tanto obligatorio que adquiere una decisión con tal carácter, lo que también es propio de la así denominada cosa juzgada formal. Para el mencionado autor, cuando se habla de esta no existe en realidad cosa juzgada, sino que se trata de la simple ejecutoria del fallo¹⁶².

En este sentido, Couture¹⁶³ menciona los ejemplos clásicos relativos a los juicios de alimentos o de guarda de menores, y explica que en las sentencias resultantes de estos únicamente se consigue la inimpugnabilidad, mas no la inmutabilidad de la decisión, ya que estas son eficaces mientras se mantenga el estado de cosas tenido en cuenta para decidir¹⁶⁴.

¹⁶¹ Parra Aranguren, *La Segunda Conferencia Especializada...*, ob. cit., p. 206.

¹⁶² Devis Echandía, Hernando, citado por Delgado Soto, Germán, Requisitos de eficacia, en: T. Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.) *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, FCJPUCV, Centro de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, Tomo II, pp. 1147 ss., especialmente p. 1150.

¹⁶³ Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 3^o ed., 1997, pp. 416-417 citado por Delgado Soto, Requisitos de eficacia..., ob. cit., p. 1151.

¹⁶⁴ A estos supuestos se puede agregar el caso de la rectificación de partida del estado civil en Venezuela, según la posición doctrinaria que hace referencia al carácter relativo de la cosa juzgada de las decisiones que se dicten en este tipo de procedimiento, conforme a lo establecido en el art. 504 del CCV. Así lo expone Domínguez Guillén en los siguientes términos:

Lo anterior es consecuente con lo sostenido por Ramos Méndez, para quien las medidas cautelares son también definitivas, en el marco de las limitaciones temporales de su contenido y, aún más, ejecutivas, no obstante, la posibilidad de interponer recurso contra ellas, pues existe en las resoluciones sobre medidas cautelares cosa juzgada, pero con límites objetivos y temporales bien precisos, propios de toda medida cautelar. En este sentido, la medida cautelar no está dirigida a perdurar, no obstante, tampoco existen obstáculos para reconocerle la eficacia que posee, especialmente en cuanto a la ejecución¹⁶⁵.

En este orden de ideas, parece coincidir la doctrina con lo establecido en el artículo 55 de la LDIPr, que exige el necesario pase de exequátur a aquellos actos que impliquen ejecución coactiva. Ejecución entendida como efecto procesal propio de la sentencia, es decir, de imponer coercitivamente el contenido de la decisión¹⁶⁶.

Otro de los argumentos señalados se refiere al tema de la autoridad competente para ejecutar las medidas cautelares extranjeras, la cual ha dado lugar a las decisiones en esta materia, tal y como se verá en el Capítulo III. En este sentido, señala Parra Aranguren, que tradicionalmente en Venezuela la asistencia judicial para actos de mero trámite corresponde a los jueces de primera instancia con jurisdicción en el lugar donde deban realizarse, lo cual fue introducido por el CPCV de 1873; y el precepto ha sido reiterado en todas las formas posteriores¹⁶⁷ hasta la actualidad, consagrado en el artículo 857 del CPCV vigente.

De esta forma, Parra Aranguren cuestionaba la utilización de los exhortos o cartas rogatorias para pretender la ejecución de sentencias extranjeras cuyo exequátur ni siquiera había sido solicitado ante las autoridades competentes.

“En cuanto a la cosa juzgada, aunque resulte difícil de asimilar, la doctrina refiere el carácter ‘relativo’ de las decisiones de rectificación de partidas, en atención al artículo 504 del CC que prevé: ‘Las sentencias recaídas en los juicios de rectificación no producirán efectos sino entre las partes que intervinieron en el juicio. Nunca podrá ir contra lo decidido en tales fallos, aún respecto de los que no fueron parte, quien promovió la rectificación’.”. Domínguez Guillén, María, *La rectificación de partidas: referencia sustantiva y algunas notas procedimentales*, en: *RFCJPUCV*, 2010, No. 135, pp. 245 ss., especialmente p. 294.

¹⁶⁵ Ramos Méndez, *Arbitraje internacional y medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 453-454.

¹⁶⁶ Hernández-Bretón, *El procedimiento de exequátur...*, ob. cit., p. 517.

¹⁶⁷ Parra Aranguren, Gonzalo, *Autoridades competentes para permitir eficacia extraterritorial a los actos extranjeros en Venezuela*, en: *Estudios de Derecho Procesal Civil Internacional*, Caracas, FCJPUCV, 1998, pp. 149 ss., especialmente p. 206.

El autor incluía dentro de este grupo a los exhortos que contenían medidas cautelares extranjeras, considerando que estas excedían de actos de simples trámites, no pudiendo ser ejecutadas por los jueces de primera instancia, debido a su carácter ejecutivo. Por lo tanto, estas deben ser tramitadas previo sometimiento al juicio previo de exequátur pedido ante las autoridades correspondientes, es decir, la Suprema Corte de Justicia, hoy, Tribunal Supremo de Justicia¹⁶⁸.

Otro argumento a favor del exequátur es que, con la implementación de este, se puede prevenir el uso y abuso de las medidas cautelares extranjeras para violentar el orden interno, ya que entorpece la instrumentalización fraudulenta del mecanismo cautelar¹⁶⁹, esto debido a los obstáculos que implica el procedimiento de exequátur, entre ellos, otorgar a la parte afectada la posibilidad de ejercer su defensa en dicho procedimiento.

3. Aspectos negativos

El pase previo de exequátur para la ejecución de las medidas cautelares crea insuperables dificultades en la práctica¹⁷⁰. El sometimiento a este procedimiento de las medidas cautelares hará que pierda su virtualidad y eficacia, por cuanto tales medidas no cumplen con algunos de los requisitos para la eficacia de sentencias extranjeras y que, por lo general, se refieren al proceso principal, atentando contra la necesidad de planteamiento ágil que caracteriza al proceso cautelar¹⁷¹.

¹⁶⁸ Parra Aranguren, *Autoridades competentes...*, ob. cit., pp. 206 y 217; Feo, *Estudios sobre el Código de V.III...*, ob. cit., pp. 212-213.

¹⁶⁹ Quintero Tirado, *La medida cautelar y la cooperación...*, ob. cit., pp. 458, 463-464. En este sentido con ocasión de la discusión del Proyecto de CICMC; el informe del relator de la comisión I, señaló la potestad del juez requerido de aplicar sanciones previstas en su legislación en caso de medidas cautelares otorgadas a consecuencia de peticiones maliciosas. Coloca como ejemplo, medidas cautelares impuestas en el caso que por sentencia ejecutoria se absuelva al demandado y que por esto se muestre que el solicitante de la medida no tenía el derecho sustantivo que pretendió garantizar mediante ella. Este hipotético caso puede representar los abusos a evitar con el sometimiento de las medidas cautelares al pase de exequátur, pues desde el punto de vista de los defensores de esta tesis, se puede tener un mayor control del acto a ejecutar en el territorio.

¹⁷⁰ B. de Maekelt, Tatiana, *Ley venezolana de derecho internacional privado. Tres años de su vigencia (Trabajo de incorporación a la ACPS)*, en: *BOACPS*, 2004, No. 142, pp. 25 ss., especialmente p. 109.

¹⁷¹ Quintero Tirado, *La medida cautelar y la cooperación...*, ob. cit., p. 458.

En este sentido, se hace énfasis en el carácter definitivo o de cosa juzgada de la sentencia cuyo reconocimiento se solicita, el cual es exigido en todas las fuentes vigentes para Venezuela en materia de eficacia extraterritorial de sentencias¹⁷².

Ciertamente, el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911)¹⁷³, en adelante AB, dispone, en su artículo 5, letra b que las sentencias dictadas en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado si, entre otros requisitos, la decisión tiene “el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido”.

Por su parte, el artículo 2, letra g de la CIESLAE establece que las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras tendrán eficacia extraterritorial en los Estados parte si tienen “el carácter de ejecutorios o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados”.

Finalmente, la LDIPr, en su artículo 53, numeral 2, incluye como requisito de reconocimiento el que las sentencias extranjeras tengan “fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la Ley del Estado en el cual han sido pronunciadas”.

Sobre la base de este requisito, que debe estar presente en toda sentencia que pretenda ser ejecutada en el territorio nacional, la otra parte de la doctrina ha objetado la procedencia del procedimiento previo de exequátur para las medidas cautelares, ya que carecen del carácter de cosa juzgada material. En este sentido se ha pronunciado Guasp, quien señala que se opone a la firmeza de la cosa juzgada, la discrecionalidad que tiene el juez para otorgarla y la potestad para revocar la medida cautelar, la inmutabilidad de los resultados no se compagina con la naturaleza de las medidas cautelares¹⁷⁴. Por tanto, las medidas cautelares no son definitivamente firmes¹⁷⁵.

¹⁷² Madrid Martínez, Claudia, Venezuela, El acceso a la justicia y la prueba del carácter ejecutoriado de la sentencia extranjera de divorcio en sede de exequátur, *Cartas Blogatorias*, marzo de 2016. En: <https://cartasblogatorias.com/2016/03/29/venezuela-acceso-la-justicia-la-prueba-del-caracter-ejecutoriado-la-sentencia-extranjera-divorcio-sede-exequatur/>

¹⁷³ Suscrito en Caracas en 1911 y ratificado en 19 de diciembre de 1914. Fue ratificado por Bolivia en fecha 14 de diciembre de 1912, Colombia el 28 de julio de 1914, Ecuador el 31 de agosto de 1914 y Perú el 22 de agosto de 1915.

¹⁷⁴ Guasp, *Derecho procesal...*, ob. cit., pp. 539, 548-549.

¹⁷⁵ Henríquez La Roche, Ricardo, *Código de Procedimiento Civil*, Caracas, 2000, Tomo V, p. 518.

Si bien, como se señaló *supra*, las medidas cautelares son de ejecución inmediata, estas no tienen el carácter definitivamente firme. Las mismas solo generan una cosa juzgada formal (inmutabilidad del fallo por preclusión de la posibilidad de impugnación) con ciertos límites, y en ningún supuesto cosa juzgada material o sustancial (inmutabilidad de los efectos de la sentencia no sujeta ya a recursos, en todo proceso futuro sobre el mismo objeto), es lo que ha señalado Guasp como “límite temporal de la cosa juzgada”, la cual no opera cuando se modifican, por el transcurso del tiempo, las circunstancias fundamentales que dieron origen al fallo¹⁷⁶.

Las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias fundamentadas en la cláusula *rebus sic stantibus*, dicha cláusula consiste en que, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron¹⁷⁷. Por ende, la mutabilidad o inmutabilidad está sometida a la situación de hecho que les dio origen.

Dado lo anterior, en caso de cambiar las exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó la medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia, a solicitud de las partes. Por tanto, solo se produce una sentencia con fuerza de cosa juzgada meramente formal; es decir, aquella que, conservando los caracteres de inimpugnabilidad y coercibilidad eventual, es, sin embargo, modificable¹⁷⁸.

Lo anterior choca con lo señalado en el artículo 5, letra b del AB, el artículo 2, letra g de la CIESLAE y en el artículo 53, numeral 2 de la LDIPr que establecen que la sentencia tenga fuerza de cosa juzgada, sin distinguir respecto a qué límites y condiciones, únicamente señala que deberá calificarse conforme a la ley del Estado en el cual han sido pronunciadas, por tanto, su ejecución por vía de exequátur se tropezaría con dicho obstáculo.

¹⁷⁶ Guasp, Jaime, *Los límites temporales de la cosa juzgada*, Madrid, s/f, s/e, pp. 435-472, disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1948-20043500472 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Los límites temporales de la cosa juzgada

¹⁷⁷ Ver: Ramírez Flores, Nora, Cláusula *Rebus Sic Stantibus*. ¿Una opción para el problema del agua en la frontera norte?, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2007, Vol. VII, p. 626. En: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/7/cmt/cmt17.pdf>

¹⁷⁸ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 42.

Ahora bien, otra de las dificultades que puede presentar la aplicación del juicio de exequátur a las medidas cautelares se relaciona con la característica *inaudita alteram pars*¹⁷⁹. Tal como se señaló en el capítulo I, las medidas cautelares se pueden dictar en cualquier estado y grado de la causa, así como *inaudita alteram pars*; lo que puede implicar que estas sean decretadas sin necesidad de escuchar a la parte contraria. La regla general es que pueden ser dictadas aun cuando no se hubiese producido la contestación de la demanda ni la citación del demandado¹⁸⁰.

Esta característica, que es una garantía de eficacia de las medidas cautelares, resulta un inconveniente para su ejecución a través del exequátur, ya que dicho procedimiento requiere necesariamente citar a la persona contra la cual obre la sentencia que se pretende ejecutar¹⁸¹; pudiendo menoscabar la eficacia de la medida cautelar al perturbarse dos elementos fundamentales para el logro del fin de la medida cautelar como son la sumariedad y la sorpresa, que vienen dados por el carácter *inaudita alteram pars*¹⁸².

Sostener esta posición traería como consecuencia otorgarle al litigante de mala fe una herramienta útil para demorar la ejecución de la medida cautelar, al eludir la citación, a su vez podría materializar la lesión invocada por el actor que se pretende evitar mediante la solicitud de la tutela preventiva.

En este mismo orden de ideas, se debe tener presente otro supuesto que se relaciona con el carácter *inaudita alteram pars*, como es lo establecido en el literal c del artículo 5 del AB¹⁸³, el literal e del artículo 2 de la CIESLAE¹⁸⁴ y

¹⁷⁹ Quintero Tirado, La medida cautelar y la cooperación..., ob. cit., p. 460.

¹⁸⁰ De Stefano Pérez, Alfredo, La necesidad de la constitución..., ob. cit., p. 204.

¹⁸¹ En el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 las medidas cautelares para que pudieran ser ejecutadas en el territorio de otro Estado era necesario el pase de exequátur, y para poder obtenerlo era indispensable que la medida provisional o cautelar hubiera sido adoptada previa audiencia al demandado (art. 32 de este reglamento y Sentencia del tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 21 de mayo de 1980 caso *Denilauler*). Carrascosa González, El Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000..., ob. cit.

¹⁸² Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 162. también ver: Calvo Caravaca / Carrascosa González, Ejecución de resoluciones..., ob. cit., pp. 414 - 415.

¹⁸³ Art. 5.c del Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros: "Que la parte contra quien se ha dictado haya sido legalmente citada o representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio".

¹⁸⁴ Art. 2.e de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros: "Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalentemente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto".

numeral 5 del artículo 53 de la LDIPr¹⁸⁵, los cuales establecen como requisito para la ejecución de la sentencia extranjera que haya sido debidamente citado el demandado, por lo cual, una medida cautelar que se pretenda ejecutar antes de haberse citado al demandado no cumpliría con este requisito, no surtiendo efectos en el territorio nacional.

La razón de este requisito es evitar que se defraude el derecho a la debida defensa del demandado y, por ende, garantizar se resguarden las garantías procesales. No obstante, señala Henríquez La Roche, de forma correcta según nuestra opinión, que el carácter *inaudita alteram pars* no debe ser entendido como una actuación secreta o clandestina del juez, con reserva de actas¹⁸⁶.

Como se ha venido afirmando, el carácter *inaudita alteram pars* se relaciona con la finalidad misma de la medida cautelar; y condicionar la ejecución de la medida cautelar a la constitución de las partes, en el procedimiento principal, afectaría al solicitante que pretende ejecutar la medida cautelar, haciéndola inoperante.

No obstante, el supuesto que se viene discutiendo ha sido previsto en el sistema europeo de reconocimiento y ejecución, establecido en el Reglamento Bruselas I bis, el cual excluye a las medidas provisionales y a las cautelares acordadas sin que el demandado haya sido citado o exige que la resolución sea notificada al demandado previa ejecución, lo que es consistente con la posición sostenida por el Tribunal de Justicia Europeo en su jurisprudencia¹⁸⁷ y seguido por la legislación española, que exige la previa audiencia de la parte contraria para la ejecución de las medidas cautelares extranjeras¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Art. 53.5 de la LDIPr: “Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa”.

¹⁸⁶ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 162.

¹⁸⁷ Decisiones a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de mayo de 1980, 125/79, caso *Denilauler*. De Miguel Asensio, *El nuevo Reglamento...*, ob. cit., p. 4.

¹⁸⁸ No obstante, la legislación española es menos severa que el régimen previsto por el legislador europeo, ya que se prevé como excepción que proceda la medida cautelar acordada *inaudita alteram pars*, debiendo acreditar quien lo solicite, que, concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, debiéndose notificar, en cualquier caso, sin dilación incluso inmediatamente después de la ejecución de las medidas. Pérez González, *La adopción de medidas cautelares...*, ob. cit., p. 35.

A pesar de la *supra* indicado, en el ámbito europeo, para el caso de la orden europea de retención de cuentas, se ha dado una respuesta diferente al permitirse de forma explícita la ejecución de medidas cautelares dictadas *inaudita parte*¹⁸⁹, lo que busca reforzar el efecto sorpresa en aquellas medidas dictadas incluso para su ejecución fuera del territorio del Estado¹⁹⁰. Sin embargo, igualmente se prevé el control de la competencia aunque se articularía ante los tribunales del Estado de origen, como motivo de impugnación del título¹⁹¹.

Ahora bien, en el caso Reglamento Bruselas I bis y la legislación española, nótese que estas normas exigen para la ejecución de las medidas cautelares que el demandado haya sido citado y, en caso contrario, que por lo menos la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución, por tanto podemos deducir, que lo que interesa a la norma es que la parte contra la cual se ejecuta la medida tenga conocimiento de que existe o va entablarse un procedimiento en su contra¹⁹².

Se puede observar que la tramitación de la medida cautelar, a la luz de los requisitos y procedimiento del exequátur, plantea dos intereses contrapuestos, como sería el derecho a la defensa de la contraparte y el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de la protección cautelar.

Por tanto, los sistemas anteriormente mencionados optan por privar la garantía del respeto al derecho a la defensa del demandado, es decir, de otorgarle la posibilidad de defenderse en caso de que la resolución haya sido adoptada en rebeldía del demandado y no se le haya notificado; que no sea sorprendido por la ejecución de una resolución de la cual no tenga conocimiento¹⁹³.

Sin embargo, las medidas cautelares, como se dijo *supra*, están revestidas del carácter de urgencia, el cual tiene dos manifestaciones distintas, la primera es la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y la segunda es la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de

¹⁸⁹ Art. 11 del Reglamento (UE) No. 655/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DO núm. L 189, de 27 de junio de 2014)

¹⁹⁰ Jiménez Blanco, La ejecución forzosa de las resoluciones..., ob. cit. p. 114.

¹⁹¹ Art. 33 del Reglamento No. 655/2014

¹⁹² Jiménez Blanco, La ejecución forzosa de las resoluciones..., ob. cit., pp. 34-35.

¹⁹³ Pérez González, *La adopción de medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 33 - 34.

fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal antes de proceder a la ejecución¹⁹⁴. Colocar obstáculos a la ejecución de las medidas cautelares dictadas en el extranjero iría contra la finalidad misma de estas y el derecho a un proceso eficaz¹⁹⁵.

En este sentido, opinamos que las medidas cautelares son una forma de garantizar los resultados de la decisión y así evitar que se menoscabe el derecho que eventualmente sea declarado en el fallo, por lo que debe atenderse siempre a la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo, teniendo en cuenta que las medidas vienen a suplir la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia de una situación de hecho; y someter a la medida cautelar al juicio de exequátur sería entorpecer la justicia, porque implica trámites y formas procesales que dificultan su ejecución y no se adaptan a las características de las medidas cautelares.

B. Exhortos o cartas rogatorias

El término exhorto, así como las expresiones “carta o comisión rogatoria”, “suplicatorias” o “requisitorias”, son entendidas en el ámbito regional como sinónimos¹⁹⁶, así lo ha establecido el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, en adelante CIECR¹⁹⁷.

En este sentido, por exhorto se entiende la solicitud que realiza un órgano jurisdiccional de un Estado a un par, con la finalidad que realice cierto acto en provecho de un proceso incoado o a incoarse en el requirente¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Henríquez La Roche, *Medidas cautelares...*, ob. cit., p. 44.

¹⁹⁵ Quintero Tirado, *La medida cautelar y la cooperación...*, ob. cit., p. 460.

¹⁹⁶ Tellechea Bergman, *Dimensión judicial...*, ob. cit., p. 10.

¹⁹⁷ Suscrita en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I, Panamá, 30 de enero 1975), recibió aprobación legislativa en fecha 15 de mayo de 1984, aprobación ejecutiva en fecha 2 de agosto de 1984 y publicado en *Gaceta Oficial* No. 33.033, 3 de agosto de 1984.

¹⁹⁸ Tellechea lo define de la siguiente forma: “encargo o solicitud dirigida por un órgano jurisdiccional de un Estado a su similar de otro, a efectos de la realización de algún acto en interés de un proceso incoado o a incoarse ante el requirente”. Tellechea Bergman, Eduardo, *El actual marco regulador de la cooperación cautelar internacional en el ámbito del Mercosur. El Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares*, en: *Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Mackelt*, Caracas, FCJPUCV, 2001, Tomo II, pp. 257 ss., especialmente p. 269.

En este orden de ideas, Operti rescata los elementos definitorios del exhorto:

1) despacho o pedido librado por un juez; 2) dentro de un juicio que tiene lugar en su Estado; 3) dirigido a otro juez de fuera de sus fronteras; 4) en forma rogatoria o deprecatoria; 5) rogándole o exhortándole; 6) para que cumpla ciertos y determinados actos procesales; 7) que integrarán luego el proceso que se desarrolla en el Estado exhortante¹⁹⁹.

Por tanto, el exhorto, carta o comisión rogatoria es el medio, instrumento o mecanismo por excelencia de cooperación judicial internacional²⁰⁰. Es un medio de colaboración que alude a su calidad de “vehículo activo”, con la finalidad de realizar actos judiciales en un Estado diferente de aquél donde tiene lugar el proceso principal²⁰¹. Siendo así, no debe confundirse al instrumento con la cooperación solicitada por medio de ella. El exhorto adquiere carácter de continente por lo que puede estar relleno o contener cualquier acto que por su intermedio se pretenda lograr²⁰².

El exhorto o carta rogatoria representa un mecanismo para dar cumplimiento a los mandatos judiciales extranjeros, representando la otra cara de la moneda para la ejecución de las medidas dictadas por autoridades extranjeras dentro de la doctrina nacional, por lo que a continuación se pasará a señalar las distintas posiciones respecto a este mecanismo para la ejecución de medidas cautelares.

1. Posición de la doctrina

Como se ha señalado anteriormente, una parte de la doctrina ha sostenido que la ejecución de las medidas cautelares debe tramitarse a través del exhorto o carta rogatoria.

A nivel de la doctrina internacional, uno de los autores más destacados es Operti quien realizó un extenso trabajo sobre los exhortos y embargo de

¹⁹⁹ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 166.

²⁰⁰ Rodríguez Reyes de Mezoa, Mirian, Medios de la cooperación judicial internacional en los casos de actos de mero trámite, en: *Derecho Procesal Civil Internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, ACPS, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2010, Serie de Estudios No. 88, pp. 353 ss., especialmente p. 356.

²⁰¹ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 97-98.

²⁰² Guerra, Parte general de la cooperación judicial... ob. cit., p. 325. Igualmente ver: Tellechea Bergman, *Dimensión judicial...*, ob. cit., p. 10.

bienes extranjeros, por lo que nos referiremos a los principales argumentos esgrimidos en referencia a la eficacia del embargo, aplicables en general al tema de las medidas cautelares.

El autor arriba indicado señala que la finalidad del exhorto es impedir la paralización de la justicia, cuando sean necesario para el desarrollo del proceso la realización de actos fuera de la circunscripción territorial del juez que lleva la causa, incluyendo dentro de estos actos al embargo de bienes ubicados en el extranjero²⁰³.

En este sentido, sostiene que la cooperación se fundamenta en la necesidad de realizar actos procesales en un territorio distinto al lugar donde se lleva a cabo el proceso principal, por lo que se entienden comprendidos en la categoría de colaboración, todos los actos que integran el desarrollo del proceso en razón a las diferentes sedes antes los cuales se realizan.

Ahora bien, precisa el autor, no todos los actos emitidos por los órganos jurisdiccionales se comprenden en la cuestión del reconocimiento, sino únicamente las llamadas providencias y dentro de estas, las dirigidas a surtir efectos extraterritoriales, efectos estos propios, ya sean directos o indirectos del acto providencial.

De acuerdo con Operti, en el supuesto de las sentencias definitivas, cuando se solicita su ejecución, se está ante un caso que excede la mera cooperación, dado que la misma comporta la realización de actos que presuponen la existencia de una decisión definitiva, una última manifestación del derecho, y esta situación excluye el reconocimiento de la sentencia extranjera del ámbito de la cooperación, debiéndose someter a un procedimiento especial llamado *exequátur*²⁰⁴.

En este sentido, se comprende que para que el embargo preventivo sea considerado dentro de la cooperación judicial internacional no debe recaer sobre todos los bienes del deudor, en caso contrario, estaríamos ante un supuesto de ejecución de resoluciones extranjeras, incluso si se dictare antes de la decisión definitiva. Es decir, la medida debe estar dirigida única y exclusivamente a alcanzar con su afectación determinados bienes sitos en otro Estado,

²⁰³ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 170.

²⁰⁴ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 301-331.

o indeterminados pero inequívoca y exclusivamente sitios en ese otro Estado²⁰⁵.

Recapitulando lo anterior, se puede decir que la medida cautelar se configura como providencia judicial que puede surtir efectos extraterritoriales, y dada su vinculación con el proceso al cual está subordinada, se convierte en actividad asistencial²⁰⁶.

Nos explica Operti que los embargos o secuestros se manifiestan como un medio de proceder contra el demandado, a fin de asegurar las resultas de un juicio pendiente o a promoverse, y en el caso que nos ocupa, se adiciona el elemento extranjero, es decir, la resolución del embargo es dictada por un juez de un Estado distinto de aquel al cual pertenece el juez llamado a ejecutarlo, por lo que lleva aparejado la intervención de otra judicatura²⁰⁷.

En este orden de ideas, se destaca el carácter instrumental de la medida cautelar, la cual busca asegurar la eficacia y la seriedad de la función jurisdiccional, condicionándose a la decisión definitiva a la cual sirve. Lo anterior se concatena con el fundamento de la cooperación judicial internacional, que no es otro que el interés del desarrollo del proceso²⁰⁸. De forma más amplia, se puede decir, que la medida cautelar está dirigida a asegurar las resultas de un proceso, por consiguiente, las reglas que la gobiernan no son equiparables o subsumibles a las que rigen el reconocimiento o ejecución del resultado del proceso.

Concluyendo con base a lo anterior, afirma Operti, que el embargo como decisión judicial puede generar efectos extraterritoriales, por lo que termina señalando, siguiendo a Goldschmidt que, en estos casos, cuando el embargo tenga una finalidad extraterritorial, previo a la ejecución o reconocimiento de la sentencia definitiva, se está ante un instituto inmerso en la cooperación judicial internacional²⁰⁹.

Como resultado de lo arriba expresado, se puede decir, que las medidas cautelares son un instrumento de cooperación al servicio del proceso, cuyo

²⁰⁵ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 314-315.

²⁰⁶ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 95-100, 310-324.

²⁰⁷ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 309-311.

²⁰⁸ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 314.

²⁰⁹ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 301 - 302.

cumplimiento constituye un verdadero principio y no un comportamiento excepcional. En consecuencia, las medidas cautelares se considerarán incluidas en la cooperación por medio de rogatoria o exhorto²¹⁰.

En este mismo sentido, Kaller incluye dentro de las diligencias de carácter judicial a tramitarse por vía de exhorto o carta rogatoria, a las medidas cautelares²¹¹.

A nivel de la doctrina interna, el procesalista Cuenca indica que “se distinguen dos clases de exhortos o rogatorias diplomáticas²¹²: Las que se refieren a simples actos procesales, como investigaciones, actos de pruebas y las que se refieren a medidas preventivas sobre los bienes o sobre las personas²¹³”. No obstante, no deja de señalar las grandes reservas y prohibiciones de algunas legislaciones sobre los exhortos que afecten el derecho de propiedad o ejerzan coacción sobre las personas.

Dentro de los autores internacionalprivatistas, Madrid, basándose en la regulación prevista en los artículos 10 del AB, 388 del Código Bustamante²¹⁴, en adelante CB, y 59 de la LDIPr, los cuales no se oponen a la posibilidad de solicitar la ejecución de medidas cautelares decretadas en el extranjero a través del exhorto como medio de tramitación, se ha pronunciado de forma favorable a ejecutar las medidas cautelares a través de este mecanismo; esto

²¹⁰ “...la medida cautelar en cuanto segura el resultado de un proceso, está gobernada por reglas que no son asimilables a las que rigen el reconocimiento o ejecución del resultado final del proceso, sea el laudo arbitral sea la sentencia misma. Razones de orden general permiten asegurar que siendo la medida cautelar un instrumento de cooperación al servicio del proceso, el cumplimiento de las mismas constituye un verdadero principio y no un comportamiento excepcional. En consecuencia, aun en presencia de normas expresas sobre medidas cautelares, consagrada la cooperación por medio de rogatoria o exhorto, ha de entenderse incluida en ella”, Operti Badan citado por Madrid Martínez, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad..., ob. cit., p. 687.

²¹¹ Kaller de Orchansky, Berta, *Manual de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1997, p. 508.

²¹² Si bien el autor se refiere a dos clases de exhorto o cartas rogatorias, consideramos se debe entender como dos tipos de actos realizables a través de exhortos, en el sentido que hemos definido y señalado en este capítulo, dado que el exhorto es un medio de colaboración, no debiéndose confundir al instrumento con la cooperación solicitada por medio de él.

²¹³ Cuenca, Humberto, *Derecho procesal civil*, Caracas, UCV, Ediciones de la Biblioteca, 2000, Tomo I, p. 465.

²¹⁴ Suscrito en La Habana en 1928 y publicado en la Gaceta Oficial del 9 de abril de 1932.

en virtud de no desatender a la naturaleza urgente que las caracteriza²¹⁵.

Ciertamente, la autora señala que a falta de una tercera vía que responda satisfactoriamente a la naturaleza de la medida cautelar, estas pueden ser tramitadas a través de exhortos, ya que, de las dos herramientas existentes, es esta la que armoniza mejor con la urgente naturaleza de estos decretos²¹⁶.

Ahora bien, Rodríguez haciendo referencia a la falta de regulación internacional especializada en materia de cooperación cautelar, señala que además de la posición arriba indicada por Madrid, se suma como factible mecanismo de solución la posibilidad de poder aplicar la CICMC por vía de los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, consagrados como cuarta y última fuente en el artículo 1 de la LDIPr para los supuestos conectados a ordenamientos jurídicos extranjeros²¹⁷, en ausencia de normas provenientes de las fuentes que le anteceden según el orden de prelación allí establecido. Lo que llevaría aceptar la ejecución de medidas cautelares a través de exhortos o cartas rogatorias, por ser este el mecanismo para la ejecución de medidas cautelares previsto por dicho instrumento normativo²¹⁸.

No obstante, dicha propuesta presenta dificultades para su aceptación en el ordenamiento jurídico venezolano²¹⁹. Por lo antes expuesto, recomienda la autora, convendría que el país reevaluara la posibilidad de ratificar la CICMC, la cual establece la posibilidad de tramitar las medidas cautelares a través de cartas rogatorias²²⁰.

²¹⁵ Madrid Martínez, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad..., ob. cit., p. 687.

²¹⁶ Madrid Martínez, Ejecución de medidas cautelares..., ob. cit., p. 416.

²¹⁷ Art. 1 de la LDIPr.: “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”.

²¹⁸ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 49-51.

²¹⁹ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 49-51.

²²⁰ Art. 13 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares: “El cumplimiento de las medidas cautelares de que trata esta Convención se hará mediante exhortos o cartas rogatorias que podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la Autoridad Central del Estado requirente o requerido, según el caso.

En el marco de las discusiones de la CICMC, durante la CIDIP II, el delegado por Colombia, Monroy Cabra, resaltó el buen juicio del Comité Jurídico Interamericano al establecer como mecanismo para ejecutar las medidas cautelares la forma de exhorto o carta rogatoria, considerando esta la forma más idónea²²¹.

Efectivamente, esta Convención no solo adoptó como mecanismos de ejecución de las medidas cautelares al exhorto o carta rogatoria, sino estableció una regulación autónoma con relación a otras formas de cooperación jurisdiccional internacional en las distintas fuentes normativas sobre la materia. Diferenciándose así del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, en adelante Tratado de Montevideo de 1889, del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, en adelante Tratado de Montevideo de 1940, y del AB, normas que serán objeto de estudio en el capítulo III, los cuales regularon en un solo instrumento normativo la materia de actos de simple trámite con las medidas cautelares, incluyendo a estas dentro de los actos susceptibles de tramitarse mediante exhortos y cartas rogatorias.

La CICMC es de suma importancia para los países latinoamericanos, especialmente por la necesidad de establecer regulaciones similares, representa una oportunidad para establecer un régimen de cooperación entre estos Estados en materia cautelar²²².

Así, en la misma línea de pensamiento de las Conferencias Interamericana de Derecho Internacional Privado, en adelante CIDIP's, el Comité Interamericano de Jurisconsultos y el Comité Jurídico Interamericano propició la instrumentalización de códigos similares, adoptando como mecanismo para favorecer la armonización de las normas procesales los Códigos Modelos²²³,

Cada Estado parte informará a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos acerca de cuál es la Autoridad Central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias”.

²²¹ Actas y Documentos, *Segunda Conferencia...*, ob. cit., pp. 104 - 105.

²²² Quintero Tirado, La medida cautelar y la cooperación..., ob. cit., p. 493.

²²³ Dreyzin de Klor, Adriana, La cooperación jurídica internacional: instrumento imprescindible para la integración, en: A. Oropeza García (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración (1810-2010)*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, UNAM, 2010, pp. 263 ss., especialmente pp. 265-266. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2923/19.pdf>

y de esta forma hacer más eficiente el cumplimiento de los tratados adoptados por la CIDIP's, en especial los que se refieren a temas procesales²²⁴.

Por lo anterior, se aprobó el texto del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en las XI Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebradas en mayo de 1988 en Río de Janeiro, Brasil, y el estudio de dicho texto en el Congreso Internacional que, organizado por la II Universidad de Roma, el *Centro Interdisciplinari di Studi Latinoamericani*, *L'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani* (ASSLA), el mismo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental de Uruguay y el Instituto Italo-Latinoamericano (IIIA), dicho instrumento representa la evolución y progreso del Derecho comunitario latinoamericano²²⁵.

Su creación serviría de arquetipo para ampliar el régimen de colaboración judicial en materia de medidas cautelares, entre otros objetivos, estableciendo criterios puntuales de la doctrina procesal y valores comunes para los códigos latinoamericanos de procedimiento civil²²⁶.

Ahora bien, es necesario mencionar que en las Quintas Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebradas entre Bogotá y Cartagena de Indias (Colombia), en el año 1970, fueron aprobadas las “Bases Uniformes para la legislación procesal civil de los países latinoamericanos” propuestas por los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi, destacándose la Base No. 31 que señala: “Debe reglamentarse la asistencia judicial internacional para el diligenciamiento de pruebas, comunicaciones y medidas cautelares, en las mismas condiciones establecidas para el derecho interno por el tribunal o juez requerido”²²⁷.

Este anteproyecto en materia de normas internacionales sobre medidas cautelares se limitó a reproducir las soluciones aceptadas en el Derecho inter-

²²⁴ Quintero Tirado, La medida cautelar y la cooperación..., ob. cit., p. 473.

²²⁵ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia-antecedente-exposición de motivos*, Montevideo, 1988. Disponible en: http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf

²²⁶ Quintero Tirado, La medida cautelar y la cooperación..., ob. cit., pp. 473-474.

²²⁷ Gelsi Bidart, Adolfo / Enrique Vescovi, *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países Latinoamericanos*, Montevideo, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.

nacional privado y, sobre todo, las adoptadas en el ámbito americano por las CIDIP's, conforme a lo indicado en la exposición de motivos²²⁸, por lo que igualmente adoptó como mecanismos de ejecución al exhorto o carta rogatoria.

Siguiendo la línea de evolución de la CICMC pero a nivel regional, el Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994²²⁹, en adelante POP, adoptó como mecanismo de ejecución de las medidas cautelares al exhorto o carta rogatoria, y dio una regulación autónoma a las medidas cautelares, separándola de los actos de mero trámite y del reconocimiento de la sentencia extranjera que fueron regulados por otros instrumentos normativos.

Uruguay²³⁰, y Bolivia²³¹ incorporaron en su legislación de fuente interna la posibilidad de prestar cooperación judicial internacional en materia cautelar, adoptando como mecanismo de tramitación de las medidas cautelares al exhorto o carta rogatoria, pero estableciendo normas específicas para esta materia.

En este mismo orden de ideas, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado elaboró una propuesta de *Soft Law* que comprende principios del proceso civil internacional, expresados desde una perspectiva regional. La función de estos principios es de servir como guía orientadora en los

²²⁸ Quintero Tirado, La medida cautelar y la cooperación..., ob. cit., p. 475.

²²⁹ Decisión del Consejo del Mercado Común 27/95, 17 de diciembre de 1994.

²³⁰ Código General del Proceso, Ley No. 15.982 de 1988, ver artículos 530 a 536.

²³¹ Código de Procedimiento Civil, Ley 439, del 19 de noviembre de 2013, ver artículos 497 al 501. Esta norma incorporó la problemática de la eficacia de las medidas cautelares dictadas en el extranjero, así reguló el tema bajo el rubro de "Cooperación judicial internacional en materia cautelar", el Capítulo Tercero del Título VIII "Cooperación judicial internacional" del Libro II "Desarrollo de los procesos". El principio base se encuentra recogido en el artículo 497.I Código de Procedimiento Civil Boliviano que se señala con claridad que "Las medidas cautelares que decretaren tribunales extranjeros serán ejecutadas y cumplidas por las autoridades judiciales del Estado Plurinacional solo cuando no sean contrarias a la legislación boliviana o al orden público internacional". De esta manera la eficacia de las decisiones cautelares extranjeras se le da un tratamiento autónomo, dándole una regulación diferente a la de los actos de mero trámite y se excluyen de las normas de reconocimiento y ejecución en el Estado Plurinacional de una resolución foránea. Esplugues Mota, Carlos, Aproximación internacional al nuevo Código de Procedimiento Civil, en: *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, No. 18, El artículo fue elaborado en el marco del proyecto de investigación MEC-DER2010-17126, "La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de Justicia española del siglo XXI". Disponible en: http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Aproximacion-internacional-Codigo-Procedimiento-Civil-gaceta_0_2109389138.html

potenciales esfuerzos de codificación, asimismo, como herramienta interpretativa para los operadores jurídicos de la región²³².

A los fines del cumplimiento de su función, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado aprobó los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)²³³, cuyo norte apunta a mejorar el acceso a la justicia de las personas naturales y jurídicas en los litigios privados de carácter transnacional.

En este sentido destaca, que dentro de los supuestos de cooperación interjurisdiccional se incluye a la ejecución de medidas cautelares, las cuales se enmarcan en los actos o medidas necesarias para la consecución de los fines del proceso. Incluso, se dedica el capítulo 8 a la tutela cautelar, destacando la necesidad de prestarla entre los jueces y autoridades de cada Estado.

Este instrumento resalta la facultad de decretar medidas cautelares provisionales extraterritoriales cuando sean necesarias para garantizar la eficacia del acceso a la justicia (art. 8.1). Dicho carácter de necesario, así como los demás aspectos que se deriven de la tutela cautelar en los litigios transnacionales, deberán interpretarse con base al principio “*in dubio pro cooperationis*”, es decir, se resolverán en favor a una solución que favorezca la cooperación jurídica internacional (art. 1.2, literal b).

Del análisis precedente se puede concluir que, en la línea de pensamiento conceptual de Latinoamérica en el ámbito de los tratados aprobados, se acogió como mecanismo de ejecución de las medidas cautelares al exhorto o carta rogatoria.

2. Aspectos positivos

En las medidas cautelares, como se dijo anteriormente, está presente la nota de urgencia, por lo que el exhorto o carta rogatoria se compagina mejor con la naturaleza urgente de estas²³⁴. Ciertamente, se ha entendido que el trámite

²³² Madrid Martínez, Claudia / Javier Ochoa Muñoz, ASADIP: Principio sobre el Acceso Transnacional a la Justicia, en: *Cartas Blogatorias, el Blog de los litigios internacionales*, 1 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2016/11/01/asadip-principios-sobre-acceso-transnacional-a-la-justicia/>

²³³ Instrumento aprobado por la Asamblea de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, en su reunión celebrada en Buenos Aires, el 12 de noviembre de 2016.

²³⁴ Vale la pena recordar en este sentido lo expuesto por Goldschmidt, durante la discusión de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares: “Si las

por vía de exhortos o cartas rogatorias implica menos trabas y mayor agilidad para la realización de actos en el extranjero.

La cooperación Judicial Internacional tiene como objetivo servir como medio para facilitar el máximo desarrollo del proceso internacional, siendo su razón última la tutela judicial de los particulares que acceden a los órganos jurisdiccionales a dirimir sus controversias²³⁵, lo que da contenido al principio de *favor cooperationis* y justifica que los Estados ejecuten en su territorio actuaciones procesales ordenadas por autoridades extranjeras²³⁶.

Resulta claro que cuando en el curso de un proceso con elementos de extranjería sea imprescindible la realización de actos en una jurisdicción extranjera, deberá recurrirse a la cooperación judicial internacional, la cual contribuirá a hacer efectiva la continuidad de las relaciones jurídicas internacionalizadas y a materializar el acceso internacional a la justicia²³⁷.

Lo anterior se concatena con lo señalado por Operti para quien la providencia cautelar es un elemento auxiliar de un proceso internacional, cuya eficacia en el país receptor de la medida es un problema de cooperación judicial entre el país sentenciador y el país receptor²³⁸. Las medidas cautelares persiguen el aseguramiento de las resultas del juicio para el litigante victorioso que, en definitiva, se traduce en garantizar el efectivo cumplimiento de una decisión principal en resguardo de la tutela judicial.

En este sentido, la tutela judicial efectiva se garantiza, en el plano internacional, a través del mutuo reconocimiento de los ordenamientos jurídicos de los Estados y de sus autoridades; lo que trae necesariamente como consecuencia la cooperación con las autoridades foráneas, que no restringe el eventual reconocimiento de la decisión extranjera, sino que abarca el coadyuvar a la buena resolución del litigio en el extranjero, configurándose así una tutela

medidas cautelares se realizan con lentitud, recordaría la anécdota de aquel señor que llega al cuartel de bomberos corriendo y jadeando, pidiendo le ayuden a apagar un incendio pavoroso y al cual el bombero de guardia lo mira con desconfianza y le pregunta si él está vacunado”. Actas y Documentos, *Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*, CIDIP-II/43, Actas y Documentos. CIDIP II, Washington, D.C. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, 1979.

²³⁵ Rodríguez Reyes de Mezoa, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., p. 398.

²³⁶ Rodríguez Reyes de Mezoa, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., p. 398.

²³⁷ Rodríguez Reyes de Mezoa, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., pp. 145-146.

²³⁸ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 95-100, 310-324.

por instrucción que integra a la tutela por reconocimiento, y por tanto, forma parte de la una tutela judicial internacional efectiva²³⁹.

En este orden de ideas, es importante señalar que la tutela judicial efectiva no se vería garantizada si su protección se termina a nivel nacional, es decir, en un único Estado, en el requirente. La verdadera protección o la efectividad de la tutela judicial efectiva demanda la cooperación con los otros Estados, en concreto, con el Estado requerido²⁴⁰. En este sentido, Rodríguez Reyes ha entendido que “el fundamento y fin de la cooperación judicial internacional es el derecho fundamental de acceso a la justicia, entendido como el derecho a obtener una tutela judicial efectiva”²⁴¹.

Por tanto, en casos con elementos de extranjería, el derecho fundamental de acceso a la justicia trasciende los límites territoriales nacionales, convirtiéndose en un acceso internacional a la justicia, lo cual obliga a los Estados involucrados en la actividad cooperacional a garantizarlo²⁴². Pero no es suficiente que el Estado provea una simple cooperación, para que exista una verdadera garantía del derecho de acceso a la justicia al particular, la cooperación debe ser efectiva, debe recurrir a herramientas normativas, institucionales y tecnológicas que permitan una verdadera cooperación efectiva.

Se puede concluir que, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares y siendo que las medidas cautelares persiguen el aseguramiento de las resultas de un juicio pendiente, por lo que sus reglas no son asimilables a las que rigen el reconocimiento o ejecución del resultado final del proceso, deben incluirse dentro de las normas consagradas para la cooperación a través de exhortos o cartas rogatorias, las cuales implican menores exigencias o trabas al momento de su tramitación.

3. Aspectos negativos

Generalmente, se ha afirmado que el exhorto o carta rogatoria se utiliza para la ejecución de actos procesales de mero trámite. En este sentido, la CIECR limita su ámbito de aplicación a los actos considerados de primer grado, tales

²³⁹ Virgós Soriano, Miguel / Francisco Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 32-33.

²⁴⁰ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., p. 157.

²⁴¹ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., p. 161.

²⁴² Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., p. 161.

como, notificaciones, citaciones o emplazamientos, conforme al artículo 2, literal a y la obtención de pruebas e informes según lo previsto en ese mismo artículo, literal b, lo cual puede ser objeto de reserva conforme a la propia Convención²⁴³.

En este orden de ideas, dado que el objetivo de esta norma es facilitar al máximo el desarrollo del proceso internacional mediante la cooperación judicial internacional, permitió a los Estados establecer un límite mínimo de los actos que pueden regirse por esta Convención y así evitar que el incumplimiento de estos actos, de carácter auxiliar, dificulte la administración de justicia²⁴⁴. Más aún, la propia Convención, en su artículo 3, excluye su aplicación para actos distintos de los expresamente señalados, en especial para los que impliquen ejecución coactiva²⁴⁵.

Ahora bien, la interpretación de esta norma llevó a los tribunales venezolanos a excluir a las medidas cautelares del grupo de actos procesales que pueden ser tramitados por vía del exhorto o carta rogatoria, puesto que se considera que los únicos actos que se pueden tramitar a través de exhortos o cartas rogatorias son los de mero trámite²⁴⁶, excluyendo todos los actos que

²⁴³ Tal fue el caso de Venezuela, que hizo reserva de dicho literal, por lo que dicha convención no es aplicable para la obtención de pruebas e informes.

²⁴⁴ B. de Maekelt, Tatiana, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, ACPS, 2ª ed. actualizada y revisada, 2010, Serie Estudios No. 87, p. 140.

²⁴⁵ Rodríguez Reyes de Mezoa, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., p. 369.

²⁴⁶ En este sentido en la decisión del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, de Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Vargas excluyó la posibilidad de utilizar la CIECR para la tramitación de una medida cautelar en virtud de lo indicado en el artículo 3 de mismo. No obstante, el tribunal fue más allá interpretando que dicha convención sería aplicable a todos los casos de exhortos o cartas rogatorias y solo dentro del ámbito de aplicación de la Convención excluyendo la posibilidad de tramitar una cautelar por la vía solicitada. Ver: Rodríguez Reyes de Mezoa, *Medios de la cooperación judicial...*, ob. cit., p. 370. Ver también: TSJ/SCC, Sent. No. exeq. 00323, 23 de mayo de 2006 (*Nelson Jesús Rincón c. Alexandra García Allaro*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/exeq-00323-230506-05700.htm>; TSJ/SCC, Sent. No. exq00633, 3 de agosto de 2007 (*Amado Enrique Yamnay Velázquez c. Ana María Figueredo Amaro*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/exh-00633-030807-07430.htm>; TSJ/SCC, Sent. No. rog.00711, 10 de agosto de 2007, (*Prensa Latina c. Luis Lazo Carranca*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/rog-00711-100807-07516.htm>; TSJ/SCC, Sent. No. Exe 0157, 26 de marzo de 2014, (*Giuseppe Celano Di Lisi y Elvira Gómez*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/162406-exe.000157-26314-2014-13-585.html>; TSJ/SCC Sent. No. Rog. 000128, 19 de marzo de 2015, (*Lucia Bachelli c. Lanfranco Sernes*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/175592-reg.000128-19315-2015-15-32.html>; TSJ/SC, Sent. No. 36, 1 de marzo de 2016, (*Defensor del Pueblo, en Revisión*

impliquen coacción, tal y como se verá en detalle en el capítulo III. Representando de esta manera uno de los obstáculos para utilizar este mecanismo²⁴⁷.

No obstante, consideramos que esta interpretación le da un ámbito de aplicación a la CIECR que no posee, su finalidad fue regular solo actos de mero trámite, no limitar al exhorto o carta rogatoria a los actos de mero trámite. Debemos recordar que existen otros convenios que incluso le dan un contenido más amplio a los exhortos o cartas rogatorias, como es el caso del AB, el cual incluye la tramitación de la sentencia extranjera, sin embargo, la imposibilidad de tramitar estas sentencias a través de cartas rogatorias, dado la exigencia del CPCV en su artículo 852 de que la solicitud de exequátur se presentada por escrito²⁴⁸, deja sin efecto esa amplitud²⁴⁹.

Constitucional), en: <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scon/marzo/185679-36-1316-2016-15-1142.html>; TSJ/Sala Plena, Sent. No. 46, 25 de junio de 2019, (*Sophies Marie Paule Hardy c. Claudio Tranquillini Serdoz*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/tplen/junio/305713-46-25619-2019-2018-000045.html>. Esta decisión versa sobre la regulación de competencia oficiosa en ocasión a la declaración de falta de competencia por la SCC para conocer la declinación de competencia dictada por el tribunal de instancia de Nueva Esparta para tramitar la solicitud contenida en la carta rogatoria. Dicha carta rogatoria tiene su origen en una demanda de “pensión alimentaria” interpuesta por Sophie Paule, contra Claudio Tranquillini, en beneficio de sus hijos, llevada por tribunal de Costa Rica. En este sentido, la Sala se pronuncia señalando el contenido restringido del exhorto o carta rogatoria, y determinando como competente a los Juzgados de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes por tratarse de un auxilio judicial dictado en un procedimiento niños, niñas y adolescentes, no obstante, en razón de solicitud, una orden de apremio o la aprehensión del obligado alimentario por el incumplimiento del pago de los últimos 6 meses de la “pensión de alimentos”, termina señalando que esa situación que no está contemplada en la legislación venezolana, por lo que el juez competente debería revisar la solicitud presenta algún obstáculo de orden público.

²⁴⁷ Madrid Martínez, Ejecución de medidas cautelares..., ob. cit., p. 413.

²⁴⁸ TSJ/SCC, Sent. No. exeq. 00269, 20 de mayo de 2005 (*Manuel Espinoza c. Iris Márquez*); en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/exeq-00269-200505-05091.htm> TSJ/SPA, Sent. No. 06305, 23 de noviembre de 2005 (*Agostinho Rodríguez Luzirao y Froronde Reis Dos Santos*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/06305-231105-2001-0840.htm>; TSJ/SCC, Sent. No. rog.00711, 10 de agosto de 2007 (*Prensa Latina c. Luis Lazo Carranca*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/rog-00711-100807-7516.htm> TSJ/SCC, Sent. No. exe000157, 26 de marzo de 2014, (*Giuseppe Celano Di Lisi y Elvira Gómez Arenal*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/162406-exe.000157-26314-2014-13-585.html>; TSJ/SCC, Sent. No. Rog.000128, 19 de marzo de 2015, (*Lucía Bachelli c. Lanfranco Sernes*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/175592-reg.000128-19315-2015-15-032.html>.

²⁴⁹ Rodríguez Reyes de Mezoa, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., p. 370.

Es cierto que la CIECR prevé la posibilidad de reservar el literal b del artículo 2 y expresamente su artículo 3 señala la exclusión de los actos que impliquen coacción, con esto se está estableciendo el ámbito de aplicación de la Convención, no de los actos a tramitar por el exhorto o carta rogatoria.

Así, por ejemplo, si bien Venezuela reservó la aplicación de la CIECR para el caso de la recepción y obtención de pruebas en el extranjero, estas pueden tramitarse a través de exhortos o cartas rogatorias, no ya por la CIECR, en virtud de la reserva, sino por aplicación de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero²⁵⁰.

Ahora bien, ciertamente no puede compararse el trámite de una prueba con el de una medida cautelar, pues esta última afecta en mayor medida el orden jurídico interno²⁵¹, esta puede conllevar la imposibilidad de disponer de un bien, la intervención de una empresa, entre otras. Por lo que se trata de medidas que pueden afectar gravemente los derechos de las personas²⁵².

Dentro de este marco, otro de los inconvenientes con la tramitación de las medidas cautelares a través de exhortos responde a razones prácticas. En un diagnóstico del aspecto operativo de la cooperación judicial internacional en Venezuela, específicamente, en caso de la tramitación del exhorto que contienen actos de mero trámite por vía autoridad central²⁵³, realizado por Rodríguez, señala que, en promedio, la tramitación en su totalidad puede durar de 6 a 8 meses desde librados los exhortos por los tribunales venezolanos para ejecutarse en otro territorio, y de 12 a 18 meses los librados en el extranjero

²⁵⁰ Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, CIDIP I, Panamá 1975, Ley aprobatoria, *Gaceta Oficial* No. 33.170, 22 de febrero de 1985.

²⁵¹ El límite de estas dos figuras, las pruebas y medidas cautelares, no es tan claro, pues como se indicó en el capítulo I todavía se discute la naturaleza de ciertas figuras que se encuentran en una zona límite entre considerarse como medidas cautelares o no.

²⁵² Vescovi, Eduardo, Problemas del proceso “internacional” y cooperación jurídica internacional en los Estados Mercosureños, en: D. Fernández Arroyo (ed.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 371, citado en: Madrid Martínez, Ejecución de medidas cautelares..., ob. cit., pp. 414-315.

²⁵³ Sin entrar en mayores detalles respecto a la regulación de las vías para tramitar un acto de mero trámite en nuestra legislación, y las incongruencias respecto a la regulación convencional, debemos mencionar que en Venezuela se han fundido en una vía híbrida, uniendo la vía autoridad central con la vía diplomática pasiva, donde las embajadas fungen de intermediarios entre la autoridad central; aquí se detecta una de las críticas hechas a la función de mero filtro que desempeñan en la cooperación las autoridades centrales. Rodríguez Reyes de Mezoa, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., pp. 374-379.

para ejecutarse en Venezuela. Señala que se han reportado casos extremos en los cuales el tiempo se ha simplificado a su mínima expresión (3 meses) o extendido hasta su máxima expresión (10 años)²⁵⁴.

Señala Rodríguez que las fallas parecen encontrarse en la sede judicial, siendo la principal dificultad que afronta la tramitación la tardanza en el diligenciamiento. Las causas del retardo son diversas, destacándose la falta de impulso procesal y el desconocimiento o escaso manejo de los jueces de la materia cooperacional²⁵⁵.

Esta situación, paradójicamente, contraría el principio de urgencia de las medidas cautelares. Ciertamente lo anterior va en contra de la concepción de la cooperación judicial internacional, entendida como medio de auxilio a un proceso judicial, su finalidad como se dijo anteriormente es facilitar la tramitación de actos en el extranjero, de ahí el esfuerzo en la simplificación de los trámites para llevarlos a cabo.

C. Posición mixta

En este aparte hemos querido referirnos al caso presentado en el ordenamiento jurídico mexicano, en el cual, en ausencia de normas expresas en la materia, se han generado dos posiciones respecto a la posibilidad de ejecución o no de medidas cautelares extranjeras. Por un lado, señalan Pereznieto Castro y Silva Silva, que no es factible imponer medidas cautelares extranjeras, ya que no existe, ni a nivel convencional, ni a nivel interno, normas que regulen dicho supuesto. Las únicas medidas cautelares extranjeras procedentes serían las previstas en el derecho convencional internacional, especialmente las de naturaleza familiar²⁵⁶.

No obstante, siendo esta la posición que nos interesa resaltar, González Martín señala que se abre una posibilidad para la ejecución de las medidas cautelares solicitadas vía cooperación internacional, a través del sistema general de cooperación procesal civil internacional del Código Federal de Procedimientos Civiles, en adelante CFPC. Específicamente, el artículo 554 de ese cuerpo normativo, que señala que todos los exhortos internacionales que

²⁵⁴ Rodríguez Reyes de Mezoa, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., p. 377.

²⁵⁵ Rodríguez Reyes de Mezoa, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., p. 377.

²⁵⁶ Pereznieto Castro, Leonel/Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford, 2ª ed., 2006, p. 563.

impliquen ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos requerirán homologación^{257 258}.

Sin embargo, señala la autora que la ejecución de las medidas cautelares extranjeras se solicitará vía cooperación internacional, estas tendrán igualmente que someterse o seguir un procedimiento idénticamente gravoso al establecido para el reconocimiento y ejecución de sentencias.

Hecha la observación anterior, se debe tener en consideración que conforme al artículo 571.I CFPC se impone como condición para que las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones dictados en el extranjero se les reconozca fuerza de ejecución, que las mismas hayan satisfecho las formalidades previstas en el CFPC en materia de exhortos provenientes del extranjero. Por tanto, dentro de las condiciones jurídicas que impone el ordenamiento jurídico mexicano para reconocer y ejecutar una sentencia proveniente del extranjero, está que la misma sea introducida mediante carta rogatoria²⁵⁹.

Vemos acá como se funden los procedimientos o mecanismos previamente estudiados, pues este ordenamiento impone para la ejecución de una medida cautelar extranjera solicitada vía exhorto o carta rogatoria, ser sometida a un procedimiento de homologación, dado su carácter coactivo, trayendo como consecuencia los mismos efectos negativos vistos al estudiar este procedimiento²⁶⁰.

²⁵⁷ González Martín, Nuria (coord.), *Lecciones de Derecho internacional privado mexicano*, México, Edit. Porrúa/UNAM, Colección Biblioteca Jurídica, 2009, p. 313.

²⁵⁸ En materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en México se deben seguir dos procedimientos: uno encaminado a que la sentencia extranjera sea reconocida (o rechazada), y otro relacionado con la ejecución material que presupone, necesariamente, que la sentencia haya sido reconocida, es decir, homologada. Con cierta frecuencia se emplean las palabras exequátur y homologación como sinónimas, algunos autores emplean la palabra exequátur, para referirse al procedimiento, mientras que utilizan homologación para hablar de la decisión con la que se termina ese procedimiento, siempre y cuando la sentencia extranjera sea reconocida. Dependiendo del estado donde se pretenda ejecutar la sentencia extranjera se requerirá el procedimiento de exequatur para todas las decisiones o solo para las que impliquen ejecución coactiva. Silva Silva, Jorge Alberto, *Reconocimiento y ejecución de sentencias de Estados Unidos de América en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, pp. 24-25, 38.

²⁵⁹ Silva Silva, *Reconocimiento y ejecución...*, ob. cit., pp. 19-26, 73-76.

²⁶⁰ Dentro del ordenamiento jurídico mexicano no hay leyes, ni precedentes judiciales, ni doctrina que haya aclarado si el exequátur y la ejecución de una sentencia extranjera

D. Mecanismo aplicable para la tramitación de las medidas cautelares.

La dualidad con la que son reguladas o tratadas las medidas cautelares ha generado grandes inconvenientes en la ejecución de estas, pues este doble tratamiento ha provocado que se niegue su ejecución o tramitación, lo cual va en detrimento del derecho de los justiciables y de las garantías procesales previstas en la mayoría de las Constituciones.

De esta manera, se ha buscado regular a través de tratados dicha figura intentando armonizar su tratamiento y establecer de forma vinculante para los Estados dicha regulación, no obstante, el principio de soberanía y de desconfianza en las decisiones o actos extranjeros llevaron a que pocos Estados ratificaran dichas normas, continuando con las dificultades que se han venido señalando.

Ahora bien, entre estas dos figuras, exhortos o exequátur, queda preguntarse cuál de ellas resulta ideal para la tramitación o ejecución de las medidas cautelares.

Esta pregunta no parece tener una respuesta sencilla, pues ni el exhorto ni el exequátur responden satisfactoriamente a la naturaleza de la medida²⁶¹. Tal y como ya se ha estudiado, considerar las medidas cautelares bajo el régimen de la cooperación, diseñado para los actos de mero trámite, puede traer inconvenientes al momento de su tramitación, pues no puede desconocerse que las mismas implican un grado mayor de coacción. Pero someterlas al régimen de las sentencias extranjeras que, por lo general, deben someterse al pase de exequátur trae múltiples dificultades, dadas las características especiales de las medidas cautelares que las distinguen de las sentencias definitivamente firmes.

Por tales razones se considera que las medidas cautelares deben regularse como un mecanismo de cooperación autónomo, señalándose como cooperación cautelar de segundo grado, distinto a la cooperación judicial internacional de actos de mero trámite, pero sin incluirse dentro de las sentencias extranjeras, esto en virtud de sus características especiales, lo cual hace necesario una regulación independiente.

encuadran o califican como parte de un exhorto o se tratan de instituciones diferentes. Silva Silva, *Reconocimiento y ejecución...*, ob. cit., p. 140.

²⁶¹ Madrid Martínez, *Medidas cautelares y arbitraje...*, ob. cit., p. 112.

Este cambio puede observarse en la evolución que ha tenido a nivel convencional esta materia, pasando del tratamiento conjunto con los actos de mero trámite del Tratado de Montevideo de 1889 a la CICMC, ratificándose dicha posición por el POP, aplicable a los Estados integrantes del Mercosur.

Los instrumentos normativos *supra* mencionados, que serán estudiados con mayor detalle en el capítulo III, adoptaron como mecanismos de ejecución el exhorto. Si bien este presenta dificultades en cuanto a la tramitación, ante la ausencia de una tercera alternativa, responde mejor a las particulares características que presentan las medidas cautelares, como son el carácter *inudita pars*, urgencia y mutabilidad o falta de cosa juzgada, lo cual resulta en una verdadera garantía a la tutela judicial efectiva.

Como ya se señaló, la garantía del derecho de acceso a la justicia es el fundamento y fin de la cooperación judicial internacional, y en su sentido amplio, se entiende como el derecho a obtener una tutela judicial efectiva del Estado. Se hace entonces referencia, en los casos de Derecho internacional privado, al derecho de acceso internacional a la justicia. Los Estados involucrados en la actividad cooperacional deben garantizar este derecho, a través de una cooperación efectiva.

Por lo tanto, colocar cortapisas o impedimentos a la tramitación de una medida cautelar internacional, sometiénola a procedimientos engorrosos o que no se compaginen con su naturaleza jurídica, conduce a una cooperación ineficiente e ineficaz, lo cual lesiona el derecho de acceso a la justicia.

En este orden de ideas, se han realizado esfuerzos para garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia, los cuales se han dirigido a sortear las dificultades existentes en el ámbito local de cada Estado²⁶². No obstante, cuando resultan vinculados dos o más ordenamientos jurídicos estos obstáculos pueden incrementarse, dado que la asistencia jurídica especializada en esta área suele ser más costosa y difícil de obtener, debido a la escasez de especialistas en asuntos regulados por el Derecho internacional privado²⁶³.

²⁶² Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth, *La cooperación judicial internacional*, 2013, pp. 52, 65. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf.

²⁶³ Ochoa Muñoz, Javier L. / Claudia Madrid Martínez, Problemas de acceso transnacional a la justicia en el derecho internacional privado. Perspectiva latinoamericana, en: *XLI Curso*

Lo anterior se vincula con el retardo e inconvenientes que presentan los procesos con elementos extranjeros. Se entiende que la falta de pericia en algunos aspectos del proceso suele ser más acentuada en los casos de Derecho internacional privado, que en los aspectos del ámbito interno²⁶⁴, particularmente cuando es necesario tramitar una medida cautelar territorio foráneo.

Las carencias y deficiencias en los operadores jurídicos afectan incluso a las empresas y a personas con mayores recursos, que a pesar de contar con más herramientas para hacer valer sus pretensiones, pueden encontrar grandes dificultades al momento de intentar ejecutar una medida cautelar extranjera, debido en buena medida a la ausencia de una regulación específica²⁶⁵ y a las tensiones que enfrentan nuestros jueces para interpretar las normas existentes y utilizar las herramientas previstas en ellas²⁶⁶. Este planteamiento puede verificarse al analizar la jurisprudencia, según veremos en el capítulo III.

Relacionado a lo anterior, en materia de medidas cautelares extranjeras sigue arraigado el pensamiento y accionar territorialista en defensa de la soberanía nacional, y en desmedro del verdadero fundamento de la cooperación judicial internacional²⁶⁷.

Así, los inconvenientes *supra* mencionados se convierten en desventajas de difícil superación para los más débiles en el litigio internacional²⁶⁸, que no cuentan con recursos para hacerse asistir por especialistas en el área o para sufragar los costos que pueden estar asociados a este tipo de actividad asistencial.

En este sentido, debe entenderse que la realidad internacional actual demanda planteamientos conceptuales integrados, que establezcan los cimientos

de Derecho Internacional, Washington, Secretaría General de la OEA, 2015, pp. 281 ss., especialmente p. 298.

²⁶⁴ Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso transnacional a la justicia..., ob. cit., pp. 298-299.

²⁶⁵ Schlosser, Peter, Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation, en: *Recueil des Cours*, 2001, Vol. 284, p. 406, citado en: Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso transnacional a la justicia..., pp. 302-303.

²⁶⁶ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 17 - 18.

²⁶⁷ Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso transnacional a la justicia..., ob. cit., pp. 301-302.

²⁶⁸ Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso transnacional a la justicia..., ob. cit., p. 299.

necesarios para regular la compleja actividad humana en el ámbito internacional, por tanto conceptos irrestrictos como el de soberanía están enfrentados a la necesidad de proteger los derechos humanos fundamentales, y si bien consideramos que la jurisdicción es una emanación de la soberanía del Estado, esto no es óbice para que esta sea ejercida con espíritu cooperativo²⁶⁹.

La soberanía no debe ser un impedimento para la cooperación jurídica, sino que, por el contrario, esta debe funcionar como sustento conceptual. Esto, concatenado con la obligación de prestar acceso efectivo a la justicia, sustentan el principio de cooperación internacional²⁷⁰. Así, se debe entender a la cooperación judicial internacional, como referida “al deber de colaboración internacional de los Estados para la realización de la justicia en general, como derecho humano esencial, lo que comprende todos los aspectos del proceso civil internacional”²⁷¹.

Efectivamente, debemos entender que las soluciones que se acojan en el ámbito del proceso civil internacional deben adoptarse con vistas a los requerimientos del acceso a la justicia. El principio de cooperación jurídica internacional alcanza un rol principal de sustento y de herramienta para las soluciones del Derecho procesal civil internacional²⁷².

En este sentido, deducimos que toda interpretación y desarrollo normativo en esta materia debe tender a los principios que fundamentan la cooperación cautelar internacional. Los sistemas que excluyen esta posibilidad y someten a las medidas cautelares a procedimientos engorrosos que las hacen inoperativas atentan contra el derecho de acceso a la justicia, vedándoles el acceso a la tutela debida para materializar sus pretensiones legítimas²⁷³.

III. Ejecución de las medidas cautelares extranjeras en el sistema venezolano y uruguayo

Las medidas cautelares han sido objeto de múltiples tratamientos como se pudo observar en los capítulos anteriores. Es así como para algunos países se concibe el cumplimiento de las medidas cautelares como un acto ejecutorio

²⁶⁹ Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso trasnacional ..., ob. cit., p. 323.

²⁷⁰ Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso trasnacional ..., ob. cit., p. 325.

²⁷¹ Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso trasnacional ..., ob. cit., p. 331.

²⁷² Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso trasnacional ..., ob. cit., p. 336.

²⁷³ Ochoa Muñoz / Madrid Martínez, Problemas de acceso trasnacional ..., ob. cit., p. 342.

y, en consecuencia, sujeto al procedimiento de exequátur, dándole tratamiento igualitario al de una sentencia firme extranjera. Mientras que otros ordenamientos jurídicos han optado por tramitar las mismas a través de un exhorto sin someterse al exequátur.

Ahora bien, a partir de la aprobación de la CICMC se optó por una tercera forma de ejecución de medidas cautelares, tramitándose a través del exhorto, pero regulado de forma separada de aquellos dirigidos a la ejecución de actos de mero trámite.

En este sentido, realizaremos un acercamiento al tratamiento de la ejecución de las medidas cautelares extranjeras en el ordenamiento jurídico uruguayo y el venezolano con miras a establecer las diferencias y semejanzas de estos, tanto a nivel convencional como a nivel de normas internas y de la jurisprudencia.

Es de resaltar que Uruguay cuenta con una normativa extensa en la materia, distanciándose en este sentido del sistema venezolano, donde esta materia ha sido regulada a nivel convencional por un único tratado, dejando lagunas en cuanto a la ejecución.

La experiencia uruguaya tanto a nivel normativo como jurisprudencial resulta de gran utilidad para el presente trabajo. En efecto, Uruguay cuenta con una regulación autónoma en torno a la ejecución de las medidas cautelares extranjeras, y tiene una práctica fluida de esta institución, especialmente con los países del Mercosur²⁷⁴, aportando soluciones adecuadas a los problemas que pueden presentarse alrededor de la ejecución de esta figura. Contar con un marco normativo para la resolución de los casos con elementos de extranjería que trascienden las fronteras, representa una gran ventaja para los operadores jurídicos.

B. Tratados internacionales sobre medidas cautelares

1. Tratados ratificados por Venezuela

En el ordenamiento jurídico venezolano las normas que tratan esta materia son escasas. Solamente el AB ha hecho mención expresa sobre el tema. Igualmente, el CB contiene una serie de normas generales que resultan aplicables a las medidas cautelares, tal y como pasaremos a estudiar.

²⁷⁴ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 17, 235.

a. Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros o Acuerdo Boliviano de 1911

A nivel convencional, Venezuela ratificó el Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros o Acuerdo Boliviano de 1911, el cual, en su artículo 10, incluye dentro del contenido de los exhortos y cartas rogatorias a los “embargos, inventarios y diligencias preventivas”²⁷⁵.

Este Acuerdo tuvo como modelo y siguió casi al pie de la letra el Tratado de Montevideo de 1889, el cual, en su artículo 10, también menciona a los embargos como figura tramitada por vía de exhortos. No obstante, el AB agregó la frase siguiente: “En este caso procederá el Juez con arreglo a las leyes del País”²⁷⁶.

Ambos convenios contienen normas sobre las medidas cautelares, los actos de mero trámite y la ejecución de sentencias definitivas²⁷⁷, y pautan como mecanismos de ejecución de las medidas cautelares extranjeras a los exhortos o cartas rogatorias.

No obstante, este convenio, al cual se le ha reconocido restringida importancia práctica²⁷⁸, ha recibido diversas interpretaciones en materia de medidas

²⁷⁵ Art. 10 del Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros: “Cuando los exhortos y cartas rogatorias se refieran a embargos, inventarios o diligencias preventivas, el juez exhortado proveerá lo que fuese necesario respecto al nombramiento de los peritos, tasadores, depositarios y en general, a todo aquello que sea conducente al mejor cumplimiento de la comisión. En este caso procederá el Juez con arreglo a las leyes de su país”.

²⁷⁶ Parra-Aranguren, Gonzalo, *El Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911) a la Luz de la jurisprudencia venezolana*, en: *RFDUCAB*, 1976, No. 22, pp. 9 ss., especialmente p. 23.

²⁷⁷ Noodt Taquela, *Embargos y otras medidas...*, ob. cit., p. 3.

²⁷⁸ Véase al respecto Parra-Aranguren, *El Acuerdo Boliviano...*, ob. cit., pp. 9 ss. Parra-Aranguren señala dentro de su obra que dicho Tratado no ha sido aplicado en Venezuela en casos referidos a laudos arbitrales, y dentro del ámbito particular de las sentencias extranjeras su relevancia ha sido bastante restringida, dado que, según contabiliza para el momento de la realización de la obra, solo se había aplicado a 14 de todas las solicitudes de exequátur para ese entonces. Ver especialmente p. 25. Ahora bien, dado que Venezuela ratificó en fecha posterior la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencia y Laudos Arbitrales Extranjeros (1979), y la misma se encuentra ratificada igualmente por todos los Estados parte del AB de 1911, el texto de la Convención de 1979 debe ser aplicado con preferencia a este, por lo menos en casos de reconocimiento de sentencias definitivamente firme entre los Estados parte. Pérez Pacheco, Yaritza, *La sentencia extranjera en Venezuela*, Caracas, FCJPUCV, 2011, Serie de trabajos de Ascenso No. 17, pp. 84-85. En caso de exhortos o cartas rogatorias se presenta la misma situación ya que Venezuela ratificó la

cautelares²⁷⁹. Martineau Plaz ha señalado que, si bien dicho Acuerdo contiene de forma expresa la obligación del Estado de tramitar los exhortos o cartas rogatorias cuyo objeto tratase la práctica de embargos u otras medidas preventivas, hace la salvedad que el Estado está facultado para proceder en la ejecución de dichos actos, con arreglo a las normas de su propio ordenamiento y a proveer todo lo conducente para el mejor cumplimiento de la comisión, por lo cual, sostiene el autor, que en los casos donde resulta aplicable el Acuerdo, se impone igualmente el previo exequátur de la Corte Suprema (hoy TSJ)²⁸⁰.

La interpretación *supra* expresada se desprende de la distinción que establece el artículo 5, literal b, respecto a la sentencia ejecutoriada y la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Señala Parra Aranguren que, parte de la doctrina ha entendido que bajo el rubro de ejecutoriada se incluyen los fallos sin autoridad de cosa juzgada formal, pero que pueden cumplirse en su país de origen, no obstante, la pendencia de algún recurso ordinario o extraordinario, incluyendo dentro de este supuesto a los embargos, secuestros u otras medidas preventivas²⁸¹.

Es de resaltar que la distinción entre sentencia ejecutoriada y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no tiene total aceptación y parte de la doctrina utilizan ambos conceptos como equivalentes²⁸².

Ahora bien, opinamos de forma contraria a la interpretación dada a dicho artículo, pues consideramos al igual que Madrid, que esta norma no limita la posibilidad de solicitar providencias cautelares a través de exhortos o cartas rogatorias²⁸³. La frase “En este caso procederá el Juez con arreglo a las leyes de su país” no se refiere al procedimiento de exequátur, sino al principio *lex*

CIECR y su protocolo y Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, siendo que únicamente la CICMC fue firmada pero no ratificada por nuestro país, por lo cual el Acuerdo tiene plena vigencia en cuanto a medidas cautelares. Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., p. 46.

²⁷⁹ Quintero Tirado, *La medida cautelar y la cooperación...*, ob. cit., pp. 452 ss.

²⁸⁰ Martineau Plaz, Eleazar, *Cooperación internacional en materia de procedimiento civil*, en: *Ponencias Venezolanas para el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Hamburgo, 1962*, Caracas, FDUCV, Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho Comparado, 1962, pp. 33 ss., especialmente pp. 53-54.

²⁸¹ Parra-Aranguren, *El Acuerdo Boliviano...*, ob. cit., p. 70.

²⁸² Parra-Aranguren, *El Acuerdo Boliviano...*, ob. cit., p. 70.

²⁸³ Madrid Martínez, *Ejecución de medidas cautelares...*, ob. cit., p. 417.

fori executionis, que indica que la ley aplicable a la tramitación del acto procesal es la ley de la ejecución. Siendo que este Convenio señala que las medidas cautelares se tramitarán a través de exhortos o cartas rogatorias, se hace referencia más bien a las normas del foro que regulan este procedimiento.

Este mismo autor ha señalado, cuando Venezuela es Estado requirente, que este posee un derecho subjetivo frente al resto de los Estados ratificantes para exigir el cumplimiento por parte de estos, en sus respectivos territorios, de embargos, secuestros y otras diligencias preventivas. Incluso señala, que el juez extranjero deberá proveer lo conducente para el mejor cumplimiento de la rogatoria, conforme a su propia legislación²⁸⁴.

La interpretación dada por Martineau Plaz, cuando Venezuela es Estado requerido, crea la grave incompatibilidad entre una obligación internacional, consagrada en la norma que prevé la ejecución de las medidas cautelares a través de exhortos o cartas rogatorias, y el sistema interno, el cual establece que el procedimiento de exequátur debe iniciarse a instancia de parte, y no por medio de exhorto o carta rogatoria²⁸⁵. Siendo así, no parece lógica esta dualidad de hacer la solicitud a través de exhorto o carta rogatoria para someterse al procedimiento exequátur.

b. Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante

Ahora bien, Venezuela también es parte del Tratado de Derecho Internacional Privado, comúnmente conocido como Código Bustamante. Este tratado no contiene una disposición explícita sobre rogatorias cuyo objeto sea la práctica o ejecución de una medida cautelar. No obstante, al tratar la materia de

²⁸⁴ Martineau Plaz, Cooperación internacional en materia..., ob. cit., p. 46.

²⁸⁵ Aunque el tema no ha sido abordado en referencia a este Convenio, el TSJ no ha tramitado el exequátur de las medidas cautelares cuando ha sido solicitado a través de exhortos o cartas rogatorias, devolviendo el exhorto o carta rogatoria, señalando que dicho procedimiento es a instancia de parte, CSJ/SPA, Sent. s/n, 14 de julio de 1971 (*Enitax Argentina S. A. c. La Rueca C. A. y otros a/ejecutivos*), en: *Gaceta Forense*, 1971, No. 73, Segunda Etapa, pp. 33-38. En una decisión del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, de Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas declaró la improcedencia de tramitar un exhorto o carta rogatoria contentiva de una medida cautelar a través del procedimiento contenido en la Convención Interamericana sobre Exhorto o Cartas Rogatorias, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, de Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. s/n, 7 de mayo de 2003 (caso *Maersk Sealand*). Estas decisiones serán estudiadas en mayor detalle al tratar la jurisprudencia venezolana.

cooperación judicial internacional establece, en su artículo 388, que “Toda diligencia judicial que un Estado contratante necesite practicar en otro, se efectuará mediante exhorto o comisión rogatoria...”. Esta norma no distingue entre las diligencias de mero trámite y aquellas que no lo son²⁸⁶.

En este orden de ideas, señala Martineau Plaz, que la doctrina internaciona- lista americana es conforme en sostener que bajo el término “diligencia judi- cial”, contenida en el artículo 388, se incluye a las medidas cautelares²⁸⁷. Un ejemplo de lo anterior también se puede observar en el Sistema peruano. Así, señala Arriola Espino, esta norma comprende cualquier acto procesal, entiéndase notificaciones, pruebas, medidas cautelares, entre otras, que re- quiera el tribunal del Estado requirente, para dar una efectiva tutela procesal y que, solo podría ejecutarse por el tribunal extranjero requerido. De esta forma, para dicho país, que también es Estado parte de este Tratado²⁸⁸, se interpreta de forma amplia el contenido de dicho artículo incluyendo a las medidas cautelares²⁸⁹.

No obstante, Martineau Plaz hace extensiva sus consideraciones sobre el AB al CB, señalando que, de forma implícita, sujeta la ejecución de las medidas preventivas dictadas en el extranjero a las normas del Estado donde se pre- tendan llevar acabo²⁹⁰.

A nuestro juicio, la interpretación dada por el autor *supra* citado establece un contenido a las normas del CB que estas no poseen. Esta norma no dis- tingue entre las diligencias de mero trámite y aquellas que no lo son. Al in- terpretar a las medidas cautelares extranjeras como sentencias interlocutorias susceptibles de ejecución y someterlas al paso previo de exequátur, se está estableciendo una distinción y un carácter que dicha norma no contiene.

²⁸⁶ Madrid Martínez, Ejecución de medidas cautelares..., ob. cit., p. 417. Operti Badan, *Ex- hortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 76.

²⁸⁷ Martineau Plaz, Cooperación internacional en materia..., ob. cit., pp. 46-47.

²⁸⁸ Ratificado por el Perú sin reservas mediante Resolución Legislativa No. 6442 de 31 de diciembre de 1928 y, promulgada el 8 de enero de 1929, se depositó el instrumento de ratificación el 19 de agosto de 1929.

²⁸⁹ Arriola Espino, Marcela, Cooperación judicial internacional en el sistema de Derecho internacional privado peruano, en: *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2007, 1/1, pp. 107 ss., especialmente p. 116. Disponible: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1fbf618043eb7b7aa6b1e74684c6236a/6+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+-+Arriola+Espino.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1fbf618043eb7b7aa6b1e74684c6236a>

²⁹⁰ Martineau Plaz, Cooperación internacional en materia..., ob. cit., pp. 53 - 54.

2. Tratados ratificados por Uruguay

Uruguay ha ratificado múltiples tratados que regulan el tema de las medidas cautelares. Por lo que haremos referencia a la parte general de los mismos. Posteriormente trataremos en detalle los aspectos referidos a la ley aplicable, competencia y jurisdicción indirecta, relacionados a la ejecución de las medidas cautelares.

a. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889

El Tratado de Montevideo de 1889 ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, y Colombia se ha adherido posteriormente.

No obstante, Argentina, Paraguay y Uruguay ratificaron posteriormente el Tratado de Montevideo de 1940, que derogó al Tratado de Montevideo de 1889 frente a estos países, pero a su vez estos tres países ratificaron la CICMC, así como Perú y Colombia, la cual, conforme a los términos de la misma Convención, tiene aplicación preferente frente a estos dos Tratados, por lo que, en principio, resulta aplicable únicamente en casos vinculados con Bolivia.

En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 30 de la Convención de Viena de 1986 sobre los Tratados²⁹¹, el ámbito de aplicación espacial del Tratado de Montevideo de 1889 queda limitado únicamente a los exhortos, a través de los cuales se solicite la ejecución de medidas cautelares provenientes de Bolivia hacia los otros Estados ratificantes o bien desde estos últimos hacia ese Estado²⁹².

En el ámbito de aplicación material dicho Tratado de Montevideo de 1889, en el Título III, se incluye el tema de las medidas cautelares. También ha regulado el tema del reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, el régimen de cumplimiento de los exhortos sobre actos de mero trámite y obtención de pruebas.

Dicho Tratado trata a las medidas cautelares al legislar sobre los exhortos²⁹³, ampliando sustancialmente, en su artículo 10, las facultades del juez

²⁹¹ Ratificada por Uruguay por Ley No. 16.173, de 30 de marzo de 1991.

²⁹² Fresnedo de Aguirre, Cecilia, La cooperación cautelar internacional en el Mercosur, en: *Azpilcueta*, 1999, No. 14, pp. 55 ss., especialmente p. 57.

²⁹³ Dreyzin de Klor, Adriana / Teresita Saracho Cornet, *Trámites judiciales internacionales*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, p. 166.

exhortado, ya que luego de mencionar a modo de ejemplo los embargos, tasaciones e inventarios, hace referencia a todas las “diligencias preventivas”, dejando al intérprete establecer qué medidas concretas pueden ser calificadas como tales.

Ni este Tratado ni los celebrados posteriormente han establecido una lista taxativa en cuanto a los tipos de medidas cautelares reguladas, por lo que, en principio, no existe límite alguno para las medidas cautelares internacionales, siendo objeto de cooperación cualquier medida cautelar que considere el juez de un Estado conforme a sus normas internas, salvo el límite natural del orden público internacional del Estado requerido o las medidas que estén prohibidas por su legislación²⁹⁴.

En referencia al tipo de procesos en que podrán ser solicitadas dichas medidas cautelares, el Tratado no hace ningún tipo de mención, por lo cual se ha entendido que resulta aplicable a todo tipo de proceso.

Ahora bien, el artículo 10 aparecía en el Proyecto de Tratado del Procedimiento Civil elaborado por la Comisión de Procedimiento Judicial del Congreso Internacional Sub-americano de Montevideo con un texto algo diferente, pues tenía un párrafo final que decía: “con tal que la providencia solicitada reúna las condiciones establecidas en los incisos c) y d) del artículo 5 y hayan sido expedidos por juez competente y legalizados debidamente”

Por su parte el artículo 5 incisos c) y d) enumeraba las condiciones que debe llenar el exhorto para lograr su cumplimiento: “c) que se haya dictado sin infracción de los principios consignados en este tratado; d) que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución”.

La redacción definitiva del artículo 10 fue propuesta en la sesión plenaria por el doctor Gálvez, por lo que debe atenderse al informe producido por este delegado, que acompañó al Proyecto elaborado por la Comisión de Procedimiento Judicial, para el análisis de este dispositivo. Así, el autor, en forma explícita, aclaró el sentido de la disposición de modo inequívoco, señalando que

en este artículo se estatuye que, cuando los exhortos y cartas rogatorias contengan comisiones de trascendencia como son las de practicar embargos, nombrar peritos, depositarios o tasadores, no solo deba el juez limitarse al

²⁹⁴ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p.134.

estricto cumplimiento del encargo, sino dictar las providencias que conduzcan a solucionar todas las dificultades que, con motivo de la comisión, puedan suscitarse, a fin de evitar dilaciones perjudiciales y mayores gastos a los interesados²⁹⁵.

De lo anterior se desprende que los jueces de los Estados parte del Tratado tienen la facultad de requerir y obtener la práctica del embargo fuera de su territorio, distinguiéndose su figura de la ejecución de sentencias extranjeras, aunque sin llegar a plasmar, explícitamente en el texto, su carácter de medida cautelar y la forma de cumplimiento a que debe ajustarse²⁹⁶.

Respecto a los requisitos que deben cumplir los exhortos o cartas rogatorias para su cumplimiento extraterritorial, de acuerdo con el Tratado de Montevideo de 1889, hubo discrepancia a nivel de la doctrina, pues una parte de ella señalaba que la sustitución de la expresión final “estén debidamente legalizados”, que se aprecia en el proyecto del Tratado, por “reúnan las condiciones establecidas en este tratado” dio pie a señalar que debía aplicarse a los exhortos los requisitos contenidos en el artículo 5, que otra parte de la doctrina consideraba de aplicación exclusiva en el proceso de ejecución de sentencias, requisitos tales como controlar la competencia del exhortante, la no oposición a las normas de orden público del país de la ejecución del exhorto, etc.

En el artículo 11 del Tratado se regula la ley aplicable al cumplimiento²⁹⁷. Esta norma somete la ejecución y diligenciamiento del exhorto a la *lex fori*²⁹⁸. Por otro lado, la pertinencia y oportunidad del libramiento de la rogatoria es decidido por el exhortante. Esta norma introduce un factor de armonía en las disposiciones del Tratado al regir el diligenciamiento de las rogatorias por la *lex fori*, lo que respetó el principio adoptado en el artículo 1 de dicho Tratado²⁹⁹.

El artículo 12 del Tratado acuerda a los interesados en la ejecución de los exhortos y cartas rogatorias la facultad de constituir apoderados, siendo de su cuenta los gastos que estos apoderados y las diligencias ocasionen.

²⁹⁵ *Actas y Documentos*, p. 418, citado en: Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 334-335.

²⁹⁶ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 333-336.

²⁹⁷ Dreyzin de Klor / Saracho Cornet, *Trámites judiciales...*, ob. cit., p. 166.

²⁹⁸ Arriola Espino, *Cooperación judicial internacional...*, ob. cit., p. 115.

²⁹⁹ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 271.

b. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940

En el ámbito de aplicación espacial, el Tratado de Montevideo de 1940 ha sido ratificado por la Argentina, Uruguay y Paraguay, por lo que sustituye al de 1889 con relación a estos tres países entre sí. Pero a su vez, los referidos Estados han ratificado la CICMC, teniendo esta aplicación preferente³⁰⁰ respecto al texto de 1940, en los términos del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969³⁰¹. Por ello, las normas del Tratado de Montevideo de 1940 carecen, en principio, de aplicabilidad en la actualidad, en lo que a medidas cautelares se refiere. En todo caso, conviene hacer algunas referencias respecto del tratamiento de las medidas cautelares que hace este Tratado.

Este Convenio tomó como base el de 1889 y dos proyectos preparados por Argentina y Uruguay. Igual que su antecesor, el Tratado incluye normas que regulan el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, el régimen de cumplimiento de los exhortos sobre actos de mero trámite y de obtención de pruebas. Los cambios más relevantes se refieren a la cooperación judicial internacional, especialmente en materia de embargo de bienes extranjeros, donde se vislumbró cierta autonomía en torno a la regulación de las medidas cautelares³⁰² pero respetó, por lo demás, los principios del tratado de 1889³⁰³.

³⁰⁰ Santos Belandro, Rubén, Vigencia de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II y III, en: *Revista de Información Legislativa*, 1989, No. 103, pp. 295-310.

³⁰¹ De acuerdo con el art. 30 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en los casos en que todos los Estados Parte de un tratado, lo sean también de otro posterior sobre el mismo tema, se aplica en principio el posterior. Fresno de Aguirre, La cooperación cautelar internacional..., ob. cit., pp. 57-58. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que conforme el art. 59 de la misma Convención de Viena de 1969, se mantiene la vigencia del tratado anterior entre países ratificantes de un tratado posterior sobre el mismo tema en aquellas cuestiones no reguladas en la convención posterior, que no sean incompatibles con las disposiciones del nuevo tratado, por lo cual la afirmación expresada dista de ser absoluta, y es necesario analizar cada caso en particular. Menicocci, Alejandro, *Lex posterior non derogat legi priori*: El singular tratamiento del ámbito temporal adoptado por la CIDIP sobre normas generales de Derecho internacional privado, en: *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, p. 21. En: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/683/533>.

³⁰² Fresno de Aguirre, Cecilia, *Cooperación jurisdiccional internacional cautelar. Dificultades que representa en la práctica. Una visión desde Uruguay*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, University of Edinburgh, Universidad de Buenos Aires, British Academy. 2014, p. 2.

³⁰³ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 139-140, 272.

En este sentido, el Convenio de 1940 incorporó modificaciones respecto a la ley aplicable al embargo, así se lee en el artículo 13:

Los exhortos y las cartas rogatorias serán diligenciadas con arreglo a las leyes del país al cual se pide la ejecución. Si se tratara de embargos, la procedencia de la medida se regirá y determinará por las leyes y los jueces del lugar del proceso.

La traba del embargo, su forma y la inembargabilidad de los bienes denunciados a ese efecto, se regirán por las leyes y se ordenarán por los jueces del lugar en donde dichos bienes estuvieran situados...

Por medio de este agregado se establece una distinción según se trate de la admisibilidad de la medida o de su cumplimiento. En el primer caso, las medidas se regirán y determinarán por las leyes y los jueces del lugar del proceso principal (art. 13, párr. 1º); de esta forma, se resolvió la cuestión de la procedencia que había dado lugar a arduas discusiones bajo la vigencia de las normas del Tratado de 1889, y se mantuvo el principio de la *lex fori* en lo que atañe al acto mismo de la providencia. Por consiguiente y de acuerdo con el inciso 1º del artículo, es el juez del proceso principal quien debe controlar la concurrencia de los extremos que justifiquen la resolución³⁰⁴.

En cuanto a la traba del embargo, su forma y la inembargabilidad de los bienes se regirán por las leyes y se ordenará por los jueces del lugar en donde dichos bienes estuvieran situados (art. 13, párr. 2º). Conforme a este artículo resultaba aplicable la *lex rei sitae*³⁰⁵, de forma que se acogió el principio general del Derecho internacional privado, relativo a que las cuestiones de carácter real se encuentran necesariamente sujetas a los tribunales y a las leyes del lugar de la situación de los bienes³⁰⁶.

Conforme a lo anterior, el Tratado otorgó facultades a la ley de la ubicación de los bienes para establecer la embargabilidad o inembargabilidad de los bienes, conciliándose la vigencia de la *lex rei sitae* con la regulación del embargo como categoría procesal autónoma, cuya procedencia se rige por la *lex*

³⁰⁴ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 272.

³⁰⁵ CICMC seguirá este criterio y dispone en su artículo 3 que la ley del Estado del tribunal que decreta la medida rige en todos los aspectos concernientes a la procedencia de la misma, pero para lo relativo a su diligenciamiento y cumplimiento queda sometido a la ley del Estado requerido a tales efectos, como se estudiará más adelante. Anuario Jurídico Interamericano, Consultoría Jurídica de la Secretaría General de la Organización, OEA, 1979, p. 254.

³⁰⁶ Tellechea Bergman, *El actual marco regulador...*, ob. cit., p. 274.

fori. Esto en razón que el embargo ni crea ni extingue derechos reales, por tanto, la ley de la situación puede ceder parte de su vigor en favor de la ley del juez exhortante sin quebrar por ello su función de organización de la propiedad, tan íntimamente ligada al orden jurídico y social del Estado³⁰⁷.

Sobre este artículo 13, nos señala Operti, citando las Actas del Congreso de Montevideo, que el proyecto argentino contenía las excepciones de litispendencia e incompetencia de jurisdicción y la deducción de una tercería de dominio en el país donde deban realizarse las diligencias del embargo. No obstante, dicha propuesta fue rechazada, aceptándose únicamente el último punto incorporado al artículo 14³⁰⁸. Este artículo regula el problema de la deducción de las tercerías, amparando el derecho de los afectados por el embargo.

Los Tratados de Montevideo resultan de gran importancia histórica, pero están, en principio, superados por la CICMC y el POP³⁰⁹.

c. Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares

La CICMC fue propuesta en la CIDIP II con la finalidad de regular de forma separada el tema de las medidas cautelares extranjeras de los actos de mero

³⁰⁷ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 324-325.

³⁰⁸ Art. 14 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940: "Trabado el embargo, la persona afectada por esta medida podrá deducir, ante el juez ante quien se libró el exhorto, la tercería pertinente, con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen.- Noticiado este de la interposición de la tercería, suspenderá el trámite del juicio principal por un término no mayor de sesenta (60) días, con el objeto de que el tercerista haga valer sus derechos. La tercería se sustanciará por el juez de lo principal, conforme a sus leyes.- El tercerista que comparezca después de fenecido ese término tomará la causa en el estado en que se encuentre.- Si la tercería interpuesta fuese de dominio o de derechos reales sobre el bien embargado, se resolverá por los jueces y de acuerdo con las leyes del país del lugar de la situación de dicho bien". Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 348-349.

³⁰⁹ Decimos que las normas sobre medidas cautelares del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 han quedado superadas, en principio, por las de la CICMC pues en virtud de lo dispuesto por el art. 59 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, de la que son parte los Estados del Mercosur, con excepción de Brasil, existe la posibilidad de que alguna norma del tratado anterior mantenga su vigencia si no resulta incompatible con las del tratado posterior, es decir con las de la CICMC, de Montevideo de 1979. Ver: Fresnedo de Aguirre, *Cooperación jurisdiccional internacional...*, ob. cit.

trámite y la ejecución de sentencias³¹⁰. De esta forma se les da a las medidas cautelares el primer tratamiento autónomo en la región, con la finalidad de regular todos los aspectos que implica esta institución.

Esta Convención ha sido ratificada por tres de los cuatro Estados parte del Mercosur: Argentina, Paraguay y Uruguay³¹¹, asimismo ha sido ratificada por Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú.

Conforme a su artículo 2, esta Convención resulta aplicable cuando la autoridad jurisdiccional de un Estado parte disponga o solicite medidas cautelares a ejecutarse en otro Estado parte.

La CICMC define o califica los términos “medidas cautelares”, “medidas de seguridad”, o “medidas de garantías” como equivalentes, con la finalidad de evitar controversias o interpretaciones disímiles en los conceptos que pudieren acuñar en tal sentido cada uno de los Estados parte y favorecer la ratificación por el mayor número de países.

Igualmente, en su artículo 1 párrafo 1º, la CICMC realiza una calificación autónoma de lo que se entiende por medidas cautelares, al referirse a todo medio o procedimiento “que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica”.

La CICMC especifica en el artículo 2, incisos a y b, que las medidas cautelares podrán referirse a aquellas necesarias para garantizar la seguridad de bienes muebles e inmuebles (embargos, secuestros preventivos, inscripción de demanda, administración o intervención de empresas), o de personas (custodia de hijos menores y alimentos provisionales)³¹².

La norma antes referida excluye de su ámbito de aplicación, por interpretación en contrario, los embargos ejecutivos, es decir, aquellos que se dictan frente a una presunción de certeza inicial, como el caso del juicio ejecutivo, y ejecutorios, aquellos dictados frente a una sentencia firme en vías de ejecución³¹³.

³¹⁰ Actas y Documentos, Segunda Conferencia..., ob. cit., p. 104.

³¹¹ Uruguay la ratificó según Ley No. 14.953, de 18 de diciembre de 1979.

³¹² González Pereira, Oscar, *Cooperación cautelar en el Derecho internacional privado*, JA, 2000-III-1242, p. 3. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/36747713/Cooperacion-Cautelar-en-El-Dipr-28gonzalez-Pereira-29>

³¹³ Fresnedo de Aguirre, *La cooperación cautelar internacional...*, ob. cit., p. 58.

Por otra parte, y a diferencia de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, la CICMC en el artículo 1 *in fine*, indica en qué tipo de procesos podrán solicitarse las medidas cautelares, señalando al efecto los procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y los procesos penales en cuanto a la reparación civil³¹⁴.

Igualmente, esta Convención consagra en su artículo 10 el principio de la jurisdicción más próxima, regulando lo referente a las medidas conservatorias o de urgencia.

Respecto al juez competente, la CICMC asigna poderes tanto al juez que conoce del fondo como al juez que conoce del procedimiento cautelar. Esta Convención adopta la ley del lugar de cumplimiento de la medida como solución general para determinar la ley aplicable a los actos de ejecución y deja a la ley del lugar del proceso la determinación de la procedencia de la medida y su levantamiento. Distribuye la competencia de un modo más o menos equilibrado entre el juez requirente y el juez requerido, y determina los ámbitos de aplicación de una y otra ley, en forma paralela a la competencia³¹⁵. Este punto se tratará con mayor detenimiento al momento de tratar la ley aplicable a las medidas cautelares.

d. Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994

El tema de las medidas cautelares se reguló en el Mercosur por medio del Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, aprobado por decisión del Consejo del Mercado Común 27/95 del 17 de diciembre de 1994. Se trata de un tratado cerrado, creado para regular las relaciones entre los países miembros del Tratado de Asunción, solo los Estados parte de este pueden formar parte del Protocolo, conforme a lo dispuesto en el artículo 30³¹⁶.

En este sentido, Venezuela formalizó su ingreso como miembro y fue aprobado por los demás Estados parte en 2006 a través del Protocolo de

³¹⁴ González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., p. 3.

³¹⁵ Noodt Taquela, María Blanca, Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional, en: *XXII Anuario Argentino de Derecho Internacional 2013*, 2014, pp. 1 ss., especialmente p. 12. Disponible en: <http://catedradipr.org/diprwp/wp-content/uploads/2015/11/NOODT-TAQUELA-Aplicacion-de-las-normas-mas-favorables-a-la-cooperacion-judicial-internacional.pdf>

³¹⁶ González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., p. 4.

Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, el cual debió ser sometido a la ratificación de los parlamentos de Argentina³¹⁷, Uruguay³¹⁸, Brasil³¹⁹ y Paraguay. En Paraguay, la Cámara del Senado del Congreso lo negó durante un tiempo prolongado impidiendo la entrada de Venezuela, no obstante, en fecha 12 de agosto de 2012 Venezuela concretó su integración como miembro pleno al Mercosur³²⁰, después que Paraguay fuera suspendido el 29 de junio de 2012 por la destitución del presidente Fernando Lugo, con base en la cláusula democrática del Tratado de Ushuaia I de 1998.

Con la toma de la presidencia por Horacio Cartes, electo el 21 de abril de 2013 se inició nuevamente el procedimiento para su ratificación, lo cual se concretó el 18 de diciembre de 2013, con la ratificación por el Congreso de Paraguay del Protocolo de incorporación de Venezuela al Mercosur.

Venezuela contaba con un período transitorio de 4 años, conforme al artículo 3 del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, para la adaptación de la normativa jurídica y las prácticas comerciales.

Ahora bien, este Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, aprobado el 17 de diciembre de 1994, consagra el principio de la vigencia simultánea y la necesaria internacionalización, como regla, de las normas dictadas por la organización, haciendo depender el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado parte la forma de incorporación de las normas del Mercosur.

Siendo las cosas así, Suárez, señala que descartado el artículo 153 de la CRBV, por no ser el Mercosur un proceso de integración supranacional, resultaría aplicable el artículo 154 de esta misma norma, específicamente las

³¹⁷ Documento depositado el 14 de febrero de 2007.

³¹⁸ Documento depositado el 30 de agosto de 2007.

³¹⁹ Documento depositado el 4 de marzo de 2010.

³²⁰ El 13 de julio de 2012 CMC (Dec. 20/02, Art. 6) Montevideo, 13/VII/2012, la República Bolivariana de Venezuela depositó su instrumento de ratificación al Protocolo de Adhesión al MERCOSUR.

Finalmente, por Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 27/12, (Brasilia, 31/VII/12), se dispuso que: a partir del 12 de agosto de 2012, la República Bolivariana de Venezuela adquirirá la condición de Estado-parte y participará con todos los derechos y obligaciones en el MERCOSUR, de acuerdo con el artículo 2° del Tratado de Asunción y en los términos del Protocolo de Adhesión”.

excepciones a la regla de la ley aprobatoria, por lo cual, en principio solo haría necesario la publicación de normas derivadas de este organismo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, como mecanismo interno de eficacia³²¹.

Lo anterior es de particular importancia dentro del ámbito espacial del POP, que previó en su artículo 30 de forma expresa que: “La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará de pleno derecho la adhesión al presente protocolo”³²².

No obstante, para la fecha de elaboración del presente trabajo, Venezuela no ha cumplido con el requisito de eficacia de dicho instrumento normativo, por el contrario, Venezuela perdió su carácter de miembro pleno del Mercosur, cuando se le aplicó una medida de cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado parte ante el incumplimiento del Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur, que dada a Venezuela un período de 4 años para la incorporación de la normativa a la legislación interna³²³.

Por todo lo anterior expresado, este Protocolo se encuentra vigente para Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay³²⁴, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales, siguiendo lo establecido por el artículo 29 del mismo protocolo.

Al igual que la CICMC, los artículos 1 y 4 del Protocolo señalan que este resulta aplicable cuando la autoridad jurisdiccional de un Estado parte disponga o solicite medidas cautelares a ejecutarse en otro Estado parte. El artículo 1 del POP señala que las medidas cautelares son las que tienen como finalidad “impedir la irreparabilidad de un daño, en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer”.

³²¹ Suárez M., Jorge Luis, La aplicación de las normas del Mercosur en Venezuela, en: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, 2015, No. 6, pp. 299 ss. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/01/La-aplicacion-de-las-normas-de-Mercosur-en-Venezuela.pdf>

³²² Ver: Tellechea Bergman, *El actual marco regulador...*, ob. cit. p. 267.

³²³ De Alba, Mariano, Venezuela “suspendida” irregularmente del Mercosur. ¿Y ahora?, en: *Provinci*, 2 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://provinci.com/2016/12/02/actualidad/venezuela-suspendida-irregularmente-del-mercosur-y-ahora-por-mariano-de-alba/>

³²⁴ Ley No. 16.930 del 20 de abril de 98, publicada en el *Diario Oficial*, 29 de abril de 1998, Depositado el instrumento de ratificación en la Cancillería de la República de Paraguay, el 10 de agosto de 1998.

En su artículo 2, el POP, al igual que la CICMC pero a diferencia de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, indica en qué tipo de procesos podrán solicitarse las medidas cautelares, señalando al efecto los procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y procesos penales en cuanto a la reparación civil³²⁵.

Por otra parte, los artículos 3, 12 y 25 del instrumento comentado incluyen, dentro de su ámbito de aplicación, a las medidas cautelares preparatorias, las incidentales y las que garanticen la ejecución de una sentencia, así como las que se dicten en materia de custodia de menores, alimentos provisionales, localización y restitución de menores³²⁶.

Este Protocolo, en su artículo 26, ha incluido una cláusula de compatibilidad, por medio de la cual no restringe la aplicación de normas más favorables para la cooperación consagradas en otras Convenciones sobre medidas cautelares en vigor, con carácter bilateral o multilaterales entre los Estados parte, lo cual resulta de utilidad para aquellos países que también han ratificado la CICMC, en todos aquellos aspectos no regulados por el POP o regulados de forma más favorable en la CICMC³²⁷.

e. Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares

Este Acuerdo³²⁸ sanciona una serie de formularios contenidos en el Anexo al propio Acuerdo, cuya finalidad es facilitar el trabajo de los jueces y demás autoridades que participen en la solicitud y diligenciamiento de las medidas cautelares.

B. Normas internas en materia de medidas cautelares

1. Normas internas venezolanas

El ordenamiento jurídico venezolano interno no ha tratado el tema de las medidas cautelares extranjeras; este no fue abordado por la LDIPr, manteniendo la ausencia de normas especializadas en la materia³²⁹.

³²⁵ González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., p. web.

³²⁶ Dreyzin de Klor / Saracho Cornet, *Trámites judiciales...*, ob. cit., p. 172.

³²⁷ Fresnedo de Aguirre, *La cooperación cautelar internacional...*, ob. cit., p. 59.

³²⁸ Fue aprobado por Decisión No. 9/97 del CMC, y publicado en el *Boletín Oficial del Mercosur*, No. 5.

³²⁹ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 46-47.

Ahora bien, antes de la entrada en vigor de la LDIPr, la eficacia de los actos de autoridades extranjeras era regulada por el Título X del Libro Cuarto del CPCV³³⁰, titulado “De los Procedimientos Especiales” el cual, en su artículo 857, señala:

Las providencias de Tribunales extranjeros concernientes al examen de testigos, experticias, juramentos, interrogatorios y demás actos de mera instrucción que hayan de practicarse en la República, se ejecutarán con el simple decreto del Juez de Primera Instancia que tenga competencia en el lugar donde hayan de verificarse tales actos siempre que dichas providencias vengan con rogatoria de la autoridad que las haya librado y legalizadas por un funcionario diplomático o consular de la República o por vía diplomática...

En dichos supuestos antes descritos, no se incluyen las medidas cautelares dictadas en el extranjero, pues el artículo se refiere únicamente a actos de mera instrucción, por lo cual algunos autores han señalado que las únicas medidas cautelares susceptibles de ejecución, a través de exhortos, son las que tienden a asegurar una prueba, por considerarse actos de mera instrucción³³¹. Dicho límite ha sido interpretado igualmente para los supuestos regulados por el artículo 59 de la LDIPr, el cual algunos autores han señalado, solo se aplica a los actos de mero trámite, excluyendo todo acto que implique coacción³³².

Lo anteriormente descrito centró la discusión sobre la ejecución de las medidas cautelares³³³ en cómo se entienda su naturaleza jurídica. Así, se conocen dos enfoques para considerar la ejecución de las medidas cautelares en Venezuela, apoyados ambos por reconocidos especialistas en materia de Derecho procesal e internacional privado.

³³⁰ Este Código reformó el de 1916, entre cuyas materias se reestructuró lo relativo a la cooperación judicial internacional. Sin embargo, la reforma introducida no presentó un gran avance en lo que respecta a la regulación de la cooperación judicial internacional, en razón que las modificaciones fueron escasas e insuficientes. Rodríguez Reyes de Mezoa, *Medios de la cooperación judicial...*, ob. cit., p. 367.

³³¹ Quintero Tirado, *La medida cautelar y la cooperación...*, ob. cit., p. 461.

³³² Guerra Hernández, Víctor Hugo, La aplicación del Derecho extranjero, la eficacia de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial internacional, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996), Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la ACPS, 1998, Serie Eventos No. 11, p. 137.

³³³ B. de Maekelt, *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 127-128.

Parte de la doctrina, como fue expuesto en el capítulo II, y la jurisprudencia³³⁴, le atribuyó a las providencias que acuerdan medidas cautelares el carácter de sentencias interlocutorias susceptibles de ejecución, y como tal no son actos de simple trámite, por lo que no estaban incluidas en los actos mencionados en el antiguo artículo 755 del CPCV de 1916, actual artículo 857 del CPCV vigente, y ante el silencio de la ley, estimaban que la ejecución de las mismas en el territorio del Estado debía ser precedida del procedimiento de exequátur³³⁵.

Por lo general una medida cautelar implica un alto grado de coerción, ya que supone la indisponibilidad de un bien, aunque no tiene el efecto irreversible y definitivo de la ejecución de una sentencia, dado que normalmente la medida cautelar permanece vigente el tiempo que dura el juicio, el elemento cronológico no es tan intenso como en la ejecución³³⁶; con base a esto se ha sostenido que las resoluciones sobre medidas cautelares son también definitivas, dentro de las limitaciones temporales de su contenido y, aún más, ejecutivas, no obstante la interposición de recurso contra las mismas³³⁷.

Otra parte de la doctrina, tal como fue expuesto en el capítulo II, opina que la medida cautelar es un elemento auxiliar de un proceso internacional, cuya eficacia en el país emisor y el país receptor se comprende dentro del ámbito de la cooperación judicial internacional³³⁸. En consecuencia, la eficacia de estas medidas no debe asimilarse a la de sentencias extranjeras sino tramitarse, a través de exhortos o cartas rogatorias, como cualquier otro medio de cooperación judicial internacional.

En nuestra opinión, dicha posición se sustenta en el carácter instrumental de las medidas cautelares, pues es este el elemento que las distingue de cualquier

³³⁴ CSJ/SPA, Sent. s/n, 14 de julio de 1971, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1971, T. XXXI, pp. 448-451. La CSJ en 1971 señaló: “las decisiones que acuerdan medidas cautelares o de ejecución conllevan otras decisiones judiciales, las cuales por su naturaleza no pueden calificarse de actos de mera instrucción y, por consiguiente, solo serían ejecutables en Venezuela a solicitud de parte interesada y mediante el cumplimiento de los requisitos y con sujeción al procedimiento señalado en las leyes de la República”. Esta decisión de estudiará en profundidad más adelante.

³³⁵ Sobre este punto ver: Feo, *Estudios sobre el Código de...*, ob. cit., p. 213; Borjas, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Caracas, s/f, Vol. VI, p. 254.

³³⁶ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p.98.

³³⁷ Ramos Méndez, *Arbitraje internacional y medidas cautelares...*, ob. cit., pp.453-454.

³³⁸ Dicha posición ha sido liderada y sustentada por Operti en Uruguay, Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 95-100, 310-324.

otro tipo de medidas, es decir, la subordinación a una futura sentencia que resolverá de manera definitivamente firme la controversia, por tanto, su razón de ser no es resolver el asunto debatido, sino garantizar la eficacia del resultado del proceso principal³³⁹, existe de esta manera una relación de dependencia con la causa principal.

La medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en relación con el juicio principal, por lo cual está preordenada a un proceso pendiente y una vez finalizado el proceso principal la medida cautelar se extingue³⁴⁰. Su carácter de sentencia interlocutoria está dirigido a hacer posible el curso del proceso, apartando inconvenientes o estorbos procesales³⁴¹, por lo que coincidimos con lo señalado en 1997, en un voto salvado, por la doctora Hildegart Rondón de Sansó que excluyó expresamente el procedimiento de exequátur para aquellas sentencias preparatorias, interprocesales o interlocutorias³⁴².

La medida cautelar nace en previsión de la prestación de una tutela judicial, una vez se logra esta, la resolución cautelar no solo no aspira a transformarse, en definitiva, sino que además está destinada a desaparecer, precisamente por falta de fines³⁴³.

La medida cautelar sirve de instrumento para la buena culminación del proceso, para garantizar su eficacia, y lograr la seriedad de la función jurisdiccional³⁴⁴, finalidad esta que se enmarca dentro de los propósitos y actos de la cooperación judicial internacional, tal y como ha sido previsto en el artículo 59 de la LDIPr que deja abierto el contenido de los exhortos o carta rogatorias a la “citación, diligencias probatorias o de cualquier otra actuación judicial que resulte necesaria para el buen desarrollo del Proceso”. Por lo cual, sin hacer mayores precisiones la LDIPr prevé la posibilidad de incluir cualquier acto que esté destinado o resulte necesario para el desarrollo del proceso³⁴⁵.

³³⁹ Calderón Cuadrado, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, ob. cit., pp. 33-34.

³⁴⁰ Calderón Cuadrado, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, ob. cit., p. 35.

³⁴¹ Cuenca, *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 441.

³⁴² CSJ/SPA, Sent. s/n, 21 de mayo de 1997, en: *Jurisprudencia de Oscar Pierre Tapia*, mayo 1997, p. 335.

³⁴³ Calderón Cuadrado, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, ob. cit., p. 35.

³⁴⁴ Rengel Romberg, *Tratado de Derecho procesal civil...*, ob. cit., p. 163.

³⁴⁵ Madrid Martínez, *Ejecución de medidas cautelares...*, ob. cit., p. 417.

2. Normas internas uruguayas

Uruguay incorporó en su legislación de fuente interna la posibilidad de prestar cooperación judicial internacional en materia cautelar. Dicha materia está regulada en el Código General del Proceso³⁴⁶, en adelante CGP, en los artículos 530 a 536.

Estas normas se basan fundamentalmente en las soluciones de la Convención Interamericana de 1979, por lo que contienen normas similares y cimentadas en idénticos principios. Estas resultan aplicables en aquellos casos en que no exista tratado sobre la materia³⁴⁷.

El actual proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay no contiene normas específicas sobre la ejecución de medidas cautelares o cooperación judicial internacional, materias que se regirán por las normas previstas en el CGP, solo se refiere a la competencia en la esfera internacional de los jueces uruguayos para adoptar medidas provisionales o conservatorias, aun cuando no sean competentes para conocer el fondo del asunto y respecto a las medidas cautelares o de urgencia en materia de protección de incapaces, cuando el incapaz se encuentre en territorio uruguayo (art. 57.9 y art. 59.a)³⁴⁸.

C. Regulación de la ejecución de las medidas cautelares extranjeras

En la ejecución de las medidas cautelares extranjeras se pueden presentar conflictos respecto a la ley aplicable, la jurisdicción directa e indirecta, por tal razón, en este punto se analizará, de forma comparativa, las soluciones asumidas por la legislación uruguaya y las posibles soluciones aplicables en el marco del ordenamiento jurídico venezolano.

Por lo cual, para evitar repeticiones se tratará simultáneamente a las dos legislaciones, haciendo referencia tanto a las normas convencionales como a las internas.

³⁴⁶ Ley No. 15.982, de 1988.

³⁴⁷ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pp. 145-146.

³⁴⁸ Proyecto de ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay, Disponible en: <http://www.diputados.gub.uy/wp-content/uploads/2016/09/0238-C3327-09.pdf>

1. Ley aplicable y jurisdicción competente en la ejecución de las medidas cautelares extranjeras

Las medidas cautelares extranjeras no escapan de los problemas típicos del derecho internacional privado: el derecho aplicable y la jurisdicción para ejecutarlas, temas de particular importancia y complejidad dada la intervención de dos ordenamientos jurídicos para el desarrollo de las mismas.

En este sentido, se debe tener presente la intervención del juez y el derecho de quien solicita la medida, y del juez y el derecho del lugar donde esta debe ejecutarse. Así, tanto la CICMC, como el POP y el CGP asignan poderes al juez que conoce del fondo y al que conoce del procedimiento cautelar.

Por lo cual, estos instrumentos normativos adoptan la Ley del lugar de cumplimiento de la medida como solución general para determinar la ley aplicable a los actos de ejecución y deja al juez requirente la determinación sobre la procedencia de la medida y su levantamiento.

a. Procedencia de la medida cautelar

Los sistemas jurídicos internos de los Estados disponen sobre la posibilidad de adopción de medidas cautelares por parte de sus jueces, estableciendo determinadas condiciones o requisitos previos, a estos requisitos se refiere justamente el tema de la procedencia o admisibilidad de la medida cautelar, por lo tanto, cuando un juez adopta una medida cautelar internacional, es decir, destinada a cumplirse en el extranjero, debe analizar la procedencia de la medida conforme a su propio derecho³⁴⁹.

Por lo anterior, será el juez del Estado en el cual se tramita el proceso principal, ergo el juez requirente, quien resuelve sobre la procedencia y el levantamiento de la medida cautelar, aplicando su propia ley; así lo indica la CICMC en su artículo 3, el POP en su artículo 5 y el CGP en su artículo 532.2³⁵⁰.

En este sentido, cuando el tribunal que dicta la medida cautelar extranjera deba analizar su procedencia lo hará conforme a su propia legislación³⁵¹.

³⁴⁹ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pp. 134-135.

³⁵⁰ Fresnedo de Aguirre, *Cooperación jurisdiccional internacional...*, ob. cit., p. 8.

³⁵¹ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pp. 134-135.

Corresponde entonces al juez que dicta la medida, según lo establecido en el sistema uruguayo, determinar o valorar los aspectos que se corresponde a la forma y al fondo, atendiendo a los criterios y pautas interpretativas inherentes al Tratado que regule el tema, y en caso de que este no aplique o no resuelva la cuestión debe acudir a su ordenamiento jurídico nacional³⁵².

Ahora bien, en el caso del sistema venezolano nada dice el AB sobre la ley aplicable a la procedencia de la medida cautelar, por lo cual, consideramos que al ser las cautelares una medida judicial, aunque deba ser realizada en territorio extranjero, va a formar parte del proceso llevado ante el juez que conoce el asunto principal. Por tanto, la procedencia del acto se rige por la *lex fori* y se aprecia por el juez de la causa³⁵³, asimismo, teniendo en cuenta que dicho Convenio incluye a estas medidas dentro de la cooperación judicial internacional, resulta aplicable el lugar de emisión de la rogatoria que contiene la medida cautelar, principio reconocido en materia de exhorto³⁵⁴.

El CB, vigente para Venezuela, plantea en materia de cooperación que el exhorto o comisión rogatoria se regulará, en cuanto a su objeto, por el derecho de la autoridad requirente (art. 391).

A nivel de las normas internas venezolanas, el derecho aplicable a la procedencia de la medida cautelar puede determinarse sobre la base del artículo 56 de la LDIPr, según el cual “la forma del procedimiento” se regula conforme al Derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve el proceso, consagrándose así el principio *lex fori regit processum*³⁵⁵.

b. Ley aplicable a la ejecución

De conformidad con el artículo 3 de la CICMC, el artículo 6 del POP y el artículo 530.2 del CGP, la ley que regula la ejecución de la medida cautelar es la del Estado donde se solicita el cumplimiento de la medida cautelar.

De esta forma, estos instrumentos normativos adoptan la regla ley del lugar de cumplimiento de la medida como solución general para establecer el

³⁵² Talice, Jorge, Interpretación e integración en el derecho internacional privado, en: *Revista de Derecho Internacional*, 1979, Vol. 2, No. 3, pp. 115 ss., especialmente p. 131.

³⁵³ Opertti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 329.

³⁵⁴ Rodríguez Reyes de Mezoa, *Medios de la cooperación judicial...*, ob. cit., p. 382.

³⁵⁵ Madrid Martínez, *Ejecución de medidas cautelares...*, ob. cit., p. 408.

derecho aplicable a los actos de ejecución. Para cumplir con la medida, el juez del Estado requerido debe recurrir a aquellos actos específicos de procedimiento que encuentre necesarios, dentro del marco de su propia ley procesal, para hacer efectiva la cautela acordada por el juez del Estado requirente³⁵⁶. En este sentido, se impone el principio *lex fori executionis*³⁵⁷.

Ahora bien, observa Martínez Campo que la solución aplicada por estas Convenciones y adoptada en el CGP, tanto respecto a la procedencia como a la ejecución, puede no estar basada en la calificación procesal o material de las potestades atribuidas a cada juez, sino en la decisión soberana de los Estados de distribuir competencias a favor del órgano jurisdiccional que está en mejor posición para la toma de ciertas decisiones³⁵⁸.

En el caso del sistema venezolano, el AB solo regula el derecho aplicable a la ejecución, indicando en su artículo 10 que en todo “...caso procederá el Juez con arreglo a las leyes de su país” y en el artículo 11 “Los exhortos y cartas rogatorias se diligenciarán con arreglo a las leyes del país en donde se pida la ejecución”. Por lo cual, de conformidad con estas normas, el derecho aplicable a la ejecución será el del juez requerido.

En materia de cooperación, el CB establece que el exhorto o comisión rogatoria se regulará, en cuanto a la forma de cumplirlo, por el derecho de la autoridad requerida (art. 391).

Del mismo modo, la solución de Derecho interno venezolano resulta similar, ya que de conformidad con el artículo 56 de la LDIPr, la competencia y la forma se regularán por el derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve el procedimiento.

Es importante señalar que el juez requerido debe limitarse a ser un mero ejecutor, y a dejar toda la discusión sobre la legalidad de la medida al tribunal requirente, que es el internacionalmente competente para ello. De lo contrario se corre el riesgo de la duplicidad de casos, con varias instancias en dos países distintos.

³⁵⁶ Martínez Campo, José Tadeo, Ley aplicable al procedimiento ordinario, en: *Derecho Procesal Civil Internacional. In Memoriam Tatiana B. De Maekelt*, Caracas, ACPS, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2010, Serie Estudios No. 88, pp. 33 ss., especialmente p. 69.

³⁵⁷ Rodríguez Reyes, Medios de la cooperación judicial..., ob. cit., p. 382.

³⁵⁸ Martínez Campo, Ley aplicable al procedimiento..., ob. cit., pp. 69-70.

La situación arriba descrita puede incluso generar inconvenientes al solicitante de la medida, en caso de discutirse cuestiones de admisibilidad ante el juez requerido, previo a que haya trabado la medida, con lo que se corre el peligro de que el deudor enajene sus bienes y la medida no cumpla con su finalidad. Por ende, en principio, toda oposición debería ser remitida al tribunal requirente que es quien dictó la medida y quien conoce del fondo del asunto³⁵⁹.

En conclusión, puede ser objeto de cooperación cualquier medida cautelar que considere el juez de un Estado conforme a sus normas internas, el cual determinará la procedencia de la misma, debiendo el juez requerido limitarse, al momento de ejecutar la medida, a revisar si no se afecta su orden público internacional o que las medidas no estén prohibidas por su legislación³⁶⁰.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se plantea la duda sobre si las medidas cautelares anticipadas dictadas por una autoridad extranjera, estudiadas en el capítulo I, se consideran violatorias del orden público internacional venezolano y por tanto no podrían ejecutarse en Venezuela.

Sobre este punto podemos decir que el concepto de orden público internacional, tal y como ha sido previsto dentro del ordenamiento jurídico venezolano, busca proteger los principios considerados como fundamentales por nuestro sistema, es decir, aquellos que bajo ningún supuesto está dispuesto a relajar.

No obstante, el orden público es considerado como una medida excepcional, y así ha sido entendida a nivel de la codificación de las fuentes internacionales en materia de cooperación. Todos los instrumentos ratificados por Venezuela así lo prevén, siendo –en el ámbito regional– la primera en abordar el tema la CIECR, que lo instituye como potestad del Estado requerido bajo una fórmula general.

La CICMC también establece el límite del orden público internacional bajo una fórmula general, no obstante, la misma no se encuentra vigente para Venezuela, por lo cual, para negar las medidas cautelares extranjeras

³⁵⁹ Fresnedo de Aguirre, *Cooperación jurisdiccional internacional...*, ob. cit., p. 8.

³⁶⁰ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p.134.

violatorias del orden jurídico del Estado requerido, podría procederse conforme a lo dispuesto en las cláusulas generales aplicables a cualquier supuesto previsto en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (art. 5) o el del CB (art. 3.II); en su defecto se aplicaría lo dispuesto en la LDIPr (art. 8)³⁶¹.

Se destaca de las normas antes mencionadas, que el orden público actúa normalmente por vía de excepción ante el resultado de la aplicación de una ley internacionalmente competente³⁶². De esta manera, no es suficiente que la aplicación de la norma extranjera sea diferente e incluso contraria a la correspondiente norma material del foro, es necesario que se produzca una verdadera y manifiesta lesión a los principios fundamentales³⁶³. Por consiguiente, tiene carácter excepcional siendo su aplicación de la forma más restringida posible³⁶⁴.

Como se ha dicho anteriormente, el derecho aplicable para determinar la procedencia de las medidas cautelares es el del tribunal que las dicta, el cual debe establecer cuáles son los requisitos para decretarlas y definir si dichos requisitos se cumplen. Siendo válidamente decretada dicha medida, conforme a las normas del Estado requirente, mal podría negarse la ejecución de la misma, cuando el ordenamiento jurídico venezolano, aunque de forma excepcional, prevé medidas cautelares anticipadas, tal y como se estudió en el capítulo I, por lo cual este tipo de medidas no serían manifiestamente incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, no es impedimento lo previsto por el artículo 9 de la LDIPr, referente a la institución desconocida, porque si bien las medidas anticipadas, entendidas como aquellas dictadas antes del inicio del proceso no son la regla general, existen supuestos donde se prevé este tipo de medidas, por lo cual no resulta desconocido para nuestro derecho en los términos previstos por ese artículo.

³⁶¹ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., pp. 198-201.

³⁶² B. de Maekelt, *Ley de Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 72; Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 323.

³⁶³ Madrid Martínez, Claudia, Artículo 8. Orden público en el Derecho internacional privado, en: T. Maekelt / I. Esis / C. Resende (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, Tomo I, pp. 289 ss., especialmente pp. 295, 311-312.

³⁶⁴ Madrid Martínez, Artículo 8..., ob. cit., pp. 297-298.

Recordemos que en estos casos el operador jurídico debe desentrañar la naturaleza de la institución que tiene ante sí, con la finalidad de establecer si no existe en su ordenamiento jurídico una institución análoga que desempeñe idénticas funciones³⁶⁵.

En general, para Venezuela basta que el juez extranjero decrete una medida que esté destinada a garantizar los resultados de la sentencia definitiva, indistintamente del nombre y la forma que adopte, para que esta se considere una medida cautelar³⁶⁶.

No se puede olvidar, por ejemplo, que el ordenamiento jurídico uruguayo considera que las medidas anticipadas siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con el proceso pendiente o por iniciarse³⁶⁷, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento principal.

En conclusión, no vemos obstáculos para la ejecución de este tipo de medidas dentro del ordenamiento jurídico venezolano, siempre teniendo en cuenta que el objeto fundamental del Derecho internacional privado contemporáneo es asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas a través de las fronteras geográficas³⁶⁸.

c. Jurisdicción en la esfera internacional del requirente en la cooperación cautelar

Uno de los grandes temas objeto de discusión, sobre las medidas cautelares extranjeras, es si el juez exhortado tiene facultad u obligación de analizar la jurisdicción internacional del juez que le requiere la cooperación cautelar. Se trata de la denominada jurisdicción indirecta, es decir, del análisis de la jurisdicción de otros Estados a los solos efectos del reconocimiento de una determinada actuación, por oposición a la jurisdicción directa que se refiere al análisis de la jurisdicción del propio Estado³⁶⁹.

³⁶⁵ Madrid Martínez, Claudia, Artículo 9. Institución desconocida, en: T. Maekelt / I. Esis / C. Resende (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, FCJP-UCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanísticos, UCV, 2005, Tomo I, pp. 321 ss., especialmente pp. 328-329.

³⁶⁶ Madrid Martínez, Ejecución de medidas cautelares..., ob. cit., p. 407.

³⁶⁷ Duque Corredor, *Apuntaciones sobre el procedimiento...*, ob. cit., pp. 142-144.

³⁶⁸ Martínez Madrid, Artículo 9..., ob. cit., pp. 326, 333, 336.

³⁶⁹ Goldschmidt, Werner, La autonomía de la jurisdicción internacional indirecta, citado por González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit.

Los tratados internacionales sobre la materia cautelar no contienen una norma expresa sobre la facultad o no del juez requerido de analizar la jurisdicción indirecta, lo que ha dado lugar a diversas posiciones doctrinarias.

Algunos autores sostienen que el juez exhortado debe controlar la competencia en la esfera internacional del exhortante en materia de cooperación cautelar, fundamentándose en los artículos 2 de la CICMC y 4 del POP, a nivel interno del sistema uruguayo en el artículo 530.1 CGP, que posee términos similares a las normas convencionales mencionadas³⁷⁰; las cuales indican que las autoridades jurisdiccionales darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los jueces o tribunales competentes en la “esfera internacional”, en consecuencia, consideran que con esta frase se ha indicado la necesidad del control indirecto de la jurisdicción.

Aunado a esto, Vescovi incluso ha señalado que en la cooperación cautelar, al igual que en la cooperación de mero trámite y la probatoria, perdura el principio del diligenciamiento no vinculante, es decir, cooperar cautelarmente no implica reconocer o ejecutar la decisión definitiva; no obstante **“el juez requerido debe analizar la competencia internacional del exhortante para dar cumplimiento a un exhorto que solicita la adopción de una medida cautelar”**³⁷¹ (resaltado del autor), en razón del mayor grado de coacción que implican las medidas cautelares, ya que pueden afectar de forma más intensa el orden jurídico del juez requerido³⁷².

Se ha señalado que el embargo sustrae de la jurisdicción y soberanía del Estado los diversos patrimonios de los particulares y, en consecuencia, impide a este ejercer su derecho preeminente de súper vigilancia y ordenación sobre los diversos patrimonios de los particulares con asiento jurídico en su

³⁷⁰ Ver: Fresneda de Aguirre, *La cooperación cautelar internacional...*, ob. cit., p. 62; igualmente ver: Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pp. 132 y 147, Tellechea Bergman, Eduardo, Libro II, Título X del Código General del Proceso. Normas procesales internacionales. Una nueva regulación del Derecho internacional privado procesal de la República, en: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1988, No. 4, pp. 528 ss., especialmente p. 539, Álvarez Cozzi, Carlos, *La autoridad central*, Montevideo, Depalma, 1992, p. 36; Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed. ampliada y actualiza, 1993, p. 195.

³⁷¹ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p. 132.

³⁷² Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pp. 132, 139.

territorio³⁷³. Se justifica así la necesidad de revisar la competencia judicial indirecta del juez que dicta la medida cautelar junto a los requisitos formales.

Durante la CIDIP II, el delegado de Venezuela, Parra-Aranguren sostuvo que

resulta absurdo que si un juez sabe de antemano que no va a reconocer la sentencia que en definitiva dictará el juez extranjero por falta de competencia internacional, sin embargo, tenga que estar previamente dando cumplimiento a medidas precautelares, que es lo que va a asegurar el cumplimiento del fallo que se vaya a dictar³⁷⁴.

Por ello destacó en el seno de la Conferencia, durante los debates de la Comisión, la necesidad de fijar unas reglas básicas de competencia internacional, en igual sentido que en la materia de reconocimiento de sentencias extranjeras, criterio que fue desechado por la Comisión.

Ahora bien, se ha argumentado en contra de la necesidad de revisar la jurisdicción indirecta en la tramitación de medidas cautelares extranjeras lo siguiente:

a) Las Convenciones no incluyen la jurisdicción indirecta entre los requisitos para dar curso al exhorto, artículos 14 y 15 de la CICMC, y artículos 21 a 23 del POP muy por el contrario, los tratados de cooperación establecen que el cumplimiento del acto cooperacional no supone el reconocimiento de la jurisdicción del Estado requirente, lo cual hace suponer que la jurisdicción indirecta no se analiza. Si este hubiera sido su propósito, se habría incluido entre los requisitos, como sucede en los tratados que regulan el reconocimiento de sentencias que establecen expresamente el análisis de la jurisdicción indirecta³⁷⁵, inclusive, la incorporación de dicho requisito fue propuesto por el delegado Parra-Aranguren durante la discusión de la CICMC, la cual fue desechada como se señaló anteriormente³⁷⁶.

La falta de regulación ha generado inconvenientes dentro de la doctrina uruguay, que sustenta la obligatoriedad del juez requerido de examinar la

³⁷³ Couture, Eduardo, *Estudios, ensayos y lecciones de Derecho procesal civil*, México, Editorial Jurídica Universitaria, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, 2001, Vol. 2, p. 80.

³⁷⁴ Actas y Documentos, *Segunda Conferencia...*, ob. cit., p. 114.

³⁷⁵ Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, Montevideo, 1979, CIDIP-II, art. 2 inc. D; Protocolo sobre Asistencia y Cooperación Judicial de Las Leñas, 1992, art. 20 inc. c).

³⁷⁶ González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., pp. 16-17.

jurisdicción internacional del juez requirente en forma previa al cumplimiento del exhorto. Planteándose el problema de determinar con base a qué normas el juez requerido debe analizar la competencia del requirente³⁷⁷.

Sobre este punto, en la legislación uruguaya no hay norma expresa en materia de análisis de la jurisdicción indirecta en sede de cooperación cautelar, ni en los tratados ni en las normas internas. Por lo que se presenta una disyuntiva: se debe acudir a las normas de competencia directa del derecho positivo uruguayo, o se debe acudir a las normas de competencia indirecta del ordenamiento jurídico uruguayo para la eficacia de la sentencia extranjera³⁷⁸; uno u otro camino producirá resultados diferentes.

A diferencia del ordenamiento jurídico venezolano, donde la jurisdicción indirecta para la ejecución de sentencias extranjeras se revisa a la luz de las normas atributivas de jurisdicción previstas en nuestro propio derecho, ergo, las normas de Derecho internacional privado, en el derecho uruguayo el análisis de la jurisdicción indirecta depende del instrumento aplicable y de la interpretación que se le dé al mismo³⁷⁹.

Así, a nivel convencional se adoptó la teoría de bilateralidad o tradicional, tanto por el Protocolo de las Leñas (art. 24) y la CIESLAE (art. 2.d)³⁸⁰, lo cual implica determinar la jurisdicción indirecta por la ley del Estado donde se pretenda reconocer o ejecutar la sentencia (*lex fori*).

En sentido contrario, a nivel de derecho interno, en el CGP se adopta la teoría de la unilateralidad doble (punto 4 del art. 539.1), de manera que la jurisdicción indirecta se examina de acuerdo con la ley del Estado requirente (*lex causae*)³⁸¹.

³⁷⁷ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p. 147.

³⁷⁸ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p. 148.

³⁷⁹ Tellechea Bergman, Eduardo, Hacia una necesaria profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito interamericano, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2017, No. 32, pp. 104 ss., especialmente p. 118, Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2018/04/Tellechea.pdf>

³⁸⁰ Aprobado en la Segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 8 de mayo de 1979.

³⁸¹ Mendoza Peña, Alfredo M., La necesidad de facilitar la circulación de decisiones judiciales en el ámbito del Mercosur, en: *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, 2010, No. 2, pp. 132 ss.

Ante la situación anteriormente planteada, algunos autores señalan que cuando el artículo 20 inciso c del Protocolo de Las Leñas remite a las normas del Estado requerido, en este planteamiento Uruguay, se estaría remitiendo al punto 4 del artículo 539.1 del CGP que remite a su vez a la ley del Estado requirente, llegando a la misma solución, por vía de la institución del reenvío³⁸².

Con base a lo *supra* expuesto, en el sistema uruguayo, cuando deba determinarse la jurisdicción indirecta del juez, se debe acudir a las normas de competencia del Estado de cuyo juez emana la decisión que se busca reconocer, y en el caso de aplicarse el mismo principio a la cooperación cautelar, se debe recurrir al derecho del juez que solicite la ejecución de la medida.

En este sentido, puede observarse que la aplicación de las normas de jurisdicción directa o indirecta puede arrojar resultados distintos, haciendo depender de dicha elección el cumplimiento mismo de la medida cautelar internacional³⁸³.

Varios autores uruguayos se inclinan por la aplicación de las normas de competencia indirecta, ya que, si bien estas normas fueron dictadas para el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, resulta más coherente darle igual tratamiento a la medida cautelar y a la sentencia definitiva proveniente del mismo país³⁸⁴.

b) Cuando la CICMC y el POP mencionan a las autoridades jurisdiccionales competentes, en los artículos 2 y 4 respectivamente, hacen énfasis en que se trate de órganos que desempeñan función jurisdiccional habitual, tanto el que dispone la medida, como el que debe ejecutarla. Por ello, no debería interpretarse como que capacita al juez exhortado a analizar la competencia

³⁸² Solución propuesta por Operti y Tellechea Bergman. Ver: Tellechea Bergman, Eduardo, Cuestiones procesales vinculadas a los casos privados internacionales de familia y minoridad en el ámbito interamericano y del Mercosur, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, No. 132, pp. 1171 ss. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n132/v44n132a6.pdf>

³⁸³ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pp. 147-149.

³⁸⁴ De Hegedus, Margarita, Cooperación judicial internacional en materia cautelar, en: *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1997, p. 177, citada en: Fresno de Aguirre, *La cooperación cautelar internacional...*, ob. cit., p. 62.

del órgano requirente³⁸⁵. Puesto que, dicha mención se refiere a que la cooperación debe ser solicitada por tribunales de justicia, entiéndase, órganos independientes³⁸⁶.

c) Someter al requisito de revisión de la jurisdicción indirecta a las medidas cautelares no tiene sentido en virtud de las diferencias existentes entre la ejecución de una sentencia extranjera y el auto que dispone una medida cautelar, el cual no es definitivamente firme y puede ser dejado sin efecto en cualquier momento, en tanto la sentencia extranjera objeto de reconocimiento tiene carácter definitivo³⁸⁷. En este sentido, dada la naturaleza de la diligencia de cooperación, revisar la jurisdicción indirecta llevaría al juez nacional a pronunciarse en el proceso de asistencia sobre un requisito de fondo que le es indiferente³⁸⁸.

d) La CICMC consagra la autonomía de la cooperación cautelar al disponer, en su artículo 6, que “el cumplimiento de las medidas cautelares por el órgano jurisdiccional requerido no implicará el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dictare en el mismo proceso”; principio que también contiene el POP en su artículo 10. Por tanto, no tiene sentido que el juez exhortado deba analizar la jurisdicción indirecta³⁸⁹, pues la ejecución de la medida cautelar por la autoridad requerida no prejuzga sobre el reconocimiento de la sentencia cuyo resultado pretendió asegurar la medida provisional, en consecuencia, se puede admitir la cautelar y rechazar luego la pretensión acogida en la sentencia con miras a la cual se solicitó la medida³⁹⁰.

³⁸⁵ González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., p. 16.

³⁸⁶ Fresnedo de Aguirre, *Cooperación jurisdiccional internacional...*, ob. cit., pp. 6-7; González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., p. 16; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Los Protocolos de Cooperación Jurisdiccional y de Medidas Cautelares del Mercosur, en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000, Vol. 1, pp. 570 ss., especialmente pp. 599-600, con cita de Peyrano, Jorge, Régimen de las medidas cautelares en el Mercosur y anotaciones complementarias, en: *JA*, 1997-IV-841 y Tellechea Bergman, Eduardo, Panorama de los Protocolos del Mercosur sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional, en: *Del Mercosur. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones Intercomunitarias*, Buenos Aires, Ed. Ciudad, 1996, pp. 187 ss., especialmente p. 227.

³⁸⁷ González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., p. 17.

³⁸⁸ Opertti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 329.

³⁸⁹ González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., p. 17.

³⁹⁰ Dreyzin de Klor / Saracho Cornet, *Trámites judiciales...*, ob. cit., p.164.

e) Solo en caso de afectarse la jurisdicción exclusiva, el juez exhortado podría negarse a cumplir la medida, ya que, en este caso, el juez se decidiría por su jurisdicción, que es exclusiva, pero esto no autoriza a analizar en otros casos la jurisdicción indirecta. Incluso en casos de jurisdicción exclusiva, señala Rodríguez Reyes, por el alcance del llamado principio no vinculante de la cooperación o de la autonomía del acto cooperacional, mencionado *supra*, puede el juez requerido negarse al cumplimiento de ese acto, incluidas las medidas cautelares³⁹¹.

f) Por último, no puede perderse de vista la necesidad imperiosa, cada vez más evidente en las condiciones actuales de la economía mundial, de prestar un eficaz apoyo a la cooperación judicial internacional, que se logra mejor cuando se prescinde del análisis de la jurisdicción internacional indirecta. El valor de la cooperación judicial internacional solo debe ceder ante motivos graves, evidentes y manifiestos de afectación de los principios de orden público internacional del juez requerido³⁹².

Ya en materia de cartas rogatorias de actos de simple trámite, Parra-Aranguren, Delegado de Venezuela durante las discusiones de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en adelante CIDIP I, en el marco de la discusión de la CIECR, señalaba que se debe colaborar y prestar asistencia posiblemente con el único límite del orden público internacional, de esta manera se incorpora como una fórmula para evitar la aplicación de trámites que conforme a la legislación de los países no fueren admisibles³⁹³.

El orden público internacional suscitó una larga discusión en cuanto a su contenido, en especial, para evitar que este se convirtiese en una vía para rehusar aplicar el derecho extranjero³⁹⁴, por lo cual se agregó la expresión “manifiestamente contrario”, la cual hace referencia a aquellos actos graves que atenten contra el interés, la soberanía y la integridad del Estado. Dicha expresión fue utilizada en la fórmula adoptada por la Conferencia de La Haya³⁹⁵.

³⁹¹ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial internacional...*, ob. cit., p. 50.

³⁹² González Pereira, *Cooperación cautelar...*, ob. cit., pp. 17-18.

³⁹³ Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Washington, Secretaría General, OEA, 1975, Vol. II, p. 414.

³⁹⁴ Actas y Documentos de la Conferencia Especializada..., ob. cit., p. 422.

³⁹⁵ Martínez Madrid, Artículo 8..., ob. cit., p. 295.

En el caso venezolano, conforme a la posición sostenida por la jurisprudencia y parte de la doctrina, no hay dudas acerca de la necesidad de revisar la jurisdicción indirecta, pues figura dentro de los requisitos establecidos en el artículo 5, literal a del AB, en el artículo 2, literal d de la CIESLAE y en el artículo 53 de la LDIPr, en el numeral 4, para el reconocimiento de las sentencias extranjeras.

No obstante, si la ejecución de la medida cautelar extranjera se considera como un acto de cooperación debe aplicarse el principio de autonomía cooperacional y, por tanto, no debe revisarse la jurisdicción indirecta. Resultando aplicable las consideraciones *supra* mencionadas³⁹⁶.

D. Jurisprudencia

1. Jurisprudencia uruguaya

Las primeras decisiones en el sistema uruguayo sobre el tema de las medidas cautelares extranjeras se enfocaron en la admisibilidad o no de estas. Así, según Couture, los primeros fallos publicados se remontan a 1910, haciendo referencia a una sentencia dictada por el juez Gil contraria a un dictamen fiscal del doctor Pinto, donde se sostiene la procedencia del embargo, fundándose en el texto de los artículos 9 y 10 del Tratado de Montevideo de 1889 y en los párrafos del informe Gálvez, valioso precedente de este Tratado³⁹⁷.

Años después, señala Couture, una decisión del juez A. Gerad y San Juan en 1916, se pronuncia en relación al problema de la competencia del juez exhortante y las posibilidades de actuación del exhortante en la oposición a las excepciones, determinando que el órgano judicial requerido podía resolver de la oposición de una tercería de dominio, con relación a un bien sito en el Uruguay³⁹⁸; en esta decisión el doctor Sayagués Lasso realizó el dictamen fiscal que se pronunciaba de forma positiva a la admisibilidad del embargo extranjero, y afirmaba que la procedencia o improcedencia del embargo no es la parte central del estudio de las medidas cautelares extranjeras, pues parece

³⁹⁶ Rodríguez Reyes de Mezoa, *Medios de la cooperación judicial...*, ob. cit., pp. 393- 395.

³⁹⁷ *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 17, p. 136, citada en: Couture, *Estudios, ensayos y lecciones...*, ob. cit., p. 79.

³⁹⁸ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 345.

admitida sin discrepancia, surgiendo solo dudas en cuanto a la manera de cumplirse.

En 1922 se plantea nuevamente un caso, en cuya decisión el juez Silva, acepta la tesis de la procedencia del embargo, declarándolo procedente. En esta decisión influyó el dictamen fiscal presentado por el doctor Julián de la Hoz, como fiscal en lo civil. Recurrido el acto dicha posición favorable fue compartida por el Tribunal de apelaciones de segundo turno³⁹⁹.

Hasta este punto la orientación de la jurisprudencia uruguaya había sido pacífica en cuanto la admisibilidad de las medidas cautelares extranjeras. No obstante, en el año 1926 se promovió la solicitud de ejecución de un embargo ante el Juzgado Letrado de primera instancia de Salto, en esta causa el fiscal Eduardo Martínez García trajo a colación un caso anterior de Argentina decidido negativamente por los tribunales de Santa Fe, en el cual la Cámara de apelaciones de Rosario sostuvo la tesis (apoyada en el criterio de la Corte Suprema de Argentina) de la improcedencia de los embargos. El juez Costa Gutiérrez compartió su criterio, y dio una orientación negativa en el sistema uruguayo⁴⁰⁰.

La orientación negativa fue continuada, por el entonces juez de salto, doctor Díaz Mintegui, quien denegó el embargo, cuyos principales argumentos fueron tomados de las resoluciones argentinas, las cuales señalaban que, si los bienes están sometidos a la ley y jueces de su lugar de ubicación, los jueces de otro Estado carecerían de jurisdicción e imperio sobre estos bienes⁴⁰¹. Asimismo, que el solo cumplimiento de las formalidades extrínsecas no basta, sino que es necesario que provenga de un juez competente en la esfera internacional⁴⁰².

Sobre este punto, Operti critica la necesidad de situar debidamente el problema del embargo extranjero dentro de la teoría general de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, y dentro de este, el Derecho

³⁹⁹ Couture, *Estudios, ensayos y lecciones...*, ob. cit., p.79.

⁴⁰⁰ Otras decisiones en este sentido: Sentencia del Tribunal de Apelaciones de primer turno rechazando la solicitud de embargo sobre créditos, derechos y acciones (*Minelli, Civils Larraide, Del Castillo*) revocando la sentencia de instancia instancia del Dr. Brignolecit en No. 377 *in fine*. Citadas en: Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 343.

⁴⁰¹ Sentencia del doctor Díaz Mintegui de 1935 recogida en *Revista D.J.A.*, 1939, Tomo 37, citada en: Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 332.

⁴⁰² Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 339-340.

procesal civil internacional, con el fin de no cometer el error de calificar la relación jurídica extranacional en juego, es decir el embargo extranjero, dentro de la categoría bienes. Ese es precisamente el vicio fundamental de la sentencia, que se preocupa por sacar adelante con valores decisorios de la equivocada jurisprudencia argentina sobre el punto, eludiendo el problema mismo que es la interpretación del Tratado de Montevideo de 1889, en especial el artículo 10. Si equivocada sería la posición de Díaz Mentegui en el plano del pensamiento lógico-jurídico, lo es más frente a un artículo expreso del Tratado que recoge ese pensamiento y le da fuerza imperativa⁴⁰³.

En un fallo del entonces juez de comercio doctor Atilio C. Brignole, reponiendo una decisión suya y apartándose del dictamen contrario del fiscal de lo civil doctor Vescovi, otorgó el embargo solicitado por las autoridades de la capital federal argentina. Sin embargo, recurrido el fallo, el Tribunal de Apelaciones⁴⁰⁴ del tercer turno, con el voto de los doctores Romero y Álvarez Cortés declaró nulo el fallo⁴⁰⁵.

Señala Operti, que dentro del dictamen del doctor Vescovi se encuentran varios argumentos por los cuales justifica la tesis negativa sobre la admisibilidad del embargo extranjero: a) Establecer la normativa aplicable a los bienes representa un acto de soberanía propio del Estado donde se ubican; b) el embargo es un acto de jurisdicción que afecta la condición jurídica de un bien; c) la restricción o limitación de un derecho debe apoyarse en un texto expreso; d) la norma ha sido consagrada por los principio sustantivos del derecho civil y ella no puede ser derogada por normas procesales como son las de los artículos 9 y 10 del Tratado de Montevideo de 1889; e) el único objetivo del Tratado de Montevideo es regir la jurisdicción y reglamentar la condición legal de “las resultancias producidas en juicio o destinadas a un juicio”; f) la función jurídica del Tratado de Montevideo, no es otra que la que tiene, en general, toda norma de procedimiento, por lo cual no puede derogar los principios de fondo o de derecho sustantivo; g) la expresión contenida en el artículo 10 del Tratado de Montevideo de 1889 que dice “cuando los

⁴⁰³ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 339-340.

⁴⁰⁴ En referencia a la impugnabilidad de las resoluciones judiciales relativas a los exhortos dependerá del tipo de medida concreta que sea objeto del exhorto, por lo que si se trata de una medida cautelar procederá la reposición y apelación sin efecto suspensivo, etc. Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p. 117.

⁴⁰⁵ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 339.

exhortos o cartas rogatorias se refieran a embargos” haría referencia a los embargos trabados en el país del juez exhortante, en este sentido, el exhorto que se librase en ocasión de un embargo podría ir dirigido al demandado que se encuentre en el Estado requerido, para que este cumpla con los preceptos establecidos dentro de las normas del Estado requirente, así por ejemplo designar tasador por su parte; o proponer depositario, en estos casos se estaría hablando de un exhorto referido a un embargo⁴⁰⁶.

Sobre estos argumentos, Operti destaca dos: la falta de aptitud del Tratado de Montevideo de 1889 para resolver la cuestión de fondo que plantea el embargo por ser otro su objeto y la interpretación dada al texto del artículo 10. En este sentido, resalta el autor que el embargo se considera una providencia judicial que surte ciertos efectos sobre la disponibilidad de los bienes y estando dictada en el transcurso de un proceso jurisdiccional es objeto o materia del Tratado de Montevideo de 1889, y aunque pudiese criticarse la inclusión del embargo alegando su pertenencia al derecho que rige el fondo de la causa, una vez reconocida su ubicación real, hay que interpretarla en razón al propio Tratado. Por otro lado, señala el mismo autor, el único sentido que puede darse a la expresión “se refieren a” es el de indicar el contenido variable del exhorto⁴⁰⁷.

En favor de la tesis negativa sobre la admisibilidad del embargo se pronunció el fiscal Mautone, quien destacó la decisión de la Suprema Corte argentina que impuso el rechazo de las solicitudes de los jueces uruguayos, por esto, en defensa de los principios de igualdad entre los Estados, así como en mérito del espíritu del Tratado de Montevideo, apoyó la tesis del rechazo del embargo decretado por la judicatura argentina⁴⁰⁸. Sin embargo, Operti señala que esta tesis se apoya en la reciprocidad, fundamento que ha sido superado en el terreno de los principios internacionales y rechazado por la adopción de normas supranacionales como las del Tratado de 1889, aceptada así por la jurisprudencia^{409 410}.

⁴⁰⁶ Vescovi citado en Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes...*, ob. cit., p. 341.

⁴⁰⁷ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 341 y 342.

⁴⁰⁸ Sent. del Dr. Hamlet Reyes, *L.J.U.*, 1948, Tomo 16, c. 2571, pp. 292-293. citada en: Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 344.

⁴⁰⁹ Sent. del Dr. Garicoits recogida en *Revista D.J.A.*, Tomo 40, p. 102. Citada en: Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., p. 344.

⁴¹⁰ Operti Badan, *Exhortos y embargos de bienes extranjeros...*, ob. cit., pp. 342-343.

2. Jurisprudencia venezolana

Las decisiones sobre la materia a nivel del ordenamiento jurídico venezolano se han limitado a tratar el tema del alcance de la cooperación en atención a los actos, principalmente en ocasión de exhortos librados cuya finalidad era la ejecución de decisiones extranjeras.

La CSJ, en 1971⁴¹¹, se pronunció a favor de la ejecución de las medidas cautelares dictadas en el extranjero, a través del procedimiento de exequátur. En esa ocasión la CSJ decidió sobre la remisión que le hiciera el Juez Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda para la tramitación del exhorto librado por el Juez Nacional de Primera Instancia de Feria, de la República Argentina en el caso “*Enitax Argentina S. A. c. La Rueca C. A. y otros*”, el cual consistía en ejecutar en Venezuela medidas de aseguramiento de bienes muebles o inmuebles hasta cubrir las cantidades indicadas en la rogatoria.

El Juzgado Segundo de Primera Instancia se declaró incompetente para tramitar el exhorto en cuestión, pues la materia objeto de este no se corresponde con las especificadas en el artículo 755 del CPCV, entiéndase, examen de testigos, experticias, juramentos, interrogatorios y demás actos de mera instrucción. El objeto de la comisión era la ejecución en el territorio de medidas de aseguramiento sobre bienes muebles e inmuebles. Por lo que remite el expediente a la entonces CSJ. Esta, atendiendo a dicha remisión, pasó a revisar, siguiendo el orden de prelación contenido el artículo 8 del CPCV de la época, la normativa aplicable.

En primer lugar, señaló el Tribunal que entre Venezuela y Argentina no existe ningún tratado bilateral sobre la materia. Posteriormente hace mención al CB, haciendo referencia a que fue suscrita por ambos países, pero que no contiene previsiones expresas sobre el punto. Es de señalar que la corte confunde suscripción con ratificación, el CB no resulta aplicable dado que Argentina no es parte. Adicionalmente, indica que este igualmente no sería aplicable, en razón que Venezuela realizó reservas respecto a las disposiciones relativas a la ejecución de sentencias extranjeras contenidas en el mismo.

⁴¹¹ CSJ/SPA, s/n, 14 de julio de 1971 (*Enitax Argentina S. A. c. La Rueca C. A. y otros a/ejecutivos*), en: *Gaceta Forense*, 1971, No. 73, Segunda Etapa, pp. 33-38.

Descartado el CB, la Corte pasó a decidir de conformidad con las reglas contenidas en el Título XIX del Libro Tercero del CPCV; este Título se refiere a la ejecutoria de las sentencias dictadas en el extranjero en juicio contencioso. En ese punto señala la corte que las medidas cautelares o de ejecución por su naturaleza no pueden calificarse de “actos de mera instrucción” y, en consecuencia, solo serían ejecutables en Venezuela a solicitud de parte interesada y mediante el cumplimiento de los requisitos y con sujeción al procedimiento señalado en las leyes de la República.

La decisión se limitó a analizar la naturaleza de las medidas cautelares a los fines de determinar la competencia para tramitar dichas medidas. El Tribunal negó la ejecución de la medida e indicó que el Juez Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda no era competente para ordenar la ejecución de la medida contenida en el exhorto en cuestión y dispuso informar su decisión al Poder Legislativo por órgano del Ministerio de Justicia.

Más recientemente hubo una decisión del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, de Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Vargas⁴¹², referida a una solicitud de ejecución de medida cautelar emanada de un tribunal de bancarrota de los Estados Unidos.

El Tribunal inicia señalando que entre Estados Unidos y Venezuela se encuentra vigente la CIECR, por haberla ratificado ambos países, por lo cual de conformidad con el artículo 1 de la LDIPr, esta debe ser aplicada con preferencia, pasando así a analizar los artículos 2, 3 y 4 de dicha Convención. Asimismo, hace mención, sin fundamentar por qué, de los artículos 388 y 390 del CB.

Con base a las normas antes mencionadas, el Tribunal declara la improcedencia de la solicitud de ejecución de una medida cautelar a través de un exhorto o carta rogatoria transmitidos directamente por la parte interesada,

⁴¹²Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, de Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. No. 222, 7 de mayo de 2003 (caso *Maersk Sealand*), Vlex, Disponible en: <http://tribunales-primera-instancia.vlex.com/ve/vid/solicitan-tes-araujo-chacin-giffuni-308039878>. Ratificada por: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito del Trabajo y se Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. No. 386, 15 de agosto de 2003 (caso *Maersk Sealand*), Vlex, Disponible en: <http://tribunales-superiores-apelacion.vlex.com/ve/vid/araujo-parra-chacin-giffuni-santaella-307993746>

pues tal solicitud debe ser cursada a través de la vía diplomática, dado que el procedimiento contenido en la CIECR no resultaría aplicable, sobre la base del artículo 3. Como se dijo anteriormente, este artículo limita el ámbito de aplicación de la Convención a actos de mero trámite.

Resulta interesante que el Tribunal no niega que la medida pueda ser tramitada por medio de exhorto o carta rogatoria, sino que cuestiona la vía particular prevista en la CIECR para ejecutar la medida cautelar, la cual no resultaría aplicable dado que las medidas cautelares escapan de su ámbito de aplicación material, pero continúa el Tribunal señalando que la rogatoria internacional cautelar debe ser cursada por la vía diplomática, sin indicar la fundamentación legal para aplicar esta vía, especialmente cuando el CB no resulta aplicable por no haber sido ratificado por Estados Unidos.

En nuestra consideración, el Tribunal incurre en un error al indicar que la CIECR como norma que regula la relación con preferencia al artículo 59 de la LDIPr, con base a lo contenido en el artículo 1 de esta misma ley, porque si bien la Convención fue ratificada por los países involucrados, Estados Unidos y Venezuela, la misma no resultaba aplicable dado que las medidas cautelares exceden de su ámbito de aplicación.

En nuestra opinión debió ser aplicado el artículo 59 de la LDIPr, el cual en su segunda parte solo alude a la vía judicial, concatenado con el artículo 857 del CPCV que, aunque con una redacción poco clara, deja abierta la posibilidad de utilizar la vía judicial y particular, al establecer como requisito su legalización, además de la vía diplomática aceptada de forma expresa⁴¹³. Estos mecanismos o vías han sido admitidos por el ordenamiento jurídico venezolano por medio de múltiples Tratados⁴¹⁴.

⁴¹³ Barrios, Algunos aspectos de cooperación..., ob. cit., p. 396.

⁴¹⁴ Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, Ley Aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial* No. 33.171, 25 de febrero de 1985, habiendo sido depositado el instrumento de ratificación el 16 de mayo de 1985; Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Ley Aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial* No. 33.170, 22 de febrero de 1985, habiendo sido depositado el instrumento de ratificación el 28 de febrero de 1985; Protocolo Adicional de la Convención Interamericano sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Ley Aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial* No. 4.580 Extraordinario, 21 de mayo de 1993, habiendo sido depositado el instrumento de ratificación el 10 de agosto de 1993; Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero, Ley Aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial* No. 33.170, 22 de febrero de 1985, habiendo sido depositado el instrumento de ratificación el

Consideramos que cualquier interpretación al momento de aplicar estas normas debe tener presente la justicia material del caso concreto, dirigida a salvaguardar el principio de *favor cooperationis* que gobierna el Derecho cooperacional⁴¹⁵. Por tal motivo, opinamos que ante la duda que puedan presentarse ante conflictos normativos, deben resolverse favoreciendo la cooperación jurídica internacional⁴¹⁶.

Por otra parte, en el supuesto de Venezuela como Estado requirente, los jueces venezolanos han dictado medidas cautelares a ejecutarse en territorio extranjero, encuadrándolo dentro de los supuestos previstos en el artículo 59 de la LDIPr. Así, en sentencia de Sala de Apelaciones de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, que conoce de una apelación interpuesta contra una interlocutoria dictada por la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, la cual negó la solicitud de embargo sobre la cuenta bancaria ubicada en República Dominicana, cuyo argumento fue la falta de jurisdicción para decretar dicha medida.

El Tribunal superior, luego de revisar las normas aplicables según el orden de prelación de las fuentes establecidas en el artículo 1 de la LDIPr, señaló que la CICMC no resulta aplicable por no haber sido ratificada por Venezuela, y procedió a indicar como norma aplicable el artículo 59 de la LDIPr, que se refiere a los exhortos o cartas rogatorias. Sobre la base de este artículo,

16 de mayo de 1985; Convenio de La Haya relativo a la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Mercantil, Ley Aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial* No. 4.635 Extraordinario, 28 de septiembre de 1993, habiendo sido depositado el instrumento de adhesión el 1 de julio de 1994; Convenio de La Haya relativo a la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Mercantil, Ley Aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial* No. 4.635 Extraordinario, 28 de septiembre de 1993, habiendo sido depositado el instrumento de adhesión el 31 de diciembre de 1993. Dos Santos, Olga María, Artículo 59. Cooperación judicial internacional, en: T. Maekelt / I. Esis / C. Resende (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, Tomo II. pp. 1219-1223.

⁴¹⁵ Rodríguez Reyes de Mezoa, *Medios de la cooperación judicial...*, ob. cit., p. 362.

⁴¹⁶ ASADIP: principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia, disponible en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2016/10/TRANSIUS-texto-final.pdf>

el Juez de primera instancia determinó su competencia para resolver y dictar la medida de embargo sobre la cuenta bancaria del banco en República Dominicana⁴¹⁷.

Ahora bien, en un caso más reciente, el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas conociendo en alzada sobre un auto que negó la ampliación de las medidas cautelares en un caso de partición de herencia, ordenó al Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que librara carta rogatoria a los Estados Unidos de Norteamérica, con la finalidad de ejecutar la medida, en contra de las cuentas de la compañía cuya institución bancaria se encontraba en dicho país, pero basado en lo establecido en la CICMC, sin indicar si dicha normativa resultaba aplicable conforme al sistema de prelación de las fuentes. Es de recordar que la misma no ha sido ratificada por Venezuela ni por Estados Unidos de América. Sin embargo, se observa que el medio utilizado para tramitar la medida cautelar fue la carta rogatoria⁴¹⁸.

En otro caso, el Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia⁴¹⁹ conoció sobre la

⁴¹⁷ Sala de Apelaciones de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. No. 132, 14 de diciembre de 2006, (*Soraya Del Carmen Díaz c. Félix Antonio Núñez Tejada y otros*), en: <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2006/DICIEMBRE/528-14-941-06-132.HTML>; en este mismo sentido ver: Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Niños, Niñas y Adolescentes del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. s/n, 8 de mayo de 2013, (*Ramona Omaira Camacho Carrión c. Jacinto Antonio Torres Torres*). En un caso que recae sobre un divorcio contencioso (cuaderno de medidas cautelares), en el cual se dictar varias medidas cautelares a las Indias Británicas y Suiza, en: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2013/mayo/2471-8-AH52-X-2013-000183-PJ0472013000631.html>

⁴¹⁸ Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario, Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. s/n, 21 de junio de 2016, (*Mirene Arsanios Pichardo y Karim Arsanios Pichardo c. Rolando Pichardo Van Grieken*), en: http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2016/junio/2139-21-ap71-r-2016-000234-.html

⁴¹⁹ Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito, Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. No. 048, 18 de febrero de 2016 (*Rita Romero Acevedo c. Simón Dayer y otros*), en: http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2016/febrero/512-18-46006-048.html.

solicitud de medida cautelar de embargo en un juicio por declaración de concubinato, la cual recaía sobre unas cuentas bancarias ubicadas en Estados Unidos.

El Juzgado descartó el artículo 59 de la LDIPr. para tramitar la medida cautelar, por considerar que aplicar el mismo conlleva a una “extraordinaria interpretación extensiva” del supuesto de hecho regulado en el mismo; por lo que sustentó la emisión de la medida cautelar conforme a los artículos 41 y 50 de la LDIPr., normas que tratan temas jurisdiccionales y de competencia territorial interna.

El Tribunal señaló que estas normas otorgan competencia al Estado venezolano sobre el fondo de la controversia, por tanto, sobre la medida preventiva como accesorio de lo principal; apoyándose igualmente en el necesario deber de cumplir con la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. El negar la medida cautelar causaría incertidumbre sobre la utilidad del juicio, por tales razones ordenó para la ejecución de la medida librar carta rogatoria.

Igualmente, el Tribunal indicó que el exhorto es el medio por excelencia de comunicación entre tribunales de distintos países para el trámite de actos cooperativos, mientras no exista otro, el exhorto debe continuar siendo el medio por defecto.

En decisión de SC del TSJ⁴²⁰, conociendo de la solicitud de medidas cautelares innominadas para la protección de la actividad petrolera y para garantizar todas las operaciones vinculadas a la actividad de Petróleos de Venezuela, S.A. y sus filiales realizada por dicha empresa, en ocasión de la designación del ciudadano José Ignacio Hernández G., en el supuesto cargo de “Procurador Especial para la defensa del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior”, se decreta medida cautelar innominada y se

acuerda remitir copia del presente fallo al Ministerio para el Poder Popular de Relaciones Exteriores, a **fin de que informe dicha medida cautelar a través de cartas rogatorias** a los gobiernos de los Estados Unidos de América, Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, San Cristóbal y Nieves, Belice, República Dominicana, Jamaica, San Vicente y Granadinas, Países Bajos, Trinidad y Tobago, Bahamas, Cuba, Antigua y

⁴²⁰ TSJ/SC, Sent. No. 0074, 11 de abril de 2019, (*Petróleos de Venezuela, SA. PDVSA*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scon/abril/304469-0074-11419-2019-17-0001.html>

Barbuda, Dominica, Guatemala, Guyana, Granada, Haití, Surinam, Portugal, Italia, Suecia, Alemania, Reino Unido, Singapur, Curazao, Aruba, Bonaire, Unión Europea, Rusia, República Popular China, India, Irán, Grecia, España, Turquía, Francia, Panamá, Colombia y Suiza. (Resaltado Nuestro).

Es de resaltar que el medio utilizado para tramitar dicha medida cautelar innominada es el exhorto o carta rogatoria, no obstante, omite la sala hacer referencia a la naturaleza jurídica o al fundamento jurídico sobre la elección de este medio para tramitar dicha medida cautelar.

A pesar de la posición favorable expresada en las decisiones antes mencionadas, en una decisión del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción del estado Táchira⁴²¹ conociendo de Alzada de una decisión de fecha 23 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira se negó la solicitud de las medidas cautelares innominadas sobre las cuentas bancarias ubicadas en Noruega, Reino Unido y Estados Unidos de América. El argumento del Tribunal fue la ausencia de tratado entre Venezuela y estos países sobre el tema de las medidas cautelares.

La alzada, al decidir, indicó que de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la LDIPr, entre Venezuela y los países donde se encuentran ubicados los bienes (Noruega, Reino Unido y Estados Unidos) no existe un tratado vigente que regule el tema de la ejecución de medidas cautelares, por lo que trae a colación el criterio expresado por la Sala Constitucional, caso *Oswaldo Karam Macía y la Sociedad Mercantil Farmacia Farmagar; C.A.* de fecha 7 de abril de 2006, que señala que resulta jurídicamente imposible ejecutar medidas cautelares sobre bienes ubicados fuera del territorio nacional a través de cartas rogatorias, salvo que exista algún acuerdo o tratado internacional con vigencia en los Estados involucrados que así lo permita⁴²².

⁴²¹ Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción del Estado Táchira, Sent. s/n, 24 de mayo de 2016 (*Katherine Vanessa Morales Pabón, c. Israel Fernando Sánchez Ostos*), en: http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2016/mayo/1321-24-6940-7.html.

⁴²² TSJ/SC, Sent. No. 789, 7 de abril de 2006, (*Oswaldo Karam Macía c. la Sociedad Mercantil Farmacia Farmagar*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/789-070406-06-0061.HTM>. Esta decisión tuvo lugar con ocasión de la remisión que hizo a la Sala Constitucional, la Corte Superior Primera del Circuito de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas para que conociera de la

No obstante, el Tribunal de Alzada va más allá e indica que el artículo 59 de la LDIPr no es aplicable al caso de ejecución de sentencias en las que se decreten medidas cautelares sobre bienes ubicados en territorio extranjero, por lo que cita el criterio expresado la decisión N° 711 de fecha 10 de agosto de 2007 dictada por la Sala de Casación Civil del TSJ, fallo que se refiere a una decisión definitivamente firme que se pretendía ejecutar en Venezuela a través de un exhorto y por lo que reitera la restricción del ámbito de aplicación de la CIECR, prevista dentro del ordinal “c” de su artículo 2, para tramitar las medidas cautelares. Por lo anterior, termina el Tribunal de Alzada negando las medidas cautelares solicitadas.

apelación interpuesta contra la sentencia del 7 de diciembre de 2005 dictada por esta Corte, en la cual se declaró sin lugar la acción de amparo introducida por Oswaldo Karam Macía y la Sociedad Mercantil Farmacia Farmagar, entre otros, contra las decisiones dictadas el 29 de junio de 2005, 20 de julio de 2005, 2, 3, y 4 de agosto de 2005, por la Sala de Juicio No. 9 del Tribunal de Protección de Niños y del Adolescente de la misma Circunscripción Judicial, mediante las cuales se decretaron medidas cautelares en el juicio de divorcio seguido por la ciudadana Raquel Alicia Terán contra su cónyuge Oswaldo Karam Macía, por la presunta violación de los derechos y garantías constitucionales previstos en los artículos 25, 26, 27, 49, 115, 137, 253 y 257 de la CRBV.

En este sentido, indica la Sala Constitucional que la Corte incurrió en una errada motivación, al sustentar la improcedencia de los alegatos de las partes fundamentándose en que la posible lesión que pudiese ocasionarse por el Decreto que acuerda las medidas cautelares sobre bienes ubicados territorio foráneo, era imputable a la autoridad extranjera y no al juez de la causa, pues era esta, la primera, la encargada de ejecutar el exhorto, señalando entonces que la argumentación para declarar la improcedencia era la ausencia, por parte de las medidas cautelares sobre bienes ubicados en el extranjero, del requisito de inminencia que establece la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales para la admisión de la acción de amparo, esto en virtud de la imposibilidad jurídica de ejecutar embargos sobre bienes extranjeros ubicados en territorio foráneo a través de exhortos o cartas rogatorias, limitando dicha posibilidad a la existencia de un acuerdo o tratado internacional con vigencia entre los Estados nacionales que lo permita. Sin embargo, no indica la Sala cual es el fundamento de esta imposibilidad jurídica, especialmente cuando el artículo 59 de la LDIPr faculta a los Tribunales de la República a dirigirse mediante exhorto o carta rogatoria, a cualquier autoridad competente extranjera para la práctica de citaciones, diligencias probatorias o cualquier otra actuación judicial que resulte necesaria para el buen desarrollo del proceso, así la Sala omite pronunciarse sobre el contenido de dicho artículo, estableciendo la limitación para la ejecución de las medidas cautelares extranjeras a través de exhorto a la preexistencia de un tratado que lo permita, sin indicar la fundamentación jurídica de tal limitación, pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma que la establezca, por el contrario, tal y como hemos señalado anteriormente, el artículo 59 de la LDIPr deja abierta esta posibilidad, el cual resulta aplicable en ausencia de un tratado sobre el tema, nuevamente reiteramos que cualquier interpretación en esta materia debe ser realizada a la luz del principio *favor cooperationis*.

Ahora bien, en múltiples ocasiones el TSJ ha señalado la imposibilidad de aplicar la CIECR en actos distintos a los consagrados en la misma, y del exhorto como medio para el reconocimiento de sentencias extranjeras⁴²³.

⁴²³ En múltiples casos se ha reiterado dicho criterio: En 1956 se pronuncia la Corte Federal, siendo remitido a esta, el expediente contentivo del exhorto librado por el juzgado Número Doce de Primera Instancia e Instrucción de Barcelona, España, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial de la República, quien se declaró incompetente para tramitar un exhorto, cuyo objeto se refería a la entrega de un menor de edad. La corte afirmó que, si bien se refería a una “medida consecutiva de una sentencia extranjera”, la competencia es atribuida al más Alto Tribunal de la República, esto por estar envuelta la soberanía del Estado venezolano, dicha decisión extranjera debe cumplir con los requisitos y exigencias de la Ley venezolana, señalando que la solicitud de exequátur se presentará por escrito. Por lo cual, señala la Corte que al haber mediado solo una rogatoria, no se cumplió con las exigencias para iniciar el juicio de exequátur, Corte Federal, Sent. s/n, 27 de noviembre de 1956, en: *Gaceta Forense*, 1956, No. 14, Segunda Etapa, pp. 200-205. TSJ/SCC, Sent. No. 0323, 23 de mayo de 2006 (*Nelson Jesús Rincón y Alexandra García Alfaro*), en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/EXEQ-00323-230506-05700.HTM> este caso se trató de un exhorto librado por las autoridades mexicanas para poner en conocimiento “a las autoridades de Registro Civil del Municipio El Hatillo del estado Miranda, de la disolución del vínculo matrimonial de Nelson Jesús Rincón y Alexandra García Alfaro”. TSJ/SCC, Sent. No. 0633, 3 de agosto de 2007, (*Amado Enrique Yambay Velázquez c. Ana María Figueredo Amaro*), en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/EXH-00633-030807-07430.HTM>. En este caso se trató de un exhorto librado por las autoridades paraguayas para la inserción en el Registro Civil de la sentencia de divorcio. Llama la atención del concepto de exhorto indicado en esta decisión señala la misma: “en materia de derecho internacional privado, el exhorto es un medio de cooperación utilizado por los tribunales de los distintos Estados de la comunidad internacional para realizar actos atinentes a procesos judiciales en otros territorios en los que no tienen jurisdicción. Estos son citaciones, notificaciones, evacuación de pruebas y actos de mera sustanciación.” Posteriormente, procede a citar como ejemplo el artículo 2 de la Convención Sobre exhortos o Cartas Rogatorias por lo que se puede observar, como se dijo anteriormente, la reducción del exhorto para la tramitación de actos de mero trámite. TSJ/SCC, Sent. No. ROG.00711, 10 de agosto de 2007, (*Prensa Latina, Agencia Informativa Latinoamericana, S.A. c. Luis Lazo Carranca*), en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/ROG-00711-100807-07516.HTM>. Se trata la carta rogatoria librada por el Tribunal Provincial Popular de la ciudad de La Habana, para solicitar la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de la República de Cuba, sobre un bien inmueble que se encuentra ubicado en Venezuela, haciendo uso de la figura de la carta rogatoria. En este caso, no resulta aplicable la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, ya que Cuba no es parte de la misma, por lo tanto la sala omitiendo revisar el Código Bustamante, comenzó a revisar las normas internas sobre la materia, en este sentido, el artículo 59 de la LDIPr y 857 del CPCV, de conformidad con dichos artículo el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre dichas comisiones es el juzgado de primera instancia del lugar donde deba realizarse la actuación solicitada. La sala continúa señalando después de hacer referencia a la Convención Interamericana sobre exhortos o Cartas Rogatorias: “Por otro lado, de acuerdo con lo previsto en Internacional sobre exhortos y cartas rogatorias, dicha normativa no será aplicada a aquellas actuaciones que “...impliquen ejecución...”, por ello, visto que la comisión rogatoria remitida por el

Ciertamente la norma rectora en materia de exhortos o cartas rogatorias ha sido la CIECR, la cual solo es aplicable para los exhortos cuyo objeto radique exclusivamente en la cooperación de actos de mero trámite, en los cuales se incluye las notificaciones, citaciones o emplazamientos⁴²⁴.

No obstante, a nivel internacional, el exhorto ha sido entendido como un medio –el medio típico–, instrumento o mecanismo de la cooperación judicial internacional⁴²⁵, entendiéndose que el mismo puede abarcar cualquier medida de cooperación, ya sea una simple notificación, el diligenciamiento de una prueba, una medida cautelar, o también, en algunos ordenamientos jurídicos, el cumplimiento de una sentencia⁴²⁶.

De esta manera, no debe confundirse el instrumento que es el exhorto, con la medida concreta de cooperación que se solicita. Por consiguiente, se debe separar adecuadamente lo referido al instrumento en sí mismo, del acto concreto que se solicita⁴²⁷.

Llama la atención la escasa experiencia práctica en esta materia, lo cual podría deberse a que someter a las medidas cautelares extranjeras al procedimiento de exequátur, como tradicionalmente ha sido sostenido por parte de la doctrina y la jurisprudencia, hace excesivamente gravoso e ineficaz su trámite, desalentando a la parte solicitante de pedir su ejecución. Igualmente se deben tener en cuenta los costos asociados a este tipo de procedimiento, especialmente en el caso del litigio internacional; y la escasez de juristas con conocimiento especializado en esta área.

tribunal de la ciudad de Cuba , pretende que en un Tribunal de Bolivariana de Venezuela se ejecute una sentencia dictada por dicho tribunal, estima que el tribunal Cubano no actuó conforme a las normas del Derecho Internacional al ordenar por vía de una comisión rogatoria como la examinada, la ejecución en Venezuela de la aludida sentencia extranjera”. Ver también: TSJ/SCC, Sent. No. 00128, 19 de marzo de 2015, (*Lucía Bachelli y Lanfranco Sernes*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/175592-reg.000128-19315-2015-15-032.html>, se trata de Rogatoria Librada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 25 de la Capital Federal, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina solicitando la inscripción de una sentencia de divorcio vincular.

⁴²⁴ Rodríguez Reyes de Mezoa, *Medios de la cooperación judicial...*, ob. cit., p. 370.

⁴²⁵ Perezniето Castro / Silva Silva, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 338.

⁴²⁶ Señala Viñas Farré que, si bien la CIESLAE no regula el tema de las vías de tramitación, recuerda que el exhorto o carta rogatoria es la “vía ordinaria para la tramitación del auxilio entre autoridades jurisdiccionales de los Estados parte”, dejando abierta la utilización de esa vía para solicitar la ejecución de sentencias extranjeras. Viñas Farré, *El reconocimiento y la ejecución...*, ob. cit. p. 170.

⁴²⁷ Vescovi, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p. 105.

Asimismo, puede decirse que existe una gran tensión dentro de los tribunales al momento de decidir sobre la ejecución o la solicitud de una medida cautelar, particularmente al lidiar con el tema de las fuentes. Este debate suele eludirse, se evita un pronunciamiento sobre si existe un vacío normativo y sobre el papel que juegan en esta materia los artículos 10 del AB y 59 de la LDIPr. No obstante, en algunos casos se percibe, por lo menos, la incompatibilidad del criterio restrictivo de no-cooperación por falta de fuentes, y el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Conclusiones

La conclusión de esta tesis podría concretarse en una sola idea: la necesidad de establecer un sistema armónico que regule la ejecución de las medidas cautelares extranjeras, para lo cual se hace forzoso definir cuál es el mecanismo idóneo -exhorto o exequátur- para la ejecución de la medida cautelar en territorio foráneo, y ello no ha sido trabajo fácil.

En esta tónica, distintas legislaciones, ya sea por medio de tratados o incluso a través de normas internas, han intentado subsanar o regular las carencias o deficiencias de estos mecanismos, los cuales fueron flexibilizados o regulados específicamente, con el fin de dar un tratamiento que permita la ejecución de las medidas cautelares extranjeras de forma eficaz.

En Venezuela parte de la doctrina y la jurisprudencia señalaron que la tramitación de las medidas cautelares debe someterse al necesario pase de exequátur, dado su carácter ejecutivo y el efecto de cosa juzgada formal, lo que sin embargo ha obstaculizado la ejecución de las mismas, por la ausencia del carácter de cosa juzgada.

Esta situación fue atendida en el sistema europeo por su normativa, donde se atenuó el requisito de sentencia definitiva, adoptando la definición más amplia de resolución judicial, la cual incluye las decisiones judiciales provisionales y dentro de estas a las medidas de conservación o medidas cautelares, siempre que se dicten en el curso de un procedimiento contradictorio. Lográndose así una flexibilización de los requisitos para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

Sin embargo, se mantuvieron los motivos de oposición previstos en el procedimiento de exequátur, que están dirigidos al control de una decisión dictada al final del proceso principal y que resuelve en definitiva la controversia.

Igualmente, descarta la posibilidad de reconocimiento de la medida cautelar dictada *inaudita pars* al establecer la exigencia que la medida cautelar sea dictada en el curso de un procedimiento contradictorio, criterio adoptado por la jurisprudencia europea.

No obstante, en la regulación actual del sistema europeo, con la entrada en vigencia del Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis, se reconoce automáticamente las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, lo cual incluye a las medidas cautelares extranjeras; pero más aún, este Reglamento incorporó normas referidas explícitamente a la tutela cautelar señalando que cuando sea otorgada por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto, se deberá garantizar la libre circulación de las medidas cautelares en el espacio judicial europeo. Se reconoce de esta forma la competencia del juez que conoce el fondo del asunto para dictar medidas cautelares y la eficacia extraterritorial de estas. No obstante, se excluye el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas *inaudita altera pars* o se exige al menos una notificación previa.

Ahora bien, dentro del ámbito latinoamericano cobró vida la tesis que encuadra a las medidas cautelares como parte de la cooperación judicial internacional sometiendo su tramitación a través del exhorto o carta rogatoria, evolucionando desde los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, pasando por el AB y el CB hasta culminar en la CICMC, la cual instituyó la cooperación cautelar internacional, diferenciándola de la cooperación de mero trámite y dándole un tratamiento autónomo a las medidas cautelares extranjeras.

Se entiende que una medida cautelar puede afectar la disponibilidad de un bien o suponer la intervención de una empresa, y se mantiene, en principio, por el tiempo que consuma el proceso cuyo resultado se pretende asegurar, por lo cual su regulación conjunta con los actos de mero trámite generaba dificultades para su ejecución, especialmente por los temores del juez requerido de que se vea afectada la soberanía nacional.

Lo anterior conllevó a un proceso de expansión o auge de la cooperación judicial internacional a aspectos particulares del proceso, distintos al campo tradicional de acción, actos de mero trámite y pruebas, incluyéndose ahora a las medidas cautelares extranjeras.

Esta posición fue adoptada, además de la CICMC, en el ámbito del Mercosur por el POP, y en algunas legislaciones internas como la uruguaya y la boliviana. Estos instrumentos adoptaron como mecanismo para su tramitación al exhorto o carta rogatoria, pero le dieron una regulación de forma independiente a medidas cautelares extranjeras, con la finalidad de subsanar las deficiencias de la cooperación de primer grado. De esta forma, se aseguraban los límites de actuación de las sentencias cautelares extranjeras dentro de un marco bien trazado y se disminuyen las barreras para la circulación de estas. Se puede decir que el tratamiento de las medidas cautelares a nivel latinoamericano comprende ciertos principios generales, aceptados en mayor y menor medida por las legislaciones, ya sea a nivel convencional o interno, a saber: la autonomía del proceso cautelar; la universalidad de su aplicación; el tratamiento uniforme a la medida cautelar extranjera, regulando los diversos aspectos sobre la ley aplicable, tanto la procedencia como la ejecución, la competencia del juez para decidir sobre estos aspectos, la oposición y tercerías.

Lo anterior nos permite hablar de una cooperación que debido a los actos cuya realización pretende garantizar, se distingue y se configura como un tipo de cooperación separada, hablándose de cooperación cautelar internacional, la cual comprende o se adapta a los aspectos específicos y distintivos de las medidas cautelares extranjeras.

Las medidas cautelares extranjeras por su naturaleza jurídica son consideradas providencias con efectos extraterritoriales, que están al servicio de un proceso principal, con la finalidad de garantizar una decisión que resuelva de forma definitiva la controversia, lo cual se deriva de su carácter instrumental.

Si bien es cierto que las medidas cautelares pueden tener repercusión en el derecho de propiedad y demás derechos de la parte contra la cual se ejecutan, estas se dictan sin tener la certeza del derecho discutido, ya que solo se requiere la presunción grave del mismo, pero no la certeza.

Lo anterior le da una nota distintiva a las medidas cautelares, que las separa de los actos de mero trámite y de las decisiones definitivamente firmes. Recordemos que las medidas cautelares se dictan para garantizar una decisión definitiva, por lo que se incluyen dentro de los actos de procedimientos necesarios para la sustanciación de la causa principal, que pueden llevarse a cabo en una jurisdicción distinta a la del juez del proceso.

En este sentido, las medidas cautelares, requieren o pueden requerir la realización de actos de imperio por parte del órgano ejecutor de la misma, donde interviene necesariamente el derecho del país requerido en algunos supuestos e implica un importante compromiso para el juez cooperador.

De esta forma, la cooperación cautelar permite un equilibrio entre la distribución de funciones de los jueces requirente y requerido, todo ello en razón de la importancia que representa para el Estado del juez requirente el cumplimiento de la medida cautelar. La ley del lugar donde se realiza el proceso y el lugar de la ejecución regulan aspectos distintos de las medidas.

De ahí la importancia y el empeño de los tratados y las legislaciones que han regulado esta figura en establecer recaudos de fácil cumplimiento para los exhortos internacionales que tienen por objeto una medida cautelar, obedeciendo a criterios de celeridad y simplificación.

Las medidas cautelares internacionales constituyen un instrumento necesario para la tutela efectiva de los derechos discutidos en el proceso, por ende, su ejecución debe tener en cuenta su finalidad: celeridad, provisoriedad y respeto a la jurisdicción del tribunal que debe juzgar el fondo del asunto.

En este orden de ideas, se ha reconocido a la cooperación jurídica internacional como herramienta de justicia que busca evitar situaciones claudicantes. Uno de los fines inmediatos del Derecho internacional privado es darle continuidad en el espacio a las relaciones jurídicas internacionales, con miras a lograr su fin mediato: la justicia. La cooperación jurídica internacional es una herramienta fundamental para alcanzar esos fines, y en el caso específico del cumplimiento de las medidas cautelares, se ha desarrollado la cooperación cautelar internacional.

De esta forma, al garantizar el trámite de las medidas cautelares extranjeras, providencias con vida propia pero subordinadas o integrantes de un proceso considerado principal, a través de la cooperación cautelar internacional no hace sino proveer una tutela judicial efectiva continua e integral, y no intermitente.

El obstáculo que representa la práctica de una medida cautelar para el juez que conoce el proceso, debido a la falta de jurisdicción para ejecutarla en territorio extranjero, constriñe al Estado requirente a exhortar al Estado requerido a realizarlo. De esta forma, el derecho de la parte solicitante se

traslada en su ejercicio hacia la autoridad ante quien se solicita la ayuda, proyectándose así el derecho a la tutela judicial efectiva hacia esta jurisdicción, cuyas autoridades también deberán garantizar la tutela adoptando todo lo conducente para la ejecución de la medida cautelar.

Esa proyección o extrapolación, nos señala Rodríguez Reyes, hacia la jurisdicción del Estado requerido configura el acceso “internacional” a la justicia, lo que ha llamado tutela judicial efectiva en el Derecho internacional privado, lo cual se pone de manifiesto cuando la internacionalización de las relaciones jurídicas privadas requiere de la cooperación entre Estados.

Por tanto, consideramos que en el sistema venezolano se debe propiciar una regulación autónoma sobre la base de lo que se ha denominado cooperación cautelar internacional, que permita resolver los temas aparejados a esta figura tan controversial en el ámbito del Derecho internacional privado. Regulación que puede ser incorporada dentro del CPCV tal y como se realizó en Uruguay y Bolivia, y que desarrolle los principios consagrados en el artículo 59 de la LDIPr que deja abierto el contenido de los exhortos o cartas rogatorias. Así, ante la ausencia de un tratado, se permite regular dicho tema de forma clara y expresa, logrando garantizar la tutela judicial efectiva de los justiciables, cuyos procedimientos tengan contacto con el ordenamiento jurídico venezolano y haga necesario la traba de las medidas cautelares en el país.