

**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**

EDUARDO TELLECHEA BERGMAN*

* Catedrático de Derecho Internacional Privado y Director del respectivo Instituto de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. Profesor de Postgrado de dicha Facultad y de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Río Grande do Sul -Porto Alegre- y de otras Facultades de Derecho de Universidades de la región. Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay.

I. Dimensión judicial del caso privado internacional

I.1. Distintas variables intervinientes, entre las que destacan por su trascendencia el desarrollo de los medios de comunicación internacional en sus diversas modalidades -lo que se traduce en volúmenes cada vez más importantes de traslados de personas y bienes, así como en el incremento de negocios internacionales a distancia sin necesidad de desplazamiento de los contratantes- la creciente flexibilización de las fronteras nacionales a consecuencia de procesos de integración en marcha y la globalización de las economías, han coadyuvado en las últimas décadas a una acentuada internacionalización de la vida humana en sus diferentes dimensiones, entre ellas, la jurídica. Ámbito en el que destaca el auge cuasi geométrico experimentado por las relaciones privadas internacionales. Crecimiento constatable no sólo en aquellas áreas en las que como en la mercantil el impacto internacionalizante era más previsible, sino también en otras tradicionalmente más domésticas, como las de Derecho de Familia y Minoridad.

El señalado auge de las relaciones privadas internacionales ha determinado asimismo un paralelo y vigoroso acrecimiento de los litigios suscitados respecto a las mismas. De manera cada vez más frecuente se plantean ante los tribunales litigios relativos a contratos internacionales, actuación en un Estado de sociedades constituidas en otro, reclamos de pronta restitución internacional de menores irregularmente retenidos o traslados fuera del Estado de su centro de vida, demandas de alimentos en que demandante y demandado viven en distintas jurisdicciones, divorcios de cónyuges domiciliados en diferentes países, disolución y liquidación de sociedades conyugales con patrimonios distribuidos en diversos Estados, etc.

El panorama descrito es determinante del actual desarrollo de lo que denominamos “dimensión judicial del caso privado internacional”, concepto abarcativo de cuestiones como la jurisdicción internacional directa e indirecta, la regulación del proceso y de la prueba en los litigios relativos a las relaciones privadas internacionales, la condición procesal del litigante foráneo, la cooperación jurídica internacional, -materia a la que habremos de dedicar especialmente nuestra exposición en el Curso¹- y el reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros².

¹ La cooperación jurídica internacional ha aumentado de modo muy importante en los últimos años y en el caso de Uruguay, el número de rogatorias transmitidas desde y hacia nuestro país vía Autoridad Central, ha alcanzado en el año 2006 la cifra de cuatro mil doscientos exhortos.

² El reconocimiento de la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, máximo nivel “latu sensu” de cooperación jurídica internacional, en razón del modo como afecta al Estado en que se pretende su eficacia y los derechos de los particulares, entendemos que conforma un *item* particularizado de la dimensión judicial del caso privado internacional, sujeto a condiciones y controles específicos.

En tanto se conciba al Derecho Internacional Privado como el conjunto de respuestas jurídicas a las cuestiones suscitadas en torno a las situaciones privadas internacionales, tal como hoy sostienen importantes sectores de la doctrina iusprivatista internacional, desde Henry Batiffol a los actuales desarrollos de teoría española³, corresponde concluir en la pertinencia e importancia para el Derecho Internacional Privado (DIPr.) de esta dimensión judicial del caso privado internacional. Se superan de este modo concepciones restrictivas del objeto del DIPr., en las que muchas de las cuestiones vinculadas a los litigios relativos a las relaciones privadas internacionales eran abordadas vía oblicua, mediante el expediente de estudiarlas en un ámbito calificado como “afín” o “anexo” a dicha disciplina jurídica⁴.

I.2. Las materias constitutivas de la dimensión judicial del caso privado internacional pertenecen al DIPr. tanto en función de la definición del objeto de esta disciplina, cuanto por razones históricas y de elaboración científica y normativa.

Ya en los albores del estudio de las cuestiones suscitadas por las relaciones privadas heterogéneas, en la época, siglos XIII y XIV, aquellas que no agotaban su contenido en el Derecho de la ciudad, la estatutaria italiana de los glosadores y postglosadores comienza el abordaje de estos temas. Jacobo Balduinus en relación a la regulación de los procesos vinculados a los casos interlocales distingue en el siglo XIII entre formas ordenatorias y decisorias, sujetando las primeras a la ley del foro; conclusión similar a la sostenida luego por Bartolo de Sassoferratto en el siglo XIV. Baldo de Ubaldis, discípulo de Bártolo, aplicó la distinción entre “litis ordenatio” y “litis contestatio” a la materia probatoria, distinguiendo lo referido al procedimiento probatorio, regido por la “lex fori”, de lo atinente a la sustancia de la prueba -determinación de los medios probatorios y su fuerza- que sujetó a la “lex causae”. Soluciones que hoy acogen modernas regulaciones sobre el tema⁵.

³ *Vr. gr.*, “Derecho Internacional Privado”, T. I, Pérez Vera, E. (coordinadora), González Campos, J. D., Abarca Junco, P., Calvo Caravaca, A. L., Virgós Soriano, M., pág. 19, UNED, Madrid, 1987. En el mismo sentido, Fernández Arroyo, D. “Derecho Internacional Privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, págs. 23 y sgts.

⁴ *Vr. gr.*, Goldschmidt, W., “Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia”, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 429 y ss. En Italia, Balarino, T., “Diritto Internazionale Privato”, 2ª edición, Cedam, Padua, 1996, págs. 46 y ss., también participa del concepto de “disciplina affine”.

⁵ Tal lo dispuesto por el Código General del Proceso de Uruguay - Ley 15.982 del 18.10.1988, art. 525.1: “Los procesos y sus incidentes, cualquiera sea su naturaleza se sujetarán a las leyes procesales de la República”; y 525.2: “Las pruebas se admitirán y valorarán según la ley a que esté sujeta la relación jurídica objeto del proceso. Se exceptúan aquellas pruebas que estén prohibidas por la legislación nacional”. Los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, arts. 1 y 2 de los mismos, consagraron con anterioridad igual solución. La Ley de Venezuela de Derecho Internacional Privado del 6.8.1998, también acoge el criterio de Balduinus y

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

En relación a la aplicación del Derecho extranjero también ha sido la doctrina del Derecho Internacional Privado la que desde sus comienzos ha analizado el tema, sosteniendo los estatutarios italianos que el aforismo “*iuria novit curia*” sólo alcanzaba a los estatutos de la ciudad a la que pertenecía el magistrado actuante y que en cambio era a los litigantes a quienes correspondía alegar el derecho foráneo. Es el iusprivatista holandés Ulrico Huber quien en el siglo XVII habla de la obligatoriedad de la aplicación de la ley extranjera, que funda en el “interés común” y la “convención tácita entre los pueblos”, verdadero sentido de la expresión “*comitas gentium*” para este autor, según Meijers⁶.

Los congresos de Derecho Internacional Privado así como las regulaciones convencionales elaboradas por las Conferencias especializadas de esta rama jurídica han estudiado y regulado de manera permanente, desde hace más de un siglo, los temas atinentes a la dimensión judicial del caso privado internacional.

“L’Institut de Droit International” en sus Sesiones de Heidelberg en 1887 y Hamburgo en 1891, se ocupó así de la aplicación del Derecho extranjero, concluyendo con argumentos de total contemporaneidad : “... en el estado actual de la ciencia del derecho y de las relaciones internacionales y en presencia del gran número de leyes elaboradas en los países civilizados, la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes”; y en 1877, en Zurich, el Instituto ya había tratado acerca de la condición del litigante foráneo, pronunciándose a favor de la eliminación de toda discriminación, al proclamar: “el extranjero deberá ser admitido en juicio en las mismas condiciones que el nacional, es decir en completa igualdad”.

En el ámbito de las regulaciones convencionales, el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889, el 11.11.1889, aprueba el Tratado de Derecho Procesal Internacional -ratificado por Uruguay, Argentina, Bolivia, Paraguay y Perú y al que Colombia luego adhiriera- texto que abarca: Título I, “Principios generales” -regulación del proceso y la prueba-; “De las legalizaciones”, Título II; y “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, Título III; y en el Protocolo Adicional a los Tratados, arts. 2 y 3, consagra asimismo la aplicación de oficio del Derecho extranjero y la recurribilidad de las sentencias dictadas en error del mismo. Los Tratados de Montevideo tuvieron como antecedente el Tratado de Lima de 1878, “para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado”, que en diversos títulos ya se había ocupado de la materia procesal internacional.

El “Código de Derecho Internacional Privado”, “Código de Bustamante”, aprobado en La Habana por la Sexta Conferencia Internacional Americana el

somete el procedimiento al “Derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve”, art. 56; *idem*, el Código de Bustamante, art. 314.

⁶ Meijers, E. M., “*L’Histoire des principes fondamentaux du Droit international privé a partir du Moyen Age spécialement dans l’Europe occidentale*”, *Recueil des Cours*, 1934, T. II, págs. 664 a 668.

20.2.1928, también trató cuestiones atinentes al “Derecho Procesal Internacional” en el “Libro Cuarto”, legislando sobre “Principios Generales”, Título Primero; “Competencia”, Título Segundo; “Del Derecho a Comparecer en Juicio y sus Modalidades”, Título Cuarto; “Exhortos o Comisiones Rogatorias”, Título Quinto; “Excepciones que tienen carácter internacional”, Título Sexto; “De la Prueba”, Título Séptimo; “Del Recurso de la Casación”, Título Octavo; “De la Quiebra o Concurso”, Título Noveno; “Ejecución de Sentencias Dictadas por Tribunales Extranjeros”, Título Décimo; títulos éstos a los que corresponde agregar el III, “De la Extradición”, que refiere en consecuencia, a cooperación penal internacional.

El Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1939-1940, aprueba el 19.3.1940 un nuevo Tratado de Derecho Procesal Internacional -ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay- que legisla sobre: “Principios generales”, Título I; “De las Legalizaciones”, Título II; “Del Cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, Título III; “Del Concurso civil de acreedores”, Título IV; y trata acerca de la aplicación del Derecho extranjero en los artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional.

Corresponde agregar que la obra de los Congresos de Montevideo ha legislado además sobre la jurisdicción internacional a través de las soluciones consagradas por los Títulos XIV de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, así como por diversas disposiciones del Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 y de los Tratados de 1940 sobre Navegación Comercial Internacional y Derecho Comercial Terrestre.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado también ha atendido desde sus inicios las cuestiones atinentes a la dimensión judicial de los casos privados internacionales y en el Protocolo Final a la Primera Conferencia de 1893 se incluyen disposiciones relativas a: “II - comunicación de actos judiciales y extrajudiciales” y “III - comisiones rogatorias”. Siguiendo esta línea, la Conferencia aprueba en 1905 una Convención sobre Derecho Procesal Internacional y a partir de su tercera y actual etapa -de 1951 a la fecha- ha concretado un importante número de Convenciones referidas a la materia procesal internacional⁷.

⁷ Entre otras: de 1954 sobre Procedimiento Civil; de 1958 sobre Competencia del Foro Contractual en Casos de Ventas Internacionales de Bienes Muebles Corporales, y sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias; de 1961 concerniente a las Autoridades Competentes y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores; de 1965 relativas a la Notificación en el Extranjero de Actas Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, y sobre Acuerdos de Elección de Foro; de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Comercial; de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial; de 1973 concerniente al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones relativas a Obligaciones Alimenticias; de 1980 sobre Acceso Internacional a la

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

El actual proceso de homogenización y modernización del DIPr. interamericano a través de su codificación por etapas constituida por las CIDIP, Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, en los más de veinte textos aprobados desde 1975 a la fecha, una de las áreas que más ha regulado ha sido precisamente la relativa a las cuestiones judiciales vinculadas a los casos privados internacionales. Tales, las Convenciones de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero; de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Prueba e Información del Derecho Extranjero y Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; y de La Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras y Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. A las citadas convenciones, que específicamente tratan acerca de la materia procesal internacional, corresponde agregar aquellas que no obstante legislar otros temas contienen una muy fuerte regulación sobre cuestiones atinentes a la dimensión judicial del caso privado internacional, *vr. gr.*, Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores y sobre Obligaciones Alimentarias, de Montevideo de 1989 -CIDIP IV- y de México de 1994 -CIDIP V- sobre Tráfico Internacional de Menores.

Igualmente en el ámbito del Mercosur, la preocupación por dar respuesta desde el ángulo de la Justicia a las necesidades emergentes del incremento del tráfico privado internacional en la región, ha determinado la concreción de un importante conjunto de acuerdos, varios de ellos ya vigentes entre los Estados Parte, que configuran una verdadera codificación de la cooperación judicial internacional en el área⁸.

Justicia. Textos a los cuales corresponde agregar otras Convenciones que al atender temas como la protección internacional de menores, también han legislado cuidadosamente acerca de la dimensión judicial de las mismas, *vr., gr.*, Convenciones de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores; de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional; de 1996 relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños; etc.

⁸ Tales, entre los principales, Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92; Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 07/02; Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02; Protocolo de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94; Acuerdos sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, respectivamente, Decisiones CMC 49/00 y 50/00. Textos a los que se deben agregar otros referidos a jurisdicción internacional, tales, el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Decisión CMC 01/94; el Protocolo en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito -

E. TELLECHEA BERGMAN

A lo expuesto cabe agregar que una institución básica para el desarrollo, profundización y efectiva prestación de la cooperación jurisdiccional internacional en sus distintos niveles, como es hoy la Autoridad Central, ha sido creada y puesta en funcionamiento por textos convencionales de Derecho Internacional Privado que en las décadas de los años sesenta y setenta del siglo veinte las organizaran primero en el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y luego en el de las CIDIP.

Por otra parte, como señalara el recordado procesalista uruguayo Prof. Dr. Gelsi Bidart, debe recordarse que corresponde básicamente al DIPr. todo lo atinente al reconocimiento de la validez o eficacia del acto jurisdiccional extranjero, por lo que decidir si una citación dispuesta por un juez uruguayo o un embargo ordenado por un juez argentino o una sentencia dictada en Brasil van a surtir los efectos que les son connaturales fuera del ámbito procesal en que fueron dictados, opinamos con Operti, son respuestas que deben buscarse en el Derecho Internacional Privado, en tanto a éste pertenece la regulación de las cuestiones atinentes a los espacios jurídicamente heterogéneos⁹.

Asimismo en tanto la relación iusprivatista internacional afecta a dos o más ordenamientos jurídicos, conlleva la ineludible necesidad de precisar los tribunales de qué Estado o Estados serán competentes para conocer de un eventual litigio suscitado respecto a la misma y la atribución de esa jurisdicción en el ámbito internacional se hace acudiendo a conexiones y desarrollos propios del Derecho Internacional Privado. Tales, entre otros, el criterio Asser, que precisamente lleva el nombre del iusprivatista internacional holandés que lo formulara por vez primera, atributivo de competencia internacional a los jueces del Estado a cuya ley corresponda regular el caso, por lo que la jurisdicción queda en los hechos supeditada al conflicto de leyes¹⁰ y los conceptos de prórroga internacional de jurisdicción, foro de cumplimiento o de celebración del contrato

ley aplicable y jurisdicción competente- Decisión CMC 01/96; el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, Decisión CMC 10/96; y Acuerdos sobre Jurisdicción en Materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Parte del Mercosur y entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisiones 11/02 y 12/02. A tales regulaciones se deben sumar aquellas referidas a cooperación penal internacional y extradición, Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Decisión CMC 02/96; Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República Chile, Decisión CMC 12/01; y Acuerdos de Extradición entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 14/98, y entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 15/98.

⁹ Operti, D., *“La Asistencia Judicial Internacional”* en *Curso de Derecho Procesal Internacional*, varios autores, Landoni Sosa, A. (coordinador), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, págs. 134 y 135.

¹⁰ Criterio atributivo de jurisdicción consagrado por los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, art. 56 de ambos y por el Apéndice del Código Civil uruguayo, art. 2401.

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

o de acaecimiento del hecho ilícito, de residencia habitual o domicilio del demandado, o la noción de “foro exorbitante”, productos todos básicamente de la elaboración de la doctrina iusprivatista internacional.

Situación semejante se constata en relación al concepto de orden público internacional, instituto singular, desarrollado por la doctrina y los textos de Derecho Internacional Privado, no identificable necesariamente con el orden público interno, -tal como precisa la Declaración uruguaya emitida en ocasión de la suscripción de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de DIPr.- que constituye el límite a la aplicación del Derecho extranjero y a la prestación de cooperación jurídica internacional, cuando tales circunstancias afecten de modo concreto, grave y manifiesto, principios esenciales del ordenamiento jurídico al que pertenezca el foro actuante.

En definitiva corresponde concluir que “la dimensión judicial del caso privado internacional” abarca temas que por objeto, historia, desarrollo científico y normativo son pertinentes al Derecho Internacional Privado, en tanto respuesta jurídica global a las situaciones planteadas por las relaciones privadas internacionales. Ello, sin perjuicio de la interdisciplinariedad de las referidas cuestiones con el Derecho Procesal y la conveniencia de necesarios y enriquecedores enfoques conjuntos.

II. Cooperación jurisdiccional internacional

II.1. Concepto

Entendemos por cooperación jurisdiccional internacional, toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro. Actividad originada en providencias emanadas de órganos jurisdiccionales extranjeros, cuya finalidad es lograr que el proceso se entable, se desarrolle o se afiance en sus resultados, a través de acciones que los órganos jurisdiccionales locales han de llevar a cabo. La definición involucra la actuación de órganos jurisdiccionales tanto en calidad de exhortantes cuanto de exhortados¹¹, debiéndose entender por tales aquellos que pertenecientes o no al Poder Judicial, tengan a cargo función jurisdiccional.¹² Distintos textos

¹¹ Aún cuando se trate de una modalidad no frecuente en el ámbito regional, la realización en un Estado de actividades al servicio de un proceso extranjero también puede admitir tipos que excluyan, en principio, la actuación de los tribunales del Estado donde tales actuaciones se lleven a cabo, ver al respecto, Capítulo II.5, “Actividad procesal llevada a cabo en el extranjero sin participación de las autoridades locales”.

¹² Entendemos con Carnelutti que la distinción entre función procesal o jurisdiccional y función administrativa, radica en que el tribunal no es titular de un interés en conflicto, sino que actúa por fuera y por encima del conflicto, mientras que el administrador es titular de un interés y actúa para la satisfacción del mismo. Barrios de Angelis tipifica con precisión la esencia de la función jurisdiccional, indicando que

convencionales vigentes en la materia, prevén expresamente que las solicitudes de cooperación emanen de tales órganos^{13 14}.

La calidad jurisdiccional del exhortante corresponde sea calificada de acuerdo al Derecho de origen de la rogatoria. Solución no excluyente de que el Estado rogado, en defensa de su inculcable orden público internacional, deniegue la cooperación en casos de notoria ausencia en el requirente de cualidades que hagan a un verdadero tribunal. Tal la posición tradicional de la doctrina y jurisprudencia iusprivatista internacional uruguaya. El maestro Quintín Alfonsín, en la época Asesor Letrado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay, y el jurista

consiste en “el poder público que se atribuye a órganos estructuralmente imparciales para excluir la insatisfacción jurídica”, D. Barrios de Angelis “*Teoría General del Proceso, enseñanza de la misma*” en *Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de la República, Montevideo, 1967. T.XVIII, pág. 120.

¹³ Así, a nivel interamericano, Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, arts. 2, 8.b y 10 párrafo 2º; Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, arts. 1, 3.c y 4 párrafo segundo, parte final y Anexo al Protocolo Adicional, Forma A, “Modelo de Exhorto o Carta Rogatoria” y Forma B, “Información esencial para el notificado”, Numeral III; Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, arts. 2, 4 numeral 5, 6 y 8; Protocolo Adicional a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, arts. 3 párrafo segundo “in fine”, y 5, Anexo al Protocolo Adicional, Formulario A numeral 1 y parte final del Formulario A; Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, arts. 2, 3 párrafo 1ero., 5 párrafo 1ero. y 16 párrafo 2do. A nivel de Acuerdos concluidos en el Mercosur, Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92, art.6.a y Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, mismo artículo; Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, arts. 4, 5, 9 párrafo dos, 14, 15, 19, párrafo cuarto, 21.a y 22. En igual sentido, diversos Convenios bilaterales concluidos por Uruguay, tales, Convenio uruguayo-argentino sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos de 1981, arts. 2, 3.a, 5 y 7 párrafo segundo; Convenio uruguayo-brasilero de 1992 de Cooperación Judicial, arts. 4.a y 6 parte final; Convenio uruguayo-chileno de 1982, arts. 2, 3.a, 5 y 7 párrafo segundo; Convenio uruguayo-español de 1987 sobre Cooperación Jurídica, art. 24; Convención uruguayo-francesa de 1991 de Cooperación Judicial en materia Civil y Comercial, art. 11; etc.

A nivel de normas de fuente nacional, el Código General del Proceso de Uruguay, Libro Segundo, Título X “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo II “De la Cooperación Judicial Internacional”, arts. 526.1, 527.3, párrafo segundo y Capítulo III “De la Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar”, art. 530 numerales 1 y 2, acoge similar criterio.

¹⁴ La exigencia de calidad jurisdiccional del órgano requirente en casos de asistencia penal internacional, a causa de las diferencias existentes entre los sistemas procesales inquisitivos y acusatorios, ha sido sustituida por el requisito de que la solicitud emane de autoridad competente en el Derecho requirente para la investigación o enjuiciamiento del delito, *vr. gr.*, Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal de Nassau de 1992; ver al respecto, E. Tellechea Bergman, “*Derecho Internacional Privado -Asistencia Jurídica Internacional en Materia Penal- Marco Conceptual y Normativo*”, T.I, Montevideo, F.C.U., 2003.

francés Jean Lisbonne, sostuvieron en nota de jurisprudencia en relación a una decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, denegatoria de diligenciamiento respecto a un exhorto librado por la “Junta de Recuperación Patrimonial de Argentina” -órgano creado en dicho país tras el derrocamiento de la 2da Presidencia del General Perón- que existían insuperables razones de fondo para denegar el auxilio, fundadas en la carencia de imprescindible independencia funcional del órgano requirente que determinaban que no pudiese ser considerado como verdadero tribunal¹⁵. Coincidimos con esta posición y entendemos con Operti¹⁶, que en tales casos normalmente los interesados se hallan en la imposibilidad o grave dificultad de defender sus derechos, vulnerando ello garantías procesales que en nuestro ordenamiento ostentan rango constitucional.

II.2. Fundamentos y naturaleza de la cooperación jurisdiccional internacional

Tradicionalmente se ha recurrido para justificar la prestación del auxilio internacional a conceptos de reciprocidad, de conveniencia, o de “comitas gentium”, noción ésta en su origen, en el pensamiento de Huber, más vasta y profunda que aquella concebida como sinónimo de cortesía internacional¹⁷. Más allá de que los argumentos expuestos no resultan excluyentes sino complementarios, hoy la base de la prestación de la cooperación radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones¹⁸ que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas. En tal sentido y con palabras que conservan plena vigencia, señalaba hace ya medio siglo Alcalá Zamora, “el progreso incesante de los medios de comunicación y las cada día mayores relaciones mercantiles entre las naciones del mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aún a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra”¹⁹.

La idea de que el auxilio jurídico internacional no está sujeto a una decisión discrecional de la autoridad rogada sino que se funda en el deber de prestarlo, es acogida por el Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia

¹⁵ Q. Alfonsín/J. Lisbonne, “*Bulletin de jurisprudence uruguayenne*” en *Journ. Dr. Int.*, París, 1958, Nro. 2, págs. 460-464.

¹⁶ D. Operti, “*Exhortos y Embargos de Bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional*”, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976, pág. 43.

¹⁷ Huber hablaba de una “comitas gentium” que en última instancia resultaba obligatoria, pues se fundaba en “el interés común y la convención tácita entre los pueblos”; *idem*, E. M. Meijers, (nota 6).

¹⁸ S. Sentís Melendo, “*El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción*” en *Revista La Ley*, n° 48, Buenos Aires, octubre-diciembre 1956, pág. 70; A. Miaja de la Muela, “*Derecho Internacional Privado*”, Tomo II, Madrid, 1957, pág. 459.

¹⁹ Opinión citada por M. Capelletti en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VIII, n° 22-23, enero-agosto 1975, pág. 133.

Jurisdiccional, art. 14, parte final, al disponer la obligación del Estado exhortado de comunicar al requirente los motivos del incumplimiento total o parcial de la asistencia. En igual sentido, el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 15²⁰.

En razón de lo expuesto estimamos que la prestación del auxilio jurisdiccional internacional es de principio en el ámbito regional, y que excepto en casos de carencia de requisitos básicos exigibles en relación al tipo de asistencia en consideración, ésta debe prestarse necesariamente.

En cuanto a la naturaleza de la asistencia jurisdiccional internacional cabe distinguir aquellas posiciones que hablan de “delegación” -las que en sus distintas modalidades, representación, gestión de negocios, mandato, tienden a reducir las atribuciones del tribunal requerido a las de mero examinador de los aspectos formales del exhorto vedándole todo otro control, excepto la potestad, siempre existente, de invocar la excepción de orden público internacional en caso que la rogatoria conculque de manera grave y manifiesta algún principio esencial de su ordenamiento jurídico- de aquellas atributivas de jurisdicción original al rogado, que en sus desarrollos más radicales se traducen en importantes limitaciones al deber de cooperación internacional.

Consideraremos que si bien no es posible hablar de delegación en sentido estricto en el panorama actual de la asistencia jurisdiccional en la región, ya que el tribunal rogado al prestar el auxilio lo hace en ejercicio de una jurisdicción propia, su actividad, empero, se brinda al servicio de un proceso desarrollado o a desarrollarse en el extranjero en el que la actividad procesal rogada habrá de alcanzar su verdadero significado. Razón por la cual entendemos que sin perjuicio de que el magistrado exhortado actúe ejerciendo una potestad jurisdiccional que le pertenece, lo hace a consecuencia de un proceso foráneo, por lo que a nivel continental hoy se admite que la actividad procesal del rogado se desarrolle, de requerirlo el rogante, de acuerdo a procedimientos solicitados por éste, excepto que los mismos vulneraren principios jurídicos esenciales del ordenamiento jurídico requerido²¹.

²⁰ Igualmente el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de Montevideo de 1979, art. 3, párrafo segundo, dispone que la Autoridad Central del Estado requerido deje constancia del cumplimiento o de los motivos que impidieron el diligenciamiento.

²¹ Tal lo previsto, *vr. gr.*, por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 10 párrafo segundo; Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 6; Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 15.b; y Protocolos del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92, art. 12 párrafo segundo; y de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 21.e. El Código General del Proceso de Uruguay, Ley 15.982 del 18.10.1988, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo II, “De la Cooperación Judicial Internacional”, art. 527 “Exhortos o cartas rogatorias”, párrafo 3, parte final, consagra igual criterio.

II.3. Grados de la cooperación jurisdiccional internacional

El auxilio jurídico internacional comprende distintos grados o niveles según el modo cómo afecte los derechos de las personas y al propio Estado que lo brinda, la coerción que implique y su extensión cronológica -tiempo que insuma su cumplimiento y lapso durante el cual se prolonguen sus efectos-.

A. Primer nivel de asistencia

Abarca dos escalones cooperacionales. El primero, referido al auxilio de mero trámite, citaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en un Estado a ruego de tribunales de otro, nivel en el que la entreatyuda jurídica internacional normalmente afecta en grado mínimo los derechos de los justiciables y al Estado que la presta y en el que la prestación del auxilio no implica un grado apreciable de coerción, verificándose casi instantáneamente. Otro escalón, más complejo, está constituido por la cooperación probatoria. El diligenciamiento de pruebas fuera de fronteras supone una actividad de mayor complejidad y duración temporal que una mera notificación y puede llegar a niveles coercitivos de relativa importancia, tales, la conducción compulsiva de un testigo renuente, el ingreso a la fuerza para practicar una inspección, etc. Los distintos tipos de cooperación de primer grado constituyen el auxilio internacional cuantitativamente más importante, al punto de abarcar en Uruguay el setenta por ciento del total de la entreatyuda jurisdiccional²².

B. Asistencia cautelar internacional, segundo nivel de cooperación

Persigue que el fallo que se dicte en el extranjero no llegue demasiado tarde²³. En relación a este nivel de asistencia cabe resaltar su intenso grado de coerción y su mayor extensión cronológica. La cooperación cautelar, por ejemplo, puede incidir en la disponibilidad de un bien o suponer la intervención de una empresa, y se mantiene, en principio, el tiempo que insuma el proceso cuyo resultado la cautela pretende asegurar.

C. ¿El reconocimiento de la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros integra la cooperación jurisdiccional internacional?

Algunos sectores de la doctrina ubican la materia como un tercer nivel de la asistencia internacional. Entendemos empero preferible analizarla como un capítulo particularizado, tanto en razón de que afecta de modo mucho más

²² En Uruguay, de los 4.200 exhortos tramitados durante el año 2006 vía Autoridad Central, unas 2.900 rogatorias, correspondieron a tal tipo de cooperación, promedio similar al alcanzado en años anteriores sobre cifras totales menores.

²³ Ver al respecto, Capítulo II.II. “Cooperación cautelar”.

significativo los derechos de los justiciables y al Estado en el que se pretenda su eficacia, cuanto que a diferencia del auxilio de mero trámite, probatorio y cautelar, materializados en el libramiento de exhortos o rogatorias, la sentencia no nace usualmente con expresa vocación internacional. Un juez libra un exhorto para efectuar una notificación en el extranjero, para que fuera de fronteras se diligencie una prueba o se traben embargos, pero en cambio, tradicionalmente, simplemente dicta una sentencia y será la parte interesada la encargada de invocar el fallo en otro Estado. Cabe puntualizar, no obstante, que en razón de la creciente internacionalización de los procesos e interconexión entre los sistemas de justicia de los distintos Estados, comienzan a dictarse fallos que asumen la necesidad de cooperación fuera de fronteras. La Autoridad Central del Uruguay recibe de manera creciente rogatorias libradas entre nuestro país y Argentina, en las que la sede que ha dictado una sentencia de divorcio respecto a un matrimonio celebrado en el otro país dispone que se proceda a comunicar al otro Estado dicha sentencia a efectos de su anotación en el Registro de Estado Civil; y algo similar ocurre en materia de prestación internacional de alimentos, casos en los que los tribunales sentenciantes del Estado de domicilio o residencia habitual del demandante - competentes en razón del art. 8 de la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias- ordenan en los fallos que dictan, que se libre exhorto para la ejecución de la sentencia en el Estado Parte de domicilio del demandado o en aquel donde éste tuviere bienes o percibiere ingresos que posibiliten el pago de la pensión.

II.4. Transmisión de la cooperación jurisdiccional, el exhorto

El término exhorto así como las expresiones “comisiones o cartas rogatorias”, “suplicatorias” o “requisitorias”, son utilizadas en el ámbito regional como sinónimos²⁴ y designan el encargo o ruego que hace el órgano jurisdiccional de un Estado a sus pares de otro, para la realización de algún procedimiento o sustanciación al servicio de una actividad procesal tramitada o a tramitarse ante el requirente. Los distintos textos convencionales vigentes en el continente hacen del exhorto el instrumento para la comunicación de la asistencia judicial internacional, por lo que no debe confundirse el instrumento, la rogatoria, con la cooperación solicitada a través de ella²⁵.

²⁴ Tal lo señalado, entre otros, por Q. Alfonsín, “Cooperación Judicial Internacional” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año IX, N° 1, Montevideo, 1958, pág. 168; *idem*, V. Romero del Prado, “Derecho Internacional Privado”, Tomo III, Córdoba, Ediciones Assandri, 1961, pág. 378. En igual sentido, respuesta afirmativa del Delegado uruguayo, A. Vargas Guillemette, en ocasión del planteo realizado en la Comisión de Derecho Procesal Internacional del Congreso de Montevideo de 1939-1940 por la Delegación de Paraguay acerca de si “exhortos” o “cartas rogatorias” eran conceptos sinónimos.

²⁵ Error en el que muchas veces se incurre en la práctica en nuestros países y aún en la denominación de algún texto convencional, tal, la Convención Interamericana sobre

A. Vías para la transmisión de los exhortos

El Derecho convencional interamericano consagra para la transmisión de los exhortos de cooperación judicial internacional los modos diplomático o consular, judicial y particular, ya tradicionales en la materia, a los que agrega a partir de las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, la comunicación vía Autoridades Centrales y aquella directa entre jueces de zonas fronterizas contiguas.

En ocasiones se ha confundido las vías para la transmisión de los exhortos, de los medios utilizados para su envío: postal, facsímil, correo electrónico, etc. De tales medios, el postal es el empleado mayoritariamente y a efectos de dotarlo de mayor celeridad, hoy se tiende a utilizar el envío a través de correo expreso o medios similares. En cuanto a la comunicación enviada por fax o correo electrónico, ella comienza a utilizarse de modo cada vez más importante entre las Autoridades Centrales de la región como forma de adelantar los pedidos de asistencia. En materia de cooperación penal internacional, diversos tratados vigentes prevén que por razones de urgencia la solicitud de auxilio pueda hacerse llegar por fax o correo electrónico, debiéndose luego confirmar el pedido mediante el envío de la documentación original²⁶.

a) Vía diplomática o consular

Se trata del procedimiento más clásico y también el más empleado hasta el surgimiento de las Autoridades Centrales²⁷. Su tramitación supone con frecuencia un entencedor encadenamiento burocrático entre el tribunal rogado y el rogante, que puede insumir varios meses y conspirar en definitiva contra la eficacia de la labor judicial. En tanto oficial, está exenta, al igual que la modalidad Autoridades

Exhortos o Cartas Rogatorias, que en puridad refiere a la cooperación de mero trámite y probatoria.

²⁶ Tal lo dispuesto por el Protocolo de San Luis sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 02/96 y el Acuerdo espejo de Montevideo en la materia, concluido ente los Estados Parte del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 12/01, artículos 6 numeral 2 de ambos. En lo bilateral, entre otros, los Convenios que en el tema vinculan a Uruguay con España y Estados Unidos, arts. 6.1 de los mismos. En igual sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 96.1. Al respecto, ver E. Tellechea Bergman (nota 14), págs. 25 y siguientes. En lo referido a extradición, se admite en los textos más recientes que las solicitudes de “detención preventiva” puedan ser cursadas a través de fax u otros modos que permitan una constancia escrita.

²⁷ La práctica de la asistencia jurisdiccional de los Estados Parte del Mercosur demuestra que la entrada en vigor de distintos convenios de La Haya, interamericanos, mercosureños y bilaterales, que prevén la vía Autoridad Central, ha reducido grandemente el empleo de la vía diplomática, hoy aplicada en casos de asistencia jurisdiccional internacional con países no vinculados por convenios que admitan la comunicación a través de las Autoridades Centrales.

Centrales, de la exigencia de legalización para acreditar la autenticidad del exhorto.

En el modo diplomático o consular, la rogatoria es remitida a través de valija diplomática por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado rogante a su Embajada o Consulado acreditado en el Estado exhortado, que la introducirá al Ministerio del Exterior de dicho país, que se encargará a su vez de hacerla llegar a su sistema judicial de acuerdo a lo dispuesto por su Derecho nacional.

Como habrá de examinarse en la sección referida a actos procesales realizados en el extranjero sin participación de tribunales locales, no corresponde confundir la actuación de los agentes diplomáticos o consulares en tanto partícipes de la vía diplomática o consular, con la realización directa por éstos de actos procesales en el Estado donde estén acreditados al servicio de un proceso tramitado en el país que representan.

b) Vía particular

La transmisión de los exhortos por las propias partes interesadas constituye otra de las vías tradicionales de la asistencia jurisdiccional internacional. En esta modalidad el interesado retira la rogatoria del tribunal exhortante y la hace llegar a un corresponsal en el Estado exhortado, quien de conformidad con la normativa de éste se encargará de introducirla al tribunal competente para su diligenciamiento. La vía particular hace necesaria la legalización como modo de acreditar la autenticidad de la solicitud extranjera de cooperación, en tanto no se encuentre vigente entre el Estado rogante y el rogado algún texto convencional que como el de la Convención de La Haya del 5.10.1961 sobre Supresión de las Legalizaciones²⁸, suprima la exigencia, sustituyéndola por otra más ágil, como es la “apostilla”.

²⁸ En el ámbito americano, Argentina, Estados Unidos, México, Bahamas, Belice, Ecuador, Panamá han aprobado la Convención de La Haya.

Las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5.a; y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 13, requieren legalización en relación a la vía particular. En igual sentido, salvo que entre el Estado requirente y el requerido se hubiere suprimido el requisito o se hubiere sustituido por otra formalidad, Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 07/02, art. 10 párrafo tercero; Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, mismo artículo; y Protocolo de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 19 párrafo tres. La normativa uruguaya de fuente nacional también exige la legalización para las vías particular y judicial, Código General del Proceso, art. 527 numerales 1 y 2 examinados en conjunto; y Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”.

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

Diligenciado el auxilio, de devolverse el exhorto por vía particular, corresponderá proceder a la legalización de las actuaciones cumplidas por la sede rogada a efectos de acreditar su autenticidad ante el tribunal rogante.

c) Vía judicial

Consiste en una comunicación directa entre el Poder Judicial del Estado requirente y el del rogado y normalmente, excepto la comunicación entre jueces de zonas fronterizas, se lleva a cabo entre los tribunales superiores de cada Estado. En esta vía el juez rogante remite el exhorto a la cabeza de su Poder Judicial, que lo enviará a su vez a la autoridad superior del Poder Judicial rogado para que ésta adopte las medidas pertinentes para su diligenciamiento. En el ámbito regional no es demasiado frecuente el empleo de esta modalidad consagrada por normas convencionales vigentes, pues usualmente los tribunales recurren a las vías Autoridad Central, diplomática, consular o particular, evitándose de este modo la carga del diligenciamiento del exhorto. La vía judicial, salvo en casos de cooperación fronteriza, requiere de legalización para acreditar la autenticidad de la solicitud de auxilio.

c.1) Comunicación directa entre jueces de frontera

Algunos textos convencionales a nivel interamericano y del Mercosur prevén la posibilidad de esta comunicación sin necesidad de legalización. Tales, las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 7; y sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15; y el Protocolo del Mercosur de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo cuarto.

Esta cooperación directa entre tribunales se ajusta a las necesidades de las zonas fronterizas, en las que el entorno sociológico favorece el incremento de relaciones privadas internacionales de todo tipo y consecuentemente de litigios surgidos en torno a las mismas y permite que magistrados que actúan muy próximos entre sí puedan comunicarse inmediatamente, evitando enlentecedores trámites burocráticos respecto a solicitudes en las que la propia cercanía entre exhortante y exhortado asegura la autenticidad del pedido.

En el ámbito fronterizo uruguayo-argentino ha comenzado a aplicarse con éxito esta comunicación directa entre jueces de fronteras, aún cuando una adecuada delimitación de la profundidad de tales zonas y consecuentemente de los tribunales que por razón de lugar están en condiciones de emplear la modalidad, habrá de impulsar su desarrollo.

La aplicación de la comunicación judicial directa no ha podido en cambio llevarse a la práctica en la frontera con Brasil, no obstante ser dicho país al igual que los demás socios del Mercosur ratificante de textos convencionales que reciben el procedimiento, pues la jurisprudencia de su Supremo Tribunal Federal ha interpretado que “a Constituição da República, não dispõe sobre as atividades de

cooperação judiciária situadas no âmbito da competência internacional desta Suprema Corte, subordina o cumprimento das cartas rogatorias oriundas de autoridades estrangeiras à prévia concessão de exequátur pelo Presidente de STF (Art. 120, I, b, segunda parte)...”, Ministro Celso de Mello, Presidente, 17 de agosto de 1998. Procedimiento complejo, que demora la prestación de la cooperación jurisdiccional internacional. Con la promulgación de la Enmienda Constitucional N° 45 del 2004, la competencia originaria para el contralor de las cartas rogatorias y sentencias extranjeras ha sido transferida al Superior Tribunal de Justicia²⁹.

d) Vía Autoridad Central

Las Autoridades Centrales son organismos especializados en cooperación jurídica internacional, generalmente ubicadas en los Ministerios de Justicia o en aquellos a cargo de cometidos de apoyo a la función jurisdiccional o en los Ministerios de Relaciones Exteriores. Su origen se encuentra en las Convenciones de La Haya de 1965 sobre Notificación en el Extranjero de Actuaciones Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial y de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero. En el ámbito interamericano han sido recibidas a partir de las Convenciones de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero y en el Mercosur, desde los Protocolos de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional de 1992 y de Ouro Preto de Medidas Cautelares de 1994. Diversos convenios bilaterales puestos en vigor entre nuestros países en los últimos veinticinco años también adjudican a las Autoridades Centrales un papel protagónico en la tramitación del auxilio jurisdiccional³⁰, siendo recibida asimismo esta vía por el Código General del Proceso de Uruguay, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, art. 527.1, bajo la denominación de “autoridad administrativa”.

El actual auge de las Autoridades Centrales responde a que se trata de organismos técnicos que han posibilitado una ágil comunicación entre los tribunales rogante y rogado, eliminando enlentecedores encadenamientos burocráticos propios de la tradicional vía diplomática. La transmisión de rogatorias vía Autoridad Central está exenta de legalización, dado el carácter oficial de esta modalidad. En temas como la protección internacional de menores

²⁹ El Superior Tribunal de Justicia en la búsqueda de soluciones más ágiles, ha traspasado algunas competencias en el tema al Ministerio de Justicia, Resolución N° 9 del 5.5.2005.

³⁰ Tales, entre otros, los Convenios uruguayo-argentino de 1981 y uruguayo-chileno de 1982 sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, art. 2 de ambos; y uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial de 1992, arts. 2 y 3; etc. En materia de asistencia jurídica penal, recientes acuerdos también giran en su funcionamiento alrededor de las Autoridades Centrales.

el papel asignado a las Autoridades Centrales hoy es muy intenso, constituyendo organismos esenciales para el cumplimiento de los objetivos convencionales³¹.

II.5. Actividad procesal llevada a cabo en el extranjero sin participación de las autoridades locales

Si bien a nivel regional lo usual es que la actividad procesal fuera de fronteras se lleve a cabo a través de la cooperación judicial internacional, ésta no es la única opción, ya que existen ordenamientos que facultan a sus magistrados a actuar en otros países realizando por sí tales actividades o encargando a “comisionados” para que las ejecuten.

El Derecho uruguayo no permite actividades directas de magistrados extranjeros en territorio patrio, autorizando únicamente, a nivel de ciertos acuerdos internacionales, que el órgano jurisdiccional requirente solicite información acerca del lugar y fecha en que la actividad cooperacional de mero trámite o probatoria habrá de llevarse a cabo por las autoridades nacionales y a comparecer en ocasión de su diligenciamiento. Tal lo resultante del Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/02 y del Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 08/02, aún no vigente, art. 11 de ambos textos³².

Las actuaciones procesales cumplidas en un Estado por autoridades o comisionados extranjeros con frecuencia no llegan a conocimiento de los órganos competentes del país en que se practican y en cambio, en tanto válidas para la legislación del Estado en el cual se tramita el proceso en el que han sido dispuestas, tienen eficacia en el mismo³³.

Respecto al valor que poseen dichas actuaciones en el país en el que se ejecutan, en Uruguay se planteó la situación en relación al reconocimiento de una

³¹ Así lo resultante de las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994; y de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, etc.

³² Actuación también autorizada, dentro de los parámetros señalados, en materia de cooperación penal internacional por diversos acuerdos vigentes para Uruguay, tal, Protocolo del Mercosur de Asistencia Jurídica Mutua, Decisión CMC 02/96, aprobado por Uruguay por Ley 17.145 del 9.8.1999; ver al respecto E. Tellechea, (nota 14), págs. 22 y 23.

³³ Cabe recordar que en estas actuaciones el magistrado extranjero, o su comisionado, están imposibilitados de recurrir a medios coercitivos y consecuentemente, únicamente podrán interrogar un testigo o inspeccionar un lugar, si se accede voluntariamente. La posibilidad que el Estado receptor apoye las acciones de la autoridad extranjera habrá de requerir, necesariamente, que las autoridades locales sean debidamente informadas y que su Derecho autorice tales actuaciones.

sentencia dictada en un proceso en el que la demanda extranjera fue notificada de manera directa, y la jurisprudencia nacional se pronunció señalando que el principio de la oficialidad de las actuaciones procesales es de esencia en el ordenamiento uruguayo y que por tanto una notificación realizada en omisión de dichas exigencias compromete el derecho de defensa en juicio y consiguientemente, el orden público internacional³⁴.

II.5.1. Actuaciones llevadas a cabo directamente por agentes diplomáticos o consulares en el país en que están acreditados

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24.4.1963, regulación básica en materia consular, en el art. 5, “Funciones consulares”, literal j, autoriza a los cónsules a “comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias, de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor”.

El Código General del Proceso uruguayo, Libro Segundo, Título X, art. 526 numeral 2, dispone a su vez: “Por intermedio de tratado o convención, podrá establecerse la facultad de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos para llevar a cabo las diligencias a que se refiere el ordinal anterior”, actos de mero trámite y recepción de pruebas. Distintos textos en materia de cooperación procesal internacional de trámite y probatoria, admiten tales actuaciones. La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 13, autoriza a funcionarios diplomáticos y agentes consulares a dar cumplimiento a las diligencias previstas en el art. 2 -actuaciones de mero trámite y recepción y obtención de pruebas en el extranjero- en el Estado de acreditación siempre que ello no se oponga a las leyes del mismo, no pudiendo emplear a tales efectos medios que impliquen coerción. La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, en el art. 14, parte final, “Tampoco restringe la aplicación de las disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas que estuvieren vigentes en otras convenciones, o las prácticas admitidas en la materia”. El Convenio uruguayo-español de Cooperación Jurídica, vigente desde 1998, art. 21.2, reconoce asimismo el derecho de los funcionarios consulares de carrera acreditados en ambos países en relación a sus nacionales, a notificar actos judiciales y ejecutar comisiones rogatorias de naturaleza probatoria. Respecto a los nacionales de la otra Parte o de

³⁴ Jurisprudencia citada por E. Vécovi, “*Derecho Procesal Civil Internacional*”, Ediciones Idea, Montevideo, 2000, pág. 93. El colega introduce no obstante un matiz interesante en relación al tema, planteando la posibilidad de la validez de dichas actuaciones, a condición que no vulneren los principios procesales de “finalismo”, es decir, que el acto procesal aunque irregular logre la finalidad para la cual está destinado, Código General del Proceso de Uruguay, art. 110 párrafo tercero, y de “trascendencia”, Código General del Proceso, arts. 111 parte final y 114 párrafo segundo, referido a que sin perjuicio no existe nulidad, *ob. cit.*, págs. 93 y 94.

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

un tercer Estado, sólo podrán actuar en caso que los interesados den su consentimiento y siempre que ello no se oponga a las leyes del Estado donde el Cónsul esté acreditado. La Convención uruguayo-francesa de Cooperación Judicial, vigente desde 1999, prevé igualmente la actuación directa de los agentes diplomáticos y consulares de una Parte acreditados ante la otra en materia de notificaciones, art. 9 y, diligenciamiento de pruebas, art. 17.

El Protocolo de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Capítulo V, “Recepción de pruebas por agentes diplomáticos o consulares”, arts. 9 a 13 inclusive, trata detenidamente la materia y en coincidencia con los textos interamericanos que le precedieran, autoriza a los agentes diplomáticos o consulares de un Estado Parte a recibir pruebas u obtener informaciones en el país donde ejerzan sus funciones, sin que para ello puedan emplear medios de apremio; en tal sentido el art. 11 autoriza a dichos agentes a solicitar por las vías adecuadas al órgano jurisdiccional competente del Estado donde estén acreditados, la aplicación de las medidas de apremio apropiadas para asegurar el diligenciamiento en cuestión. El órgano jurisdiccional requerido aplicará dichas medidas cuando estime que se han cumplido los requisitos exigidos por su propia legislación para que las mismas puedan disponerse en procesos locales. En la recepción de pruebas, art. 12, primer párrafo, los agentes consulares podrán observar procedimientos vigentes en el Estado requirente, siempre que ello no contradiga lo dispuesto por el art. 2, inciso 1 de la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero³⁵, otorgándose el derecho a las personas de quienes se reciban pruebas o información, a estar asistidas por abogados y de ser necesario, por intérpretes y otros auxiliares de su confianza, art. 12, párrafo segundo. A los Estados Parte se les reconoce la facultad, en caso de declaración de personas que no sean de la nacionalidad del país acreditante³⁶, de limitar a determinadas materias las atribuciones de los agentes diplomáticos o consulares y establecer las condiciones que estimen convenientes para la recepción de pruebas, entre otras, relativas al tiempo y lugar en que ellas deban practicarse, arts. 9, párrafo segundo, y 10. El Protocolo, art. 13, prevé finalmente que la frustración en la recepción de pruebas a través de la modalidad de actuación consular o diplomática directa no impide la posibilidad de recurrir a los modos de la cooperación jurisdiccional internacional clásica.

II.I. Cooperación de mero trámite y probatoria

Constituye el primer nivel o grado de la asistencia judicial internacional, abarcando tal como ya se ha señalado, dos escalones. El primero, referido al auxilio de mero trámite, es comprensivo de actuaciones como citaciones, intimaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en un Estado a

³⁵ Art. 2 inciso 1, “La diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requirente que expresamente la prohíban”.

³⁶ Se trata de un caso excepcional en el DIPr. interamericano, en que se toma en consideración la nacionalidad de la persona.

E. TELLECHEA BERGMAN

ruego de tribunales de otro, auxilio que normalmente no afecta o afecta en grado mínimo al país que lo brinda, así como a los derechos de las personas, suponiendo su diligenciamiento un bajo índice de coerción y realizándose habitualmente de modo casi instantáneo.

El segundo escalón está constituido por la cooperación probatoria, que implica una mayor complejidad y en el que la prestación de la asistencia puede suponer una extensión cronológica mayor y llegar a grados de coerción de cierta importancia.

Ambos escalones del auxilio de primer grado representan el tipo de cooperación judicial internacional más frecuente.

Diversos textos convencionales regulan este tipo de auxilio a nivel interamericano y regional^{37 38}.

II.I.1. Transmisión de las solicitudes de cooperación de mero trámite y probatoria

Las vías para la transmisión de los requerimientos de auxilio de este nivel son aquellas analizadas oportunamente en el Capítulo II.4.A. “Vías para la transmisión de los exhortos”: modos diplomático o consular, judicial, particular y entre Autoridades Centrales, modalidad ésta última que en la región trasmite hoy más del 80% de las rogatorias internacionales.

No obstante no prever la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 11, la vía particular, en tanto exhortante y exhortado estén vinculados por algún convenio que admita tal posibilidad para este nivel de asistencia -tal, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias,

³⁷ Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y Protocolos Adicionales de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

³⁸ Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, especialmente, Capítulo IV, “Cooperación en actividades de mero trámite y probatorias”. Además del Protocolo señalado, cabe recordar que en el Mercosur se han aprobado sobre la materia la Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 07/02; y el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, regulaciones aún no vigentes.

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

arts. 2.b y 4, examinados en conjunto- será posible recurrir a la misma, así como en los casos en que las prácticas entre los Estados la admitieran³⁹.

El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional si bien reguló únicamente en la materia la vía Autoridad Central, arts. 2 y 5, no excluyó empero el empleo de los demás modos contemplados por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, arts. 4 y 7. El posterior Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares ha consagrado a nivel mercosureño la pluralidad de las vías de transmisión, admitiendo inclusive la comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas, art. 19 párrafo 4, respecto a un nivel asistencial más complejo, por lo cual no existe razón para excluirla respecto a un grado de cooperación de rango menor. La Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 07/02 y el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, amplían expresamente los modos de transmisión, recibiendo además de la Autoridad Central, el diplomático o consular y el particular, arts. 10 de ambos textos. Se omitió en cambio la vía judicial, tanto en su modalidad clásica -pues tradicionalmente en la región no es empleada- como en su moderna y útil forma de comunicación directa entre magistrados fronterizos contiguos, no obstante su agilidad e inmediatez, en razón de la posición de Brasil, país que como se viera, su Constitución exige que los exhortos recibidos del extranjero deban ser objeto de contralor por instancias jurisdiccionales superiores como condición previa a su diligenciamiento.

En tanto Uruguay y Argentina son Parte de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias cuyo art. 7 admite la comunicación directa entre jueces de frontera, la misma ya ha comenzado a tener aplicación entre magistrados de zonas contiguas del litoral del Río Uruguay.

II.I.2. Cooperación de mero trámite y probatoria diligenciada directamente por agentes diplomáticos o consulares acreditados en el país donde tales actuaciones deben llevarse a cabo

En relación al tema nos remitimos a lo expresado en el Título II.5, “Actividad procesal llevada a cabo en el extranjero sin participación de las autoridades locales” y muy especialmente en el numeral II.5.1, “Actuaciones llevadas a cabo por agentes diplomáticos o consulares en el país que están acreditados”.

II.I.3. Requisitos a los que deben ajustarse las solicitudes de cooperación

Las solicitudes de asistencia internacional deben ajustarse a condiciones formales, procesales y sustantivas.

³⁹ Conforme, Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 14 párrafo primero.

A. Requisitos formales

El exhorto en tanto documento debe cumplir con exigencias cuya finalidad es asegurar su autenticidad, comprensión y adecuado cumplimiento.

a) Requisitos destinados a asegurar la autenticidad

a.1) Legalización

Se entiende por tal, el procedimiento a través del cual se acredita de modo fehaciente que un documento público extranjero ha sido extendido por funcionario competente de conformidad con los requisitos exigidos por la ley de procedencia del instrumento, actuando dicho funcionario dentro del límite de sus atribuciones^{40 41}.

Los textos convencionales y regionales en vigor exigen la legalización en los exhortos transmitidos vía particular o judicial⁴², en tanto que de emplearse las modalidades Autoridad Central, diplomática o consular, la condición no es requerida cuanto que la índole oficial de tales vías hace presumir la autenticidad de la solicitud, así lo dispuesto, vr. gr., por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 6 y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 13. El Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional tampoco exige la legalización, ya que únicamente previó la vía Autoridad Central. La Enmienda al Protocolo de Las Leñas, Decisión CMC 07/92, art. 10, dado que acoge además de la Autoridad Central las vías diplomática o consular y particular, requiere legalización con relación a ésta última, salvo que entre el Estado requirente y el requerido se hubiere suprimido el requisito o se le hubiere sustituido por otra formalidad. En igual sentido el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional ente los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/92, art. 10.

Distintos acuerdos concluidos por Uruguay desde principios del siglo veinte excluyeron la legalización respecto a la vía diplomática o consular a partir de Notas reversales uruguayo-españolas relativas a la Supresión de la Legalización, aprobadas por Uruguay por Ley 2706 del 10.7.1901. El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940 excluyó asimismo la exigencia con

⁴⁰ E. Tellechea Bergman, “Legalización de Documento Extranjero” en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n° 6, Montevideo, junio de 1991, págs. 33 a 41.

⁴¹ Q. Alfonsín señala de manera coincidente que la legalización “produce la autenticidad de los documentos públicos extranjeros”, “Legalización indirecta” en *Revista La Justicia Uruguaya*, T. XXV, pág. 79.

⁴² En materia de cooperación de mero trámite y probatoria, entre otras, Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5.a; y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 10.1.

relación a las solicitudes de cooperación cursadas vía diplomática o consular, art. 11, párrafo segundo.

La comunicación directa entre jueces fronterizos contiguos igualmente se encuentra exenta de legalización, pues la proximidad de los magistrados permite asegurar en forma inmediata la autenticidad de los pedidos, solución acogida por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 7 y sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15⁴³.

En el Derecho uruguayo de fuente nacional, el Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”, art. 5, excluye de la exigencia de legalización las rogatorias transmitidas vías diplomática o consular y por Autoridades Centrales; en igual sentido el Código General del Proceso, art. 527.2.

a.2) Otros requisitos que también persiguen asegurar la autenticidad de la solicitud

Diferentes textos internacionales contienen exigencias cuya finalidad es asimismo asegurar la autenticidad de la rogatoria, tales, la condición de que el exhorto identifique al órgano jurisdiccional requirente a través de su denominación y dirección, Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, art. 6.a⁴⁴ y que el expediente en el cual se libra el exhorto sea adecuadamente individualizado con especificación del objeto y naturaleza del juicio, Protocolo, art. 6.b.

b) Traducción

La condición busca asegurar en el magistrado exhortado y en la persona destinataria de la cooperación la cabal comprensión de la medida rogada, siendo requerida por distintas regulaciones vigentes en la materia tanto de fuente convencional como nacional⁴⁵.

⁴³ A nivel del Mercosur recibe igual solución el Protocolo de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 19, párrafo cuarto.

⁴⁴ La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias requiere igualmente al respecto: “Información escrita acerca de cual es el órgano jurisdiccional requirente...”, art. 8.b, primera parte.

⁴⁵ En el grado de la cooperación en examen, Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5.b y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 10.2; Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 05/92 y Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, Capítulos IV, “Cooperación en Actividades de Mero Trámite y Probatorias”, arts. 10 de ambos textos. Entre los convenios bilaterales, Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 7; etc. En la normativa de fuente nacional, a nivel de Uruguay, exigen traducción tanto

Algunos acuerdos han buscado simplificar la traducción y aminorar sus costos a través del empleo de formularios impresos en los idiomas de los Estados Parte, tales, los Protocolos Adicionales de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; y los Acuerdos del Mercosur Complementarios a los Protocolos de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y de Medidas Cautelares, respectivamente, Decisiones CMC 05/97 y 09/97.

c) Requisitos destinados a facilitar el cumplimiento del exhorto

Se trata de condiciones que persiguen la efectiva prestación de la asistencia solicitada a través de la identificación del objeto que la misma persigue, y en su caso, de las personas a las cuales va dirigida. Así lo dispuesto por el Protocolo de Las Leñas y el Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile⁴⁶, arts. 6.e. de los mismos.

Cuando los datos referidos al domicilio del destinatario de la rogatoria o de la persona llamada a declarar fueren incompletos o inexactos, la doctrina y los textos regionales actuales -Protocolo del Mercosur y Acuerdo en la materia entre los Estados Parte del Mercosur y Asociados, arts. 16 de ambos- coinciden en que el tribunal requerido deberá agotar los medios para satisfacer el auxilio, pudiendo solicitar al exhortante información complementaria sobre la identidad y localización de las personas.

Se prevé igualmente que los exhortos deban contener cualquier otra información que pueda facilitar su cumplimiento, exigencia abierta que responde a la finalidad de que el pedido sea acompañado de todos aquellos datos útiles para su más eficaz diligenciamiento⁴⁷.

el Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, arts. 6 y 7, cuanto el Código General del Proceso, Libro II, Título X, Capítulo II, art. 527.4.

⁴⁶ Convenios bilaterales que entraron en vigor en los últimos veinticinco años también exigen a texto expreso la condición, *vr. gr.*, Convenios uruguayo-argentino sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, art. 3.e; y uruguayo-chileno de igual denominación, mismo artículo; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 4.e; etc.

⁴⁷ Protocolo de Las Leñas y Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y Asociados, arts. 6.h de ambos.

B. Requisitos procesales

a) Identificación del órgano jurisdiccional requirente

Hace referencia a la necesaria calidad jurisdiccional del órgano exhortante, pertenezca o no al Poder Judicial⁴⁸.

b) Nombre y domicilio del apoderado del solicitante en el Estado requerido

Se trata de una condición esencial en casos de asistencia internacional en que las normas aplicables no consagren un impulso “ex officio” para la tramitación de las rogatorias. En tanto los más recientes textos convencionales prevén la tramitación de oficio, la designación de apoderado es opcional⁴⁹.

c) Información del plazo que dispone el destinatario de la medida para cumplirla

Tiene por finalidad la mejor protección del afectado por el exhorto, asegurándole mínimas garantías que hacen al debido proceso, por lo que corresponde concluir que se trata de una condición esencial que toda rogatoria en la materia debe cumplir. A texto expreso es requerida por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 8.b; el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y el Acuerdo en la materia entre el Mercosur, Bolivia y Chile, art. 6, literal f de ambos; y por distintos convenios bilaterales referidos al tema, tales los uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 3.f y el uruguayo-brasileño de Cooperación Jurídica, art. 4.f.

d) Descripción de formas o procedimientos especiales con los que ha de cumplirse la cooperación rogada

Frente a las soluciones americanas tradicionales que sometían los procedimientos a seguir en el diligenciamiento de los exhortos a la ley del Estado requerido, los actuales desarrollos continentales y regionales acogen la solución -ya prevista en el ámbito de la Conferencia de La Haya desde principios del siglo XX- consistente en que sin perjuicio de mantenerse como principio la aplicación de la “lex fori”, a solicitud del tribunal rogante se observen procedimientos especiales, siempre que no resulten incompatibles con el orden público internacional del Estado requerido⁵⁰. En caso de solicitarse la aplicación de

⁴⁸ El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Derecho uruguayo es un órgano jurisdiccional que no integra el Poder Judicial.

⁴⁹ Ver al respecto, Capítulo II.I.4.A.a) “Impulso procesal”.

⁵⁰ Así lo dispuesto por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 10 párrafo segundo y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 6; Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, art. 12, parte final, e igual artículo del Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile. Los Convenios bilaterales concluidos

formas o procedimientos especiales, se exige que la rogatoria contenga una adecuada descripción de los mismos.

C. Requisito sustancial, no afectación del orden público internacional del Estado exhortado

La cooperación de mero trámite y probatoria puede afectar el orden público internacional del Estado rogado tanto en hipótesis en que el exhorto por la propia índole del pedido lesione valores esenciales e inderogables del ordenamiento jurídico requerido, cuanto en situaciones en las que los procedimientos especiales solicitados por el rogante resulten incompatibles con los principios procesales básicos del exhortado.

Los textos reguladores de la asistencia jurisdiccional internacional si bien expresamente consagran la excepción⁵¹ no proporcionan empero un concepto de la misma, resultando en consecuencia básica la definición consagrada por el art. 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1979, ratificada, entre otros, por todos los Estados del Mercosur y en relación a la cual Uruguay al momento de suscribirla efectuara una Declaración limitativa del alcance que otorga al orden público internacional⁵². En el mismo sentido limitativo, definiciones sobre el instituto recibidas por la normativa nacional uruguaya, Código Civil, art. 2404 -en la redacción dada por la Ley 16.603 del 19.10.1994- y Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X, Capítulo I, art. 525.5.

por Uruguay con Argentina, Chile -arts. 5 de ambos textos- y Brasil, art. 9, participan de igual solución.

El Código General del Proceso de Uruguay, art. 527.3, párrafo segundo, también dispone que los tribunales puedan observar en el diligenciamiento de las rogatorias formalidades o procedimientos especiales solicitados por el tribunal requirente a condición que no fueren contrarios a la legislación nacional, por lo cual corresponde concluir que aún en casos de inexistencia de texto convencional que prevea tal posibilidad, será posible aplicar dichos procedimientos en tanto el tribunal extranjero lo solicite y ello no afecte principios esenciales del Derecho uruguayo.

⁵¹ Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 17 y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 16; Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur; y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 8 y 12 “in fine” de los mismos; y a nivel bilateral, Convenios uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 7 de ambos; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 6; etc.

⁵² La “Declaración uruguaya”, expresa en su parte medular: “Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”.

Otras hipótesis en las que puede resultar posible invocar la afectación del orden público internacional refieren a especies en las que en un proceso tramitado en el extranjero estuvieren gravemente comprometidas elementales garantías procesales, tales, que el órgano rogante careciere de la independencia necesaria como para ser considerado un verdadero tribunal -ver al respecto el Capítulo II “Cooperación jurisdiccional internacional”, 1 “Concepto”- así como en aquellas en las que el auxilio hubiere sido requerido por magistrado extranjero cuya competencia en el caso concreto lesione claramente una jurisdicción exclusiva del Estado exhortado. Al respecto coincidimos con Operti⁵³, que en materia de cooperación el juez rogado sólo deberá dar cabida a la excepción de incompetencia cuando se trate manifiestamente de un asunto de su jurisdicción exclusiva, pues de no hacerlo estaría renunciando al deber de defensa de su propia jurisdicción. Similar criterio ha sido sostenido en la doctrina argentina, entre otros, por Werner Goldschmidt, quien señalara que la oposición al exhorto por la causa indicada, falta de competencia internacional de la sede exhortante, sólo se justifica si la jurisdicción internacional propia reclamada es exclusiva⁵⁴. En igual sentido, en el Derecho español, la Ley Orgánica de la Judicatura de 2.7.1985 previó entre las causales de denegación de asistencia judicial internacional, art. 278, “cuando el proceso de que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española”.

D. Requisitos específicos a las solicitudes de cooperación probatoria

Se trata de condiciones que en materia probatoria se agregan a aquellas generales ya examinadas, entre las mismas destacan:

Resumen del juicio que facilite la diligencia probatoria. La finalidad de esta condición, considerada a veces un tanto engorrosa para el magistrado exhortante, es proporcionar al tribunal requerido una mínima e imprescindible información que facilite la adecuada prestación del auxilio⁵⁵. Diversos textos convencionales en vigor requieren expresamente tal información: Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 4.4; Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y Acuerdo espejo entre el Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 7, literal a de ambos; Convenios bilaterales sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos celebrados por Uruguay con

⁵³ D. Operti, “*Medidas cautelares con especial referencia al Derecho Procesal Internacional*”, numeral 18, “Nuestra posición actual” en *II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986.

⁵⁴ W. Goldschmidt, (nota 4), pág. 479.

⁵⁵ Posición coincidente con la sostenida por la iusprivatista internacional Prof. Tatiana B. de Maekelt al analizar la Convención de Panamá de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, T. de Maekelt, “*Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP I)*”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pág. 86.

Argentina y Chile, arts. 4, a; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 5.a; Convenio uruguayo-español de Cooperación Jurídica, art. 23.a; etc.

Nombre y domicilio de testigos y otras personas o instituciones que deban intervenir y otros datos indispensables para la recepción de la prueba. Se busca asegurar el aporte de información imprescindible para facilitar la ubicación de quienes deban participar en la tramitación de la prueba rogada, así como los informes necesarios a los fines de su diligenciamiento, tratándose de datos sin cuyo aporte el éxito de la cooperación se vería seriamente comprometido⁵⁶.

Texto de interrogatorios y otros documentos necesarios. Al igual que la precedente, la condición persigue el aporte de elementos básicos para el diligenciamiento de la prueba, los que aún cuando no fueren exigidos a texto expreso, una elemental lógica jurídica determinaría su necesaria inclusión en el exhorto⁵⁷.

II.I.4. Diligenciamiento

A. Procedimiento

Frente a los modelos americanos clásicos, Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, artículos 11 y 13 respectivamente y Código de Bustamante de La Habana de 1928, art. 391, que someten el procedimiento a seguir en el cumplimiento de los exhortos a la “lex fori” del país requerido, las regulaciones más recientes, sin perjuicio de mantener como principio dicho criterio, admiten que a solicitud del tribunal rogante se observen procedimientos especiales a condición que no resulten inconciliables con el orden público internacional del Estado exhortado. Solución que atiende adecuadamente la verdadera índole de la actividad cooperacional, destinada a tener trascendencia en el Estado rogante y a cuyos efectos puede resultar necesario observar en su tramitación formas procesales propias del Derecho requirente, es acogida por el

⁵⁶ Así lo previsto por la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 4.3; Protocolo del Mercosur y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, arts. 7.b; Convenios bilaterales uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, art. 4. b; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 5.b; Convenio uruguayo-español de Cooperación Jurídica, art. 23.b; etc.

⁵⁷ Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 4.2, parte final; Protocolo del Mercosur y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, arts. 7.c de ambos; Convenios bilaterales uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 4.c; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 5.c; Convenio uruguayo-español sobre Cooperación Jurídica, art. 23.c; etc.

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

actual Derecho de cooperación internacional, así lo dispuesto por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, arts. 10 y 6 respectivamente; el Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y el Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 12 de los mismos.

a) Impulso procesal

Los textos actuales consagran el impulso “ex officio” como principio básico en el diligenciamiento de solicitudes de cooperación de mero trámite y probatoria, sin perjuicio de lo cual la intervención de parte siempre resulta posible, ya a través de la actuación directa de la misma, ya a través de apoderado. En conformidad, el Protocolo entre los Estados Parte del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 8 y 17 de ambos textos; y antes, lo dispuesto por los Convenios bilaterales concluidos por Uruguay con Argentina y Chile sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 8, Convenio uruguayo-brasileño sobre Cooperación Judicial, art. 14.

b) Costos, principio de gratuidad

La postura tradicional respecto a los gastos originados por el diligenciamiento de exhortos provenientes del extranjero, salvo en materia penal, ha sido, en principio, poner los costos a cargo de la parte interesada, solución recibida incluso por las primeras Convenciones Interamericanas⁵⁸.

El principio de la gratuidad en la asistencia internacional tiene en el Derecho regional un lejano y valioso antecedente en el art. 3 del Convenio uruguayo-argentino signado en 1903, Ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889, que lo recibiera en relación a las rogatorias libradas de oficio.

El Derecho interamericano acoge la gratuidad del auxilio internacional en los Protocolos de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5, y de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 6. En el espacio Mercosur la gratuidad es consagrada por el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y por el similar Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, excepto que se soliciten medidas probatorias que ocasionen erogaciones especiales o se designen profesionales para su diligenciamiento, casos en los cuales se deberá consignar en

⁵⁸ Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 12 y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 7.

el exhorto la persona que en el Estado rogado se hará cargo de los gastos y honorarios devengados, art. 15⁵⁹.

c) Empleo de medios coercitivos

La asistencia jurisdiccional regional autoriza al tribunal rogado a emplear medios coercitivos previstos por su legislación, a efectos de asegurar el cumplimiento de similares actuaciones locales⁶⁰.

d) Presencia de las partes y de la autoridad requirente en el diligenciamiento del exhorto

En solución que estimamos adecuada a un régimen de cooperación referido a un marco de integración, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur, así como el Acuerdo entre los Estados del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 11 de los mismos, autorizan al juez rogante a solicitar al exhortado, vía Autoridad Central, información acerca del lugar y fecha en que será diligenciada la asistencia requerida. Ello con la finalidad que la parte interesada, por sí o a través de su representante, y la propia autoridad exhortante, puedan comparecer y en su caso ejercer las facultades permitidas por la legislación de la Parte rogada, a la que en definitiva habrá de corresponder determinar el alcance de dicha presencia. Fueron antecedentes de la solución, los Convenios bilaterales de Cooperación Judicial concluidos en 1991 por Uruguay y Argentina con Brasil, arts. 8 y 11 respectivamente.

e) Deber de informar sobre los motivos del incumplimiento del exhorto

En tanto que la prestación de la asistencia no es una decisión discrecional del tribunal requerido sino que éste en principio está obligado a prestar el auxilio, distintos textos a partir del Protocolo de 1984 a la Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 3, párrafo segundo, imponen al exhortado el deber de comunicar de inmediato y fundadamente al exhortante, vía Autoridades Centrales, dicho incumplimiento. Tal lo dispuesto por el Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y el

⁵⁹ Diversos Convenios bilaterales reciben la solución bajo similares parámetros, Convenios uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 10 de ambos; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 12; etc.

⁶⁰ Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 3, párrafo tercero; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 10; Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur; y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts.13.

Acuerdo en la materia entre los Estados del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, art. 14, párrafo segundo, de ambos.

B. Autonomía del acto cooperacional

En la medida que la cooperación jurisdiccional internacional abarca grados de diferente afectación a las personas y a los Estados que la brindan, así como de distinta complejidad y coercibilidad, se ha afianzado la noción de la “autonomía del acto cooperativo”, principio por el cual la prestación de un cierto nivel de asistencia jurisdiccional no compromete el otorgamiento de otros grados más intensos. La prestación de auxilio de mero trámite o probatorio no obliga a brindar una eventual asistencia cautelar requerida en la misma causa y el otorgamiento de esta cooperación no conlleva necesariamente al reconocimiento de la sentencia dictada en el proceso a cuyo servicio se hubiere requerido el embargo. Al respecto los arts. 9 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y 8 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, disponen que el cumplimiento de exhortos en la materia “no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que se dictare”. En igual sentido el art. 8 “in fine” del Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, prevé que el cumplimiento del exhorto “no implicará el reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana”, la que por consiguiente podrá ser evaluada en instancias de asistencia judicial internacional más complejas. A nivel de cooperación de trámite y probatoria, como ya señaláramos, entendemos que únicamente resulta pertinente examinar la jurisdicción del rogante en casos de clara y manifiesta afectación de la jurisdicción internacional exclusiva del exhortado. La jurisdicción del Estado requirente para conocer del caso podrá ser analizada, por consiguiente, sin la limitante de haberse concedido niveles de asistencia primaria, en ocasión de grados cooperacionales más intensos.

El Código General del Proceso de Uruguay, en el Libro Segundo, Título X, Normas Procesales Internacionales, Capítulo II, “De la cooperación judicial internacional”, art. 528, “Efectos del cumplimiento”, dispone en igual sentido: “El cumplimiento en la República del exhorto o carta rogatoria proveniente de tribunales extranjeros, no implicará el reconocimiento de competencia internacional de éstos ni la eficacia de la sentencia que dictaren, la que se regirá por las normas del Capítulo IV de este Título”.

II.II. Cooperación cautelar

II.II.1. Aspectos generales

Las medidas cautelares, providencias cuya finalidad es prevenir el daño derivado del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva asegurando la eficacia de la misma, 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 juicio⁶¹, pudiéndose ordenar, como recuerda Davis Echandía, “previamente a un proceso o durante éste, para evitar que el demandado haga ineficaz sus efectos prácticos o los burle mediante maniobras más o menos ilícitas”⁶².

En el ámbito del auxilio jurisdiccional internacional la cooperación cautelar constituye un nivel de asistencia de singular complejidad y creciente planteo, destinado a evitar que la sentencia extranjera llegue demasiado tarde, cuando ya no existan posibilidades de hacerla efectiva.

Con criterio anticipatorio de los actuales desarrollos internacionales, Couture reflexionaba hace ya casi setenta años: “¿En que sentido influye sobre este fenómeno -las medidas cautelares- la circunstancia de que los bienes que son objeto de garantías se hallen en el extranjero? Ni lógica ni moralmente puede influir en ninguno. Más aún, se puede decir que una vez que el Derecho Internacional ha llegado al punto de fijar criterios de competencia entre los Estados, la extensión de la potestad coercitiva hacia bienes radicados en otro territorio resulta absolutamente indispensable”⁶³.

Una medida cautelar adquiere calidad de internacional cuando adoptada por los tribunales de un Estado, está destinada a cumplirse en otro. Actuales desarrollos también prevén la posibilidad de medidas cautelares de urgencia destinadas a asegurar el resultado de un juicio incoado o a incoarse en otro país, ordenadas por los magistrados del Estado de situación de los bienes o de la persona a cautelar en tanto jurisdicción más aproximada, *vr. gr.*, lo previsto por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 10, y el Código General del Proceso de Uruguay, art. 535, “Facultad Cautelar”⁶⁴. El tribunal que conoce en el cumplimiento de una

⁶¹ En conformidad, V. Fairen Guillén, “*Teoría del Ordenamiento Procesal*”, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, Tomo 2, pag. 899. En igual sentido, H. Alsina, “*Tratado Teórico - Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, Buenos Aires, Ediar Editores, 1962, pág. 447, señala: “el Estado al asumir la función de administrar justicia prohibiendo a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso y debe por tanto proveer las medidas necesarias para prevenirlas..., tales son las llamadas medidas preventivas”.

⁶² H. Davis Echandía, “*Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*”, Madrid, Aguilar, 1966, págs. 143, 144.

⁶³ E. Couture, “*Los Embargos y el Tratado de Montevideo*” -de Derecho Procesal de 1889- Nota de jurisprudencia en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo XXXVII, Montevideo, 1939, pág. 247.

⁶⁴ Textos convencionales referidos a temas específicos de Derecho Internacional Privado también contienen regulaciones atinentes a cooperación cautelar de urgencia, tales: Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, art. 15; Convención Interamericana de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 16; Tratado de Montevideo de 1940 de Navegación

sentencia extranjera puede ordenar asimismo medidas que en definitiva también poseen índole cautelar internacional, cuanto que su finalidad es asegurar la eficacia de un fallo dictado fuera de fronteras, Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 7; Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 11, “Cooperación Cautelar en la Ejecución de Sentencia”; Código General del Proceso de Uruguay, art. 533, “Medidas previas a la ejecución”.

II.II.2. La cooperación cautelar internacional en el Derecho convencional regional

Desde fines del siglo XIX se atendió el auxilio cautelar por el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889, art. 10 y más tarde, por el Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Procesal Internacional, arts. 12, 13, y 14 y Título IV; “Del concurso civil de acreedores”, en especial, arts. 18 y 19. Más recientemente regulan la materia la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares entre los Estados Parte del Mercosur⁶⁵.

II.II.2.1. Soluciones tradicionales, los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional

A. Tratado de Derecho Procesal de 1889

El Tratado fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, y Uruguay; Colombia adhirió. En razón de la vinculación de todos los Estados Parte, excepto Bolivia, a textos convencionales posteriores que regulan el tema⁶⁶, sólo se mantiene vigente en la materia respecto al país señalado.

Comercial Internacional, Título II, “De los abordajes”, arts. 10 y 11, en relación al derecho del acreedor a embargar a causa de abordaje y situaciones asimiladas; Acuerdos entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre Jurisdicción en Materia de Transporte Internacional de Carga, Decisiones CMC 11/02 y 12/02, arts. 6 de ambos, “Jurisdicción más próxima para medidas conservatorias o de urgencia”.

⁶⁵ Regulaciones sobre distintos temas de Derecho Internacional Privado prevén asimismo auxilio cautelar internacional en relación a dichas materias; así, aquellas mencionadas en la nota anterior y los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889, Título X, “De las Falencias”, en especial, arts. 37 y 38, y de 1940, Título VIII, “De las quiebras”, en especial, arts. 43 y 44; Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del MERCOSUR y entre éstos y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisiones CMC 03/98 y 04/98, art. 19 numeral 4 de ambos, etc.

⁶⁶ Argentina, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay, entre otros Estados, son Parte de la Convención Interamericana de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y

La jurisprudencia de los Estados con mayor experiencia en la aplicación del Tratado, Argentina y Uruguay, históricamente mostró oscilaciones en aceptar la prestación de cooperación cautelar, aún cuando en Uruguay, la tesis mayoritaria de los tribunales finalmente decantó en favor del otorgamiento de la asistencia⁶⁷. Posición favorable a la prestación de este grado de cooperación también asumida por la jurisprudencia peruana en un caso de solicitud de embargo requerida por tribunales argentinos en época de vigencia entre ambos países del texto de 1889, resolución judicial del 19.9.1964⁶⁸.

Coincidimos con quienes han sostenido que el Tratado de 1889 acogió la cooperación cautelar, cuanto su art. 10 dice expresamente: “Cuando los exhortos o cartas rogatorias se refieran a *embargos*, tasaciones, inventarios o *diligencias preventivas*, el juez exhortado proveya lo que fuere necesario...” y en el mismo sentido cabe recordar que en el Congreso Sudamericano de Montevideo de Derecho internacional de 1888-1889, el miembro informante, Dr. Gálvez, Delegado de Perú, señaló respecto al contenido del art. 10: “En efecto, en este artículo se estatuye que cuando los exhortos o cartas rogatorias contengan comisiones de trascendencia, *como son las de practicar embargos ...*”⁶⁹; y por otra parte, el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889, aprobado en el mismo Congreso de Derecho Internacional, contempló asimismo la asistencia cautelar en el Título X, “De las falencias”, arts. 37 y 38.

B. Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940

El Tratado, ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay, legisla detalladamente la asistencia cautelar internacional a través de los artículos 12, 13 y 14, sujetando la procedencia de la medida a las leyes y jueces del proceso en relación al cual se dictó la cautela, en tanto que la traba del embargo, la forma del

con anterioridad, Argentina, Paraguay y Uruguay se habían vinculado por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940. Actualmente el auxilio cautelar internacional entre Uruguay, Argentina, Paraguay y Brasil, se brinda en la práctica judicial de la región en base a las disposiciones del Protocolo del MERCOSUR de Medidas Cautelares, excepto en materia de cooperación cautelar de urgencia, no contemplada por el texto mercosureño a causa de dificultades alegadas por Brasil para aceptar tal tipo de asistencia, razón por la cual y en base a lo dispuesto por el art. 26 del Protocolo, que aclara que el mismo no restringe la aplicación de disposiciones más favorables a la cooperación contenidas en otras convenciones en vigor entre las Partes, en situaciones que involucren entre sí a Argentina, Paraguay y Uruguay, las medidas de urgencia pueden ser dispuestas con fundamento en lo previsto por el art. 10 de la Convención Interamericana sobre el tema, vigente entre estos tres Estados.

⁶⁷ Por una reseña de la jurisprudencia uruguaya con referencia al Tratado de 1889, E. Couture, (nota 63), págs. 241 y sgtes. También puede verse D. Operti, (nota 16), págs. 339 y sgtes.

⁶⁸ Citada por W. Goldschmidt, (nota 4), págs. 267 y sgtes.

⁶⁹ Actas de los Tratados de Montevideo de 1889, pág. 337.

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

mismo y la embargabilidad de los bienes se rige por las leyes y se ordena por los jueces del lugar de su situación, art. 13.

En cuanto a las tercerías, el art. 14 dispone que aquellas interpuestas ante el juez rogado deberán ser comunicadas al exhortante, sustanciándose por éste de acuerdo a sus leyes, excepto las de dominio u otros derechos reales sobre el bien embargado, que se resolverán por los jueces y las leyes del país de situación del bien.

Las disposiciones del Tratado de 1940 fueron antecedente directo de la Convención Interamericana de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y a través de la misma, del Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares.

El Tratado de Derecho Procesal de 1940 atiende también la cooperación cautelar internacional en el Título IV, “Del concurso civil de acreedores”, en particular, arts. 18 y 19, que disponen que declarado el concurso, el magistrado actuante tomará las medidas preventivas del caso respecto a bienes del concursado sitios en otros Estados y los jueces exhortados, cumplidas las medidas preventivas rogadas, harán conocer por edictos publicados durante treinta días la declaración del concurso, la designación del síndico y su domicilio, y el plazo para presentar los títulos creditorios y las medidas preventivas adoptadas.

II.II.2.2. La cooperación cautelar internacional en el actual marco normativo regional

Hoy legislan la materia, excepto con Bolivia, país con el que continúa rigiendo el Tratado de 1889, la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; y el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares entre los Estados Parte del Mercosur⁷⁰.

A. Ámbito de las regulaciones

a. Ámbito espacial

La Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, constituye un texto que entre las Convenciones Interamericanas representa un nivel medio en cuanto al número de Estados

⁷⁰ Textos reguladores de distintos temas de Derecho Internacional Privado prevén asimismo auxilio cautelar internacional en relación a dichas materias. Tales, aquellos mencionados en notas 64 y 65.

ratificantes, al momento sólo siete, situación que contrasta con el alto número de aprobaciones de otras Convenciones emanadas de las CIDIP⁷¹.

La situación expuesta y la necesidad de abarcar en el ámbito regional a Brasil en este nivel de cooperación internacional, básica para que las sentencias dictadas en un Estado puedan alcanzar efectiva vigencia en otro, así como la acertada previsión del art. 17 de la Convención, autorizando a los Estados Parte “que pertenezcan a sistemas de integración...” a “acordar directamente entre sí procedimientos y trámites más expeditivos que los previstos en esta Convención...”, determinó planteos coincidentes de las Delegaciones de Uruguay y Argentina en el seno de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur al finalizar las negociaciones del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional -que no había incluido la asistencia cautelar en razón de reticencias brasileras- para que Brasil analizara la posibilidad de vincularse a la Convención Interamericana o a un acuerdo subregional sobre la materia. La Delegación brasileña fue receptiva a los planteos y señaló que la cuestión sería sometida a consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Supremo Tribunal Federal.

Dos años más tarde, al culminar el semestre de trabajos de la Comisión Técnica bajo Presidencia pro-témpore de Argentina, junio de 1991, Brasil comunicó a los otros socios del Mercado que culminadas las consultas estaba en condiciones de estudiar la posibilidad de un convenio a nivel regional⁷² y presentó un proyecto, que con aportes básicamente de las Delegaciones de Argentina y Uruguay⁷³, finalmente se concretó en el Protocolo de Ouro Preto de Medidas

⁷¹ *Vr. gr.*, Arbitraje Comercial Internacional, 18 Estados Parte; Exhortos o Cartas Rogatorias, 17 Estados Parte; Recepción de Pruebas en el Extranjero, 15 Estados Parte; Régimen Legal de Poderes, 16 Estados Parte.

⁷² Lo cual supuso un importante cambio en la posición brasileña en la materia que hasta dicho momento era contraria a concretar convenios sobre este tipo de asistencia, tesis reacia a la cooperación cautelar que en la jurisprudencia de dicho país aún mantuvo cierto predicamento por algún tiempo más. Tal, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil de fecha 3 de abril de 1997 respecto a una carta rogatoria librada por el Juez Nacional de Primera Instancia en Materia Civil n° 38 de Buenos Aires en relación al cual dispusiera: “O Protocolo de Las Leñas, “Protocolo de Cooperaçao e Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os países do Mercosul” nao afetou a exigencia de que qualquer sentença estrangeira -a qual é de equiparar- se a decisao interlocutoria concersiva de medida cautelar -para tornar-se exequível no Brasil, ha de ser previamente submetida a homologacao do Supremo Tribunal Federal...”, Sepúlveda Pertence - Presidente y Relator. Posición que el Supremo Tribunal Federal ha sostenido aún luego de haber depositado Brasil el instrumento de ratificación del Protocolo de Ouro Preto el 18.3.97, así, Decisión de fecha 28.8.97 del Supremo Tribunal, respecto a carta rogatoria proveniente del Juzgado Letrado Nacional de Primera Instancia Civil Nro. 25 de Buenos Aires, solicitante de restitución y entrega del menor María Luis Pyrih.

⁷³ A los efectos del tratamiento del tema se integró a la Delegación de Uruguay el procesalista, Prof. Dr. Luis Angel Landoni.

DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO INTERNACIONAL

Cautelares, Decisión CMC 27/94, hoy vigente entre los Estados Parte del Mercosur⁷⁴.

En la actual jurisprudencia uruguaya, el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares y la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares, son los textos de más frecuente aplicación en este nivel de asistencia internacional.

b. Ámbito material

Tanto la Convención Interamericana cuanto el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, arts. 1 de ambos, abordan de manera coincidente la “ratio” de tales acuerdos, destinada a asegurar que la Justicia alcance el eficaz cumplimiento de sus cometidos⁷⁵, evitando la irreparabilidad del daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer⁷⁶.

Ambos textos, Protocolo, art. 2 y Convención Interamericana, art. 1, comprometen la prestación de la asistencia cautelar en un amplio espectro: civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil, aún cuando la Convención Interamericana autoriza a los Estados a restringir su alcance a “alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella”.

La cooperación cautelar podrá ser preparatoria, incidental a una acción principal o estar destinada a asegurar la ejecución de una sentencia ya dictada, Protocolo del Mercosur, art. 3. La Convención Interamericana, art. 1, refiere a medidas que tengan por finalidad “garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro”.

B. La cooperación debe ser requerida y diligenciada por tribunales y el exhortante debe poseer jurisdicción internacional para conocer en el litigio cuyo resultado la cautela pretende asegurar

La Convención Interamericana, arts. 2 y 3 y el Protocolo del Mercosur, arts. 4, 5 y 6, reciben el principio clásico del Derecho Internacional Privado interamericano que requiere en materia de auxilio jurisdiccional la actuación de

⁷⁴ El Protocolo del Mercosur es el texto hoy invocado en el ámbito subregional en materia de cooperación cautelar, excepto en relación a medidas cautelares de urgencia dictadas por la jurisdicción más próxima, ver al respecto, Capítulo II.II.2.2.L.

⁷⁵ Objetivo básico de las medidas cautelares, como indica A. M. Brember, “*La Cautela Procesal y sus Condiciones Específicas*” en *Anales de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata*, Tomo XXIV, año 1965, pág. 135.

⁷⁶ Finalidad coincidente con la señalada por V. Fairen Guillén (nota 61), págs. 909 y sigts., que habla de procesos cautelares para garantizar la seguridad de las personas; procesos cautelares para garantizar la seguridad de los bienes -embargos, secuestros, inventarios, tasaciones, etc.- y procesos cautelares para garantizar obligaciones de hacer o dar cosa específica.

E. TELLECHEA BERGMAN

tribunales, es decir, órganos que pertenecientes o no al Poder Judicial sean verdaderamente independientes y capaces de resolver con autoridad de cosa juzgada las controversias sometidas a su jurisdicción.

La calidad jurisdiccional del exhortante corresponde en principio sea calificada por el propio Derecho en el que la rogatoria tiene origen⁷⁷, solución no excluyente, empero, de que el Estado rogado en protección de principios básicos e irrenunciables de su ordenamiento jurídico, orden público internacional, deniegue la cooperación en casos de notoria carencia en el órgano requirente de cualidades que hagan a un auténtico tribunal de Justicia. El maestro Alfonsín, en coincidencia con lo expuesto, señalaba: “la judicatura exhortada no puede ni debe entrar a examinar la naturaleza ni las atribuciones de la autoridad exhortante... Ello sería meterse en casa ajena. Pero tampoco debe aceptar como judicial el exhorto emanado de cualquier autoridad extranjera”⁷⁸. Posición similar es sostenida por Operti⁷⁹.

Respecto a la exigencia de que el tribunal rogante posea jurisdicción internacional para conocer en el caso en relación al cual solicita la cautela, se trata de una condición requerida por los más importantes textos en vigor⁸⁰. El modo tan intenso como el auxilio cautelar internacional puede afectar los derechos de los justiciables y al propio Estado que lo brinda, justifican en este nivel de asistencia el examen de la jurisdicción -jurisdicción internacional indirecta- del exhortante. Creemos empero que el contralor de la jurisdicción del Estado requirente no debe sobrepasar los límites que nuestro Derecho exige respecto al grado más profundo de entreatyada jurisdiccional internacional, “latu sensu”, el reconocimiento de los fallos extranjeros. Tema en relación al cual el Código General del Proceso de Uruguay, Libro Segundo, Título X, Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, art. 539.4, requiere únicamente, “Que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo a su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”. Razón por la cual nuestra posición, expuesta hace ya años al examinar el nuevo Código General del Proceso⁸¹, es coincidente con la del colega, Prof. Operti, en el sentido de que “el juez exhortado sólo podrá dar cabida a la excepción de incompetencia cuando se trate, manifiestamente, de un asunto de su jurisdicción exclusiva, pues

⁷⁷ Posición similar es sostenida por la Prof. venezolana Dra. T. B. de Maekelt, (nota 55).

⁷⁸ Q. Alfonsín, (nota 24), pág. 172.

⁷⁹ D. Operti, (nota 16), pág. 43.

⁸⁰ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 2, párrafo primero; Protocolo de Medidas Cautelares, art. 4.

⁸¹ E. Tellechea, “Libro Segundo, Título X, del Código General del Proceso, una nueva regulación del Derecho Internacional Privado de la República” en *Revista uruguaya de Derecho Procesal*, 1998, n° 4, pags. 528 a 550.

de no hacerlo, estaría renunciando al deber de defensa de su propia jurisdicción⁸².

B.1. Cooperación cautelar internacional requerida por tribunales arbitrales

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del Mercosur y el Acuerdo espejo entre los Estados del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, respectivamente Decisiones CMC 03/98 y 04/98 del 23.7.1998⁸³, prevén la posibilidad que tribunales arbitrales puedan requerir cooperación cautelar internacional, arts. 19.4 de ambos textos. A tales efectos el tribunal arbitral remitirá la solicitud de asistencia al juez competente del Estado de su sede y dicho magistrado remitirá la solicitud a los jueces del Estado Parte requerido a través de las vías previstas por el Protocolo de Medidas Cautelares. Con el propósito de acelerar la cooperación internacional, el art. 19.4 admite que los Estados al momento de ratificar el Acuerdo o con posterioridad, declaren que el tribunal arbitral podrá solicitar directamente el auxilio a las autoridades judiciales del país de cumplimiento de la cautela a través de las respectivas Autoridades Centrales. Opción que consideramos adecuada a los fines de agilizar la prestación del auxilio.

Cabe recordar que en materia de adopción de medidas cautelares en general, los Acuerdos del Mercosur sobre Arbitraje Comercial facultan al tribunal arbitral, a petición de parte, a disponer por sí las medidas cautelares que estime pertinentes resolviendo en su caso respecto a las contracautelas, arts. 19.1 de ambos textos. Disposición con directo antecedente en el art. 26 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana del Arbitraje Comercial Internacional, CIAC.

Los Acuerdos de Buenos Aires admiten igualmente, art. 19, acápites, que medidas cautelares referidas a un proceso arbitral puedan ser dispuestas por la autoridad judicial competente, indicando que tal solicitud de cualquiera de los litigantes a la autoridad judicial no se considerará incompatible con la convención arbitral, ni implicará renuncia al arbitraje.

C. Transmisión de las solicitudes de cooperación cautelar

Las solicitudes deben ser cursadas a través de exhorto, Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 13 y Protocolo del Mercosur, art. 18.

⁸² D. Operti, (nota 53).

⁸³ El Acuerdo del Mercosur y el Acuerdo paralelo Mercosur y Estados Asociados, han sido aprobados por Argentina, Brasil y Uruguay, en el caso de Uruguay, respectivamente, por Leyes 17.834 del 23.9.2004 y 17.751 del 26.3.2004.

E. TELLECHEA BERGMAN

Para el traslado de las solicitudes los citados textos acogen las vías clásicas hoy admitidas en materia de cooperación internacional: diplomática o consular, por la parte interesada, Autoridad Central -la más utilizada- y judicial⁸⁴.

En solución que se adecua a las necesidades de países en proceso de integración, el Protocolo de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo 4, autoriza a los magistrados de zonas fronterizas a transmitirse de manera directa y sin necesidad de legalización, exhortos requiriendo asistencia cautelar. Modalidad con origen en lo previsto por la Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 7 -aún cuando únicamente en relación al auxilio jurisdiccional internacional de primer grado- y con un ámbito más amplio -comprensivo de los distintos tipos de la cooperación internacional- por la Convención Interamericana de México de 1974 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15. Como en el caso de la asistencia jurisdiccional de mero trámite y probatoria, en el auxilio cautelar, la comunicación judicial directa entre jueces de zonas fronterizas contiguas ha comenzado a tener cierta aplicación en el ámbito uruguayo-argentino del litoral del Río Uruguay.

Las vías de transmisión oficial -diplomática o consular y Autoridad Central- no requieren de legalización en el Derecho uruguayo⁸⁵, y tampoco en el ámbito del Mercosur, Protocolo de Medidas Cautelares, art. 19. La transmisión vía particular la exige, en cambio, excepto la posibilidad prevista expresamente por el antes citado artículo del Protocolo, referida a que entre el Estado requirente y el requerido se hubiere suprimido la exigencia o se la hubiere sustituido por otra formalidad, tal la “apostilla”⁸⁶.

La importancia de la vía Autoridad Central en la actual transmisión de las solicitudes de asistencia jurisdiccional internacional ha determinado que el Protocolo de Medidas Cautelares, art. 20, exija que cada Estado Parte designe una Autoridad Central. Autoridades que en el caso de Uruguay y Argentina ya se encontraban funcionando con eficacia con anterioridad, en aplicación de distintos convenios bilaterales y multilaterales ya existentes que preveían su existencia⁸⁷.

⁸⁴ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 13. Protocolo del Mercosur, Decisión 27/94, art. 19.

⁸⁵ Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”, art. 5. En consecuencia, en Uruguay, aún cuando la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares exige la condición de modo general, art. 14.a, no se requerirá legalización para las solicitudes recibidas vía diplomática, consular o Autoridad Central.

⁸⁶ Prevista por la Convención de La Haya sobre Supresión de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros del 5.10.1961.

⁸⁷ Hoy se encuentran en funcionamiento Autoridades Centrales en todos los Estados Parte del Mercosur.

D. Requisitos a los que deben ajustarse los exhortos

Las rogatorias solicitantes de cooperación cautelar como todas las referidas al auxilio jurisdiccional internacional, están sometidas a condiciones formales, procesales y sustantivas.

a) Requisitos formales

El Protocolo del Mercosur, art. 21, exige que el exhorto contenga: identificación y domicilio del tribunal requirente, literal a; copia autenticada de la petición de la medida cautelar y de la demanda principal, si ella existiere, literal b; documentación que fundamente la petición, literal c; y transcripción del auto fundado que ordena la medida cautelar, literal d. El art. 15.a de la Convención Interamericana de Medidas Cautelares requiere que la rogatoria sea acompañada de copia auténtica de la demanda o de la petición de la medida cautelar, así como de la documentación anexa y de las providencias que la decretaron.

Son asimismo condiciones formales, las exigencias de: legalización, cuando la solicitud fuere transmitida vía particular -cuestión ya examinada al abordar las vías de transmisión de los exhortos- y traducción de la rogatoria y de la documentación adjunta al idioma del exhortado en casos en que la lengua del exhortante fuere diferente, Convención Interamericana, art. 14.b; Protocolo de Ouro Preto, art. 23. Disposiciones que empero no legislan sobre el modo como realizar la traducción, por lo que corresponde concluir que la cuestión queda sujeta a lo que disponga en la materia la normativa de fuente nacional del Estado que libra el exhorto⁸⁸. A efectos de simplificar la traducción de las rogatorias, así como asegurar el cumplimiento de los requisitos de distinto tipo a los que las mismas se encuentran sujetas, en el ámbito del Mercosur, el Consejo del Mercado Común por Decisión 9/97 del 15.12.1997, aprobó el Acuerdo Complementario de Montevideo al Protocolo de Medidas Cautelares, aún no vigente, que a través del empleo de formularios habrá de facilitar la prestación de la asistencia cautelar internacional. Constituye también un requisito de índole formal, el contenido en el párrafo segundo del art. 21 del Protocolo del Mercosur, relativo a que la rogatoria y los documentos adjuntos estén revestidos “de las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de donde proceden”, lo que determina que en el tema deba estarse a lo dispuesto por la “lex causae”, es decir, el Derecho del país de origen del exhorto.

b) Requisitos procesales

Dentro de los mismos corresponde ubicar las exigencias referidas a que la resolución que ordene la medida cautelar sea fundada, que la rogatoria describa aquellos procedimientos especiales que el exhortante solicite que el rogado

⁸⁸ En Uruguay la materia es legislada por el Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, arts. 6 y 7.

observe en la tramitación del auxilio, Protocolo, art. 21, literales d y e, y que se indique la persona que en el Estado requerido atenderá los gastos y costas judiciales, art. 21, literal f -salvo las excepciones previstas por el art. 25- quedando a criterio del tribunal exhortado dar trámite a solicitudes que carezcan de indicación de quien deba atender los gastos. La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares también requiere que la solicitud sea acompañada, en su caso, de información de las normas procesales que consagren algún procedimiento especial que el tribunal requirente solicite que se observe en el diligenciamiento, art. 15, literal b; y de acuerdo al art. 16 párrafo segundo, será facultativo para el país exhortado dar trámite a una rogatoria que carezca de indicación de quien deba atender los gastos, por lo que se debe inferir la necesidad de que la solicitud proporcione tal información.

Indicación de defensorías de oficio. El Protocolo, art. 22, deja a la apreciación del tribunal requirente, cuando las circunstancias del caso así lo justifiquen, informar acerca de defensorías de oficio, por lo cual se está en verdad ante una facultad del rogante y no ante un requisito del exhorto. De los términos de la Convención Interamericana, art. 15.c, corresponde concluir igual solución.

c) Requisito sustancial, no afectación del orden público internacional del Estado exhortado

El exhorto rogante de cooperación cautelar internacional podrá ser rechazado en razón de afectar el orden público internacional del Estado exhortado, Convención Interamericana, art. 12, Protocolo de Medidas Cautelares, art. 17.

La noción de orden público corresponde sea interpretada de manera estricta, a efectos de evitar que invocaciones abusivas de la misma se traduzcan tanto en graves trabas a la adecuada regulación de las relaciones privadas internacionales entre los Estados, cuanto en inmotivadas causas de denegación de la prestación del auxilio judicial internacional. En consecuencia, el concepto de orden público debe ser entendido en el sentido de orden público internacional, noción no necesariamente coincidente con la de orden público interno, en tanto que según surge de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de DIPr., codificación continental sobre la teoría del DIPr., aquel es la defensa de los principios esenciales del ordenamiento jurídico de un Estado, art. 5.

La cooperación cautelar internacional puede afectar el orden público internacional del ordenamiento jurídico exhortado ya en hipótesis en las que el pedido no provenga de verdadero órgano jurisdiccional, casos en los que el afectado por la medida puede no haber estado amparado por garantías que hacen al debido proceso en el Estado requirente⁸⁹, ya en situaciones en las que el

⁸⁹ En conformidad, las conclusiones ya señaladas del análisis llevado a cabo por el insprivatista internacional uruguayo Quintín Alfonsín respecto a la improcedencia en

cumplimiento de la cautela rogada lesione por su contenido principios esenciales del ordenamiento requerido. Los citados arts. 17 del Protocolo de Ouro Preto y 12 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, facultan a las autoridades jurisdiccionales del Estado requerido a rehusar el cumplimiento de las rogatorias cuando éstas fueren manifiestamente contrarias a su orden público, por lo que corresponderá que el tribunal requerido invoque la excepción sólo en hipótesis de clara y efectiva afectación de los principios básicos de su Derecho, *vr. gr.*, solicitudes de embargos de bienes que de acuerdo al Derecho rogado tengan calidad de inembargables por su función social, tales: inmuebles declarados “de familia”; instrumentos necesarios para el ejercicio de una profesión, arte u oficio; aperos de labranza; etc. De acuerdo al Derecho uruguayo, los principios esenciales del ordenamiento jurídico rogado necesariamente deben ser afectados de manera concreta, grave y manifiesta, para que proceda la excepción⁹⁰.

d) Falta de requisitos básicos

Con la finalidad de asegurar la efectiva prestación de la cooperación cautelar, el Protocolo, art. 21, parte final, dispone que excepto que faltaren requisitos, documentos o información “fundamentales” para el diligenciamiento -apreciación que obviamente corresponderá a la sede rogada- el exhorto debe ser tramitado. En el supuesto de entender el exhortado que las carencias impiden el diligenciamiento, se le impone la carga de comunicar con celeridad al requirente, a través de las vías previstas para la cooperación internacional, dichas insuficiencias a efectos que el exhortante subsane urgentemente las mismas. Principio favorable a la tramitación de las solicitudes de auxilio, excepto graves carencias, de tradicional aceptación por la jurisprudencia uruguaya.

E. Ley aplicable y tribunales competentes en los casos de cooperación cautelar internacional

Los arts. 5 a 8 del Protocolo de Ouro Preto regulan el tema coincidiendo en sus aspectos básicos con las soluciones legisladas por la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares, arts. 3 y 4. La admisibilidad o procedencia de la medida cautelar queda sujeta a las leyes y tribunales del Estado requirente, en tanto que la ejecución de la misma y las contracautelas o garantías respectivas deben ser resueltas por los jueces del Estado requerido según sus leyes, Protocolo, arts. 5 y 6; Convención Interamericana, art. 3.

Uruguay de una medida cautelar requerida sin intervención de órgano jurisdiccional por la “Junta Nacional de Recuperación Patrimonial Argentina”, Q. Alfonsín/J. Lisbonne, (nota 15). En igual sentido, D. Operti, (nota 16), pág. 43.

⁹⁰ Conforme, lo resultante de la “Declaración uruguaya” limitativa de la excepción de orden público internacional, emitida al momento de suscribir la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

E. TELLECHEA BERGMAN

A las leyes y jueces del Estado rogado también se les confiere competencia para regular y resolver sobre: modificaciones de las medidas cautelares y reducción o sustitución del embargo cuando ello se justificare; sanciones por peticiones maliciosas o abusivas; y cuestiones referidas al dominio y demás derechos reales que se susciten en el diligenciamiento de la cooperación impetrada, Convención Interamericana, arts. 4 y 5, parte final; Protocolo art. 7. La atribución de jurisdicción al tribunal rogado para conocer en cuestiones referidas al dominio y otros derechos reales, no hace sino recoger el principio tradicional del Derecho Internacional Privado regional de que las materias de carácter real se encuentran sujetas a las leyes y tribunales del lugar de situación de los bienes, solución acogida por los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, respectivamente, arts. 26 y 67 y 32 y 64.

En el caso de otras oposiciones planteadas ante el tribunal rogado, éste deberá comunicarlas al juez rogante manteniendo la cautela trabada, estando a lo que éste resuelva, Protocolo, art. 9; Convención Interamericana, art. 5, párrafos uno y dos.

Al tribunal exhortado se le otorga asimismo, Protocolo, art. 8, potestad de rehusar el cumplimiento del auxilio o, en su caso, disponer el levantamiento de la cautela, de verificar su absoluta improcedencia; facultad también acordada a la sede rogada por la Convención Interamericana, art. 4, párrafo segundo, aun cuando, en este caso, a condición que el afectado por la medida demuestre la falta de procedencia de la misma.

F. Autonomía de la cooperación cautelar

La singularidad de los distintos grados de la cooperación judicial internacional determinan que la prestación de uno de ellos no condiciona el otorgamiento de otros de mayor nivel y consecuentemente sujetos a condiciones más exigentes. El Protocolo del Mercosur, art. 10, precisa que la prestación de auxilio cautelar no supone el compromiso de reconocer o ejecutar la sentencia definitiva extranjera que se dicte en el proceso principal. El principio de la autonomía del auxilio cautelar es asimismo determinante de la solución legislada por el párrafo final del art. 19 del Protocolo, que al regular el diligenciamiento de esta cooperación dispone que no se aplicará “el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras”. Precisión que pudiere parecer obvia en atención a las diferencias existentes entre ambos institutos pero que resultaba necesaria en relación a la jurisprudencia brasileña, que en aplicación de disposiciones constitucionales de su país exige *exequatur* ante autoridades jurisdiccionales superiores para el control de las rogatorias recibidas desde el extranjero. La autonomía de la cooperación cautelar también es consagrada por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 6.

G. Cooperación interna

Con la finalidad de evitar posibles devoluciones frustrantes de la solicitud de asistencia en casos en que la sede a la que se remita el exhorto se considere carente de competencia interna por razones de materia, turno o lugar, tanto la Convención Interamericana, art. 11, cuanto el Protocolo, art. 16, disponen que en tales casos el tribunal rogado remita de oficio las actuaciones al tribunal de su Estado que considere competente.

H. Medidas cautelares preparatorias

Este tipo de cooperación cautelar, de creciente planteo a nivel del auxilio jurídico regional, es objeto de específica y detallada regulación por el Protocolo de Ouro Preto. El art. 13 prevé que la interposición de la demanda principal fuera de los plazos previstos para hacerlo en la legislación del Estado requirente, “producirá la plena ineficacia de la medida cautelar preparatoria concedida”. A tales efectos, el art. 14 exige que el tribunal exhortante al transmitir la rogatoria comunique al requerido: el plazo, contado a partir del cumplimiento de la medida cautelar en el cual la demanda deberá ser presentada en el proceso principal; y oportunamente y a la mayor brevedad, fecha de presentación de la demanda en el proceso principal o el transcurso del plazo establecido por la ley del exhortante sin que tal interposición hubiere ocurrido. Asimismo y a efectos de que comiencen a computarse los referidos términos, art. 15, la sede requerida deberá comunicar de inmediato a la exhortante la fecha en que dio cumplimiento a la cautela solicitada y en su caso, las razones por las cuales ésta no fue cumplida, de lo cual resulta, además, que hoy la cooperación cautelar internacional es concebida entre los Estados del Mercosur como una obligación y no como una mera facultad del exhortado.

I. Cooperación cautelar en materia de custodia de menores

Su tratamiento específico a nivel continental fue legislado por la Convención de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 9, y tiene por finalidad evitar los graves perjuicios que para la mejor formación del niño pueden derivar de solicitudes emanadas de tribunales extranjeros que pretendan extraer al menor del Estado de su residencia habitual, tales, medidas cautelares dispuestas en un juicio de guarda o custodia tramitado ante tribunales de un Estado distinto al del centro de vida del niño⁹¹. A efectos de evitar situaciones que se puedan traducir en rupturas traumáticas del entorno familiar, afectivo y cultural del menor, produciendo consecuencias de seria incidencia en su formación, se faculta a los tribunales requeridos a limitar, en defensa del

⁹¹ Situaciones obviamente distintas a las de restitución internacional de menores ilícitamente trasladados o retenidos fuera del país de su residencia habitual, casos en los que el principio es precisamente la urgente devolución del niño al Estado de su centro de vida.

superior interés del niño⁹², el auxilio brindado. El juez exhortado en tales casos podrá sujetar al menor a su jurisdicción, evitando su desaparición y traslado a otro país, en espera de lo que resuelva en definitiva la jurisdicción rogante sobre el fondo del asunto. De este modo el exhortado cumple con el deber básico de prestar auxilio jurisdiccional, pero también con ineludibles principios, esenciales e irrenunciables, constitutivos de su orden público internacional, que le imponen que en las cuestiones atinentes a menores tenga en especial consideración los intereses y la salud, en sentido amplio, del niño.

Por consiguiente, constatado por el exhortado que el traslado de un menor requerido en razón de un proceso de guarda o similar tramitado en el extranjero puede ocasionarle serios perjuicios, deberá sujetar al niño a su autoridad, cerrando fronteras, en espera de la definición del juicio incoado en el otro Estado, ocasión en la que corresponderá la entrega de cumplir el fallo los requisitos formales, procesales y sustanciales exigidos para el reconocimiento de las sentencias extranjeras. El Protocolo del Mercosur en el art. 12, “Medidas cautelares en materia de menores” recibe igual solución.

J. Cooperación cautelar en instancia de ejecución de sentencias

En la región la modalidad reconoce como antecedente lo dispuesto por el art. 8 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940, que faculta al “juez a quien se solicite el cumplimiento de una sentencia extranjera” a tomar “sin más trámite y a petición de parte o aun de oficio”, “todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de aquel fallo, conforme a lo dispuesto por la ley del tribunal local sobre secuestros, inhibiciones, embargos u otras medidas preventivas”. Solución posteriormente receptada por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 7 y el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 11, “Cooperación cautelar en la ejecución de sentencia”. Regulaciones que en verdad no refieren a una actividad procesal llevada a cabo a solicitud de tribunales foráneos, sino a la adopción de medidas cautelares locales que responden, no obstante, a una finalidad de cooperación internacional en tanto persiguen evitar la frustración de la eficacia de una sentencia extranjera. Por lo que es al tribunal actuante en el procedimiento de reconocimiento al que se deberá solicitar la adopción de las medidas asegurativas del caso, en conformidad con sus propias leyes.

⁹² En conformidad, Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20.11.989, en vigor desde el 2.9.990, art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

K. Oposición a las medidas cautelares

Textos convencionales y de fuente nacional reconocen, como se ha visto, literal E, la legitimación procesal de la persona afectada, presunto deudor o tercero, a oponerse ante el tribunal rogado a la medida cautelar ordenada por un magistrado extranjero⁹³. La sede rogada debe en tales casos mantener la medida y remitir las actuaciones al tribunal exhortante, que decidirá de acuerdo a sus leyes.

Tratándose de oposiciones de dominio o de otros derechos reales respecto a los bienes gravados por la cooperación, se atribuye jurisdicción exclusiva para resolver sobre las mismas a los tribunales del Estado de situación de dichos bienes, los que actuarán conforme a sus leyes.

L. Cooperación cautelar de urgencia

Si bien el principio es que las medidas cautelares en instancia de cooperación jurisdiccional internacionales se traben en un Estado a ruego de tribunales de otro -magistrados poseedores de jurisdicción internacional para conocer en el litigio cuyo resultado la cautela ha de preservar- distintas regulaciones en vigor admiten la posibilidad, dadas ciertas condiciones, de providencias conservatorias de urgencia decretadas por los jueces del Estado de ubicación del bien o la persona a cautelar, en calidad de jurisdicción más próxima. El juez local al ordenar la medida fundará su intervención en el hecho de que el sujeto o bien objeto de la misma se encuentra en su territorio, ello sin perjuicio de que la jurisdicción internacional corresponda en el caso a un tribunal extranjero. Se trata por consiguiente de una medida de carácter excepcional, dictada por razones de mayor proximidad, que deberá comunicarse una vez adoptada al tribunal extranjero competente, estándose en definitiva a lo que éste resuelva.

Estas providencias de urgencia dispuestas por la jurisdicción más próxima son recibidas por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 10 y a nivel de normas de fuente nacional, por el Código General del Proceso uruguayo, art. 535, “Facultad cautelar”; y en relación a materias específicas, por distintos textos convencionales, ver nota 64.

En tanto el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, no prevé la cooperación cautelar de urgencia por la jurisdicción más próxima en razón de dificultades alegadas por Brasil para aceptar este tipo de asistencia, en momentos en que sus tribunales recién se abrían al auxilio cautelar, entre los demás Estados Parte corresponde de acuerdo a lo dispuesto por el art. 26 del Protocolo -solución propuesta por las Delegaciones de Argentina y Uruguay

⁹³ Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940, art. 14; Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 5; Protocolo de Ouro Preto, Decisión CMC 27/94, art. 9.

E. TELLECHEA BERGMAN

para resolver situaciones como la expuesta⁹⁴ - brindar dicho auxilio en base al art. 10 de la Convención Interamericana en la materia, vigente entre los mismos.

LL. Costos y gastos

A diferencia de la asistencia de trámite y probatoria en la que se ha avanzado significativamente en favor de su prestación gratuita, en materia de auxilio cautelar la cooperación continúa basándose en la idea de que las costas y demás gastos están a cargo de la parte solicitante de la medida, siendo facultativo para el Estado requerido dar trámite a exhortos que carezcan de indicación de la persona que deba atender los mismos, Convención Interamericana de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 16; Protocolo de Medidas Cautelares, arts. 21 literal f y 24. Se exceptúan de la onerosidad, las medidas cautelares referidas a alimentos provisionales y las solicitadas por personas que hubieren obtenido el beneficio de pobreza en el Estado requirente, Convención Interamericana de 1979, art. 16, parte final y Protocolo de Ouro Preto, art. 25, que agrega a estas excepciones, las solicitudes referidas a la localización y restitución de menores. La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 23, consagra la gratuidad en general respecto al diligenciamiento de exhortos referidos a esta materia.

Tales, las principales soluciones convencionales en materia de cooperación judicial internacional a nivel continental y subregional.

⁹⁴ Protocolo, art. 26, “Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Parte”.