

EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA: NORMAS INTERNACIONALES

Gualberto LUCAS SOSA

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Ley aplicable*; III. *De la cooperación judicial internacional*; IV. *Reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras*; V. *Eficacia extraterritorial de las resoluciones en la jurisdicción voluntaria*; VII. *Colofón*.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo el cobijo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aflora a través de la inteligente autoría de los juristas Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello y Enrique Vescovi, un modelo de código tipo para Iberoamérica, en la colosal empresa de la integración.

El mismo ha sido presentado en las XI Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebradas en Río de Janeiro, en mayo de 1988, y ha dado lugar a un Coloquio en Roma entre el 26 y 28 de septiembre del mismo año, suscitando un fecundo debate sobre las bondades que el mismo representa en la cooperación judicial latinoamericana.¹

La envergadura que reviste tan monumental codificación, suscita la atención permanente de los especialistas europeos y latinoamericanos en el estudio de tal modelo. Ello explica que la convocatoria del XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal verse, entre

¹ En el Congreso Internacional celebrado en Roma, organizado por la II Università degli Studi de dicha ciudad, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA) y la Universidad de la República Oriental del Uruguay, se abordó el siguiente temario: a) "Código tipo" y reforma del proceso entre el derecho común y el derecho uniforme en América Latina; b) Poderes del juez y poderes de las partes; c) El sistema de los medios de impugnación; d) Proceso ejecutivo; e) Procesos concursales, y f) Medios procesales para resolver controversias con elementos internacionales (un "Código Tipo di Procedura Civile per l'America Latina", a cura di Sandro Schipani-Romano Vaccarella, II Università di Roma, Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani, Consiglio Nazionale delle Ricerche, progetto Italia-América Latina).

otros temas, sobre el que atañe a la regulación de las instituciones adjetivas en el proyecto referido, en ese plausible afán de lograr la mejor justicia para los pueblos latinoamericanos.

Nuestro modesto cometido se limitará a formular algunas reflexiones sobre el título IX "Normas Internacionales", que integra el libro II del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.²

Y en ese propósito seguiremos la metodología observada en el mismo, que responde a la sistematización propia del derecho procesal internacional.

Es sabido que esta disciplina científica afín al derecho internacional privado, tiene por objeto el estudio de la vigencia de las leyes procesales en el espacio y la consecuente determinación de cuál es la jurisdicción internacional, así como la ley aplicable en el caso *iusprivatista* con elementos extranjeros. Hace asimismo a dicho objeto lo atingente al auxilio judicial internacional, y al reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos extranjeros, en miras a tutelar extraterritorialmente el valor justicia y la certeza y seguridad jurídica que el mismo comprende.³

² En la citada reunión de Roma se enriqueció el tratamiento del título IX "Normas procesales internacionales" del Anteproyecto de Código Modelo, con las relaciones que brindaron Cipriano Gómez Lara —"Medios procesales para resolver controversias con elementos internacionales"—, Ángel Landoni Sosa —"Eficacia internacional de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros"—, Pedro J. Mantellini González —"La ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en las normas del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica"—, Carlos Parodi Remón —"Medidas procesales para resolver controversias con elementos internacionales"—, Giorgio Recchia —"Diritti fondamentali di integrazione sovranazionale. Riflessioni sul procedimento arbitrale"—, y Joe Verhoeven, "Unification de la procédure civile en Amérique Latine et juridiction supranationale". Las mismas resultaron complementadas por las comunicaciones que presentaron Guillermo Aguilar Álvarez —"El régimen jurídico de la ejecución de laudos arbitrales en América Latina"—, José Ovalle Favella —"Medidas procesales para resolver controversias con elementos internacionales"—, y Louis Pettiti —"La réception de la Jurisprudence de la Cour Européenne en droit interne français"—, y desde luego por la discusión bajo la presidencia de Francesco Capotorti, quien expusiera su lúcido pensamiento en la apertura de la sesión.

³ Entre las obras especializadas, la ya clásica de Gaetano Morelli nos puntualiza que las normas de derecho estatal externo que tienen por objeto el carácter de normas de derecho procesal civil, constituyen el derecho procesal civil internacional. Las mismas que forman parte del derecho interno de un determinado Estado delimitan la jurisdicción del Estado en orden a la jurisdicción de los estados extranjeros. A su vez, la necesidad de realizar actos procesales fuera del territorio del Estado, o la inversa de llevar a cabo en el propio territorio actos pertinentes al ejercicio de la actividad jurisdiccional de un Estado extranjero, origina que se

El código tipo no sienta normas sobre jurisdicción internacional, pues como se lee en la explicación de sus disposiciones, en cuanto a las normas internacionales se ha inspirado especialmente en las convenciones suscritas en el ámbito americano bajo la égida de la OEA a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP I, Panamá, 1975; II, Montevideo, 1979 y III, La Paz, 1984).

Y he aquí que hasta ahora sólo se ha convenido en la materia, en la CIDIP III, la que versa sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, en cuanto a las pretensiones personales de naturaleza patrimonial o de naturaleza real sobre bienes muebles corporales e inmuebles, las derivadas de contratos mercantiles sin abarcar de modo integral todas las materias. Basta pensar que no incluye lo atingente: a) al estado civil y capacidad de las personas físicas; b) divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio; c) pensiones alimenticias; d) sucesión testamentaria o intestada; e) quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos; f) liquidación de sociedades; g) cuestiones laborales; h) seguridad social; i) ar-

provea mediante normas que pertenecen también al derecho procesal civil internacional. Por último, esta disciplina contempla la jurisdicción extranjera en el acto final a que tiende el proceso, y determina el valor para el ordenamiento del Estado de los actos procesales extranjeros, o sea, el de la sentencia de mérito foránea (*Derecho procesal civil internacional*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1953, pp. 1 y ss.). En 1989 surgió en el ámbito rioplatense una lúcida obra del jurista Dante Barrios de Ángelis, donde se dice que un proceso es internacional si su objeto gnosológico comprende la aplicación o desaplicación del derecho extranjero o internacional. Los desarrollos subsiguientes, tras densas consideraciones de naturaleza preliminar, metodológicas, normológicas, sobre el objeto, sujetos, situaciones y actos del proceso internacional, abordan las funciones típicas en torno a la cooperación judicial, desde el triple punto de vista de: a) la comunicación por exhorto internacional y la recepción de prueba en el extranjero; b) las medidas cautelares internacionales, y c) la ejecución internacional. Ello se integra con las estructuras del proceso internacional y finalmente con el arbitraje comercial internacional. En cada una de las parcelas aflora un pensamiento creativo, y no obstante que implican una toma de posturas en lo conocido que obligan al lector jurídico a repensar los criterios en el mundo científico procesal, cabe convenir con el autor en torno a la tesis desarrollada acerca de "la validez de principio de los actos procesales extranjeros y la unidad estructural del proceso, por sobre las fronteras y las diferencias de legislación, de tribunales y de jurisdicciones" (*El proceso civil, comercial y penal de América Latina —Exhortos, Prueba, Embargos en el extranjero; Ejecución, Quiebra, Sucesión; Extradición; Arbitraje—*, Buenos Aires, Depalma).

bitraje; j) daños y perjuicios de naturaleza extracontractual, y k) cuestiones marítimas y aéreas (artículo 6º).⁴

Tampoco en la CIDIP IV, que sesionara en Montevideo en 1989, se abordó la codificación en materia de jurisdicción internacional.⁵

Como todo indica que ello debe hacerse gradualmente, cuando exista consenso sobre el particular, sin perjuicio de la conveniencia que se avance en torno a la cuestión apuntada, como no se ha llegado a una conclusión en ese ámbito, no es pasible de crítica que el código tipo no haya regulado ese aspecto que entra dentro de la órbita del derecho procesal internacional, y sobre el cual deben afinarse los criterios metodológicos a observar.

En cambio, disciplina en el capítulo I lo relacionado con la ley aplicable y su aplicación, así como sus límites, respecto de los cuales en líneas generales media consenso y es factible una codificación con proyección integracionista.

Lo mismo ocurre con lo relativo a la cooperación judicial internacional, donde existe una poderosa corriente en facilitar la misma justificándose la regulación específica en torno a ello, que contiene el capítulo II y se complementa en el III con lo relativo a la eficacia del proceso cautelar y las cuestiones que pueden sobrevenir.

Finalmente, el capítulo IV sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras corona el tratamiento incorporando re-

⁴ En la CIDIP I en el ámbito del derecho procesal internacional se aprobaron las siguientes convenciones interamericanas sobre: a) exhortos y cartas rogatorias; b) régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero; c) recepción de pruebas en el extranjero; d) arbitraje internacionales. En la CIDIP II se adoptaron, siempre en el área del derecho procesal internacional, las convenciones sobre: a) eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros; b) prueba e información acerca del derecho extranjero; c) cumplimiento de medidas cautelares, y d) protocolo adicional a la convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias. En la CIDIP III mencionamos dentro de la dimensión del derecho procesal internacional: a) el protocolo adicional a la convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, y b) la convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.

⁵ En la CIDIP IV se aprobaron dos instrumentos internacionales que concurren entre el derecho internacional privado y el derecho procesal internacional, a saber: a) la restitución internacional de menores, y b) las obligaciones alimentarias (véase del autor "La CIDIP IV y el centenario de los Tratados de Montevideo de 1889", *Jurisprudencia Argentina*, 1990-I-637; "La convención interamericana sobre restitución internacional de menores" —CIDIP IV, Montevideo, 1989—, *Jurisprudencia Argentina*, 1990-I-779; "La convención interamericana sobre obligaciones alimentarias" —CIDIP IV, Montevideo, 1989—, *Jurisprudencia Argentina*, 1990-I-845).

glas uniformes que tienden a abastecer la certeza y seguridad jurídica a nivel internacional.

En consecuencia, con prescindencia de lo relativo a la jurisdicción, pasamos a exponer nuestro punto de vista sobre los restantes aspectos puntualizados de modo genérico.

II. LEY APLICABLE

1. *Principios generales*

Obviamente las fuentes de derecho convencional prevalecen sobre las normas de derecho interno, bastando tener presente el principio que emana del artículo 37 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que confiere primacía a las normas de derecho internacional público que se hallan en grado jerárquico superior respecto de las legislaciones internas de los estados.

Por otra parte, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de Montevideo de 1979, consagra un principio similar en el artículo 1º.

En función de ello el artículo 372 del anteproyecto de código modelo, bajo el rótulo "Normas aplicables", sienta que "en defecto de tratado o convención, los Tribunales del Estado deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título".

De ello se sigue que dichas normas son de aplicación subsidiaria, en tanto y en cuanto no exista un tratado sobre la materia.

El principio tradicional en materia de ley aplicable a los procesos está dado por la *lex fori*, o sea, por el derecho del tribunal exhortado. El mismo ha sido receptado como regla en el artículo 373 sobre "Regulación procesal", al establecer que "los procesos y sus incidentes, cualquiera que sea su naturaleza, se sujetarán a las leyes procesales del Estado".

Se transita así por el andarivel ya consagrado por el artículo 314 del Código de Derecho Internacional Privado de Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén,⁶ en cuanto edicta que "la ley de cada Estado

⁶ El mismo fue aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana reunida en La Habana el 16 de enero de 1928, vinculando especialmente a los países de Centroamérica y a algunos sudamericanos. Mencionamos en tal sentido a Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

contratante determina... las formas de enjuiciamiento", o por el artículo 1º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940,⁷ que edicta que "los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimiento del Estado en donde se promuevan", de redacción similar al artículo 1º del tratado homónimo de 1889.⁸

Aquel principio encuentra una excepción en punto a la admisibilidad y eficacia de las pruebas, ya que prescindiendo de la *lex fori* se dispone en el Anteproyecto que abordamos, que las mismas "se admitirán y valorarán según la ley a que esté sujeta la relación jurídica objeto del proceso", añadiendo que "se exceptúan aquellas pruebas que estén prohibidas por la legislación nacional" (373.2.).

También en punto a la admisibilidad y atendibilidad los antecedentes del Código de Bustamante (artículos 399 y 401), o del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, se sujetaron a la *lex causae*. Recordamos a propósito de ello que el artículo 2º de este último tratado determina que "las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia de proceso. Se exceptúan aquellas pruebas que por su naturaleza no estén autorizadas por la ley del lugar en donde se sigue el juicio".

Esta es, por otra parte, la doctrina que propiciara el Instituto de Derecho Internacional en la Reunión de Lausana, de 1947.

Puntualizamos que, incluso, el Anteproyecto de Código Modelo ha receptado la tendencia moderna de morigerar la aplicación de la *lex fori*. Cuadra puntualizar que en la dimensión universal de la Convención internacional sobre procedimiento civil, adoptada por la VII Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado del 1º de marzo de 1954, se establece que el órgano jurisdiccional exhortado debe "acceder al pedido de la autoridad requirente de proceder según una forma especial, siempre y cuando dicha forma no sea incompatible con la legislación del Estado requerido" (artículo 14, 2º apartado).

Reiterando esa posición la convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, adoptada el 18 de marzo de 1970 por la Conferencia de La Haya de Derecho Interna-

⁷ Fue suscrito en Montevideo, el 19 de marzo de 1940, y vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay.

⁸ Se celebró en Montevideo y data del 11 de enero de 1889, habiendo sido ratificado por Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay y Uruguay.

cional Privado, determina que si bien en torno al procedimiento probatorio cabe aplicar la ley del país en que se ejecuta el exhorto, ello no excluye que ante la "solicitud de la autoridad requirente. . . se proceda de acuerdo a algún procedimiento especial. . . a menos que esto sea incompatible con la legislación del Estado requerido o que su aplicación no sea posible por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico" (artículo 9º).

También de modo similar a nivel regional la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias adoptada por la I Conferencia de Derecho Internacional Privado (Panamá, 1975), que entrelaza a Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, sienta que "a solicitud del órgano jurisdiccional requirente podrá otorgarse al exhorto o carta rogatoria una tramitación especial, o aceptarse la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no fuere contrario a la legislación del Estado requerido" (artículo 10, 2º apartado).⁹

Esa pauta de política codificadora se ha consagrado asimismo en la convención sobre recepción de pruebas en el extranjero, adoptada también por la primera conferencia preindividualizada que se proyecta sobre Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, desde que el artículo 6º prevé que "a solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste".¹⁰

La existencia de estos instrumentos transnacionales, provenientes de fuentes tan calificadas, y que constituyen obviamente un hito más

⁹ Nos remitimos a los estudios realizados por los juristas Ricardo Abarca Landero ("Convenciones interamericanas en materia procesal, Panamá, 1975", en *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, México, UNAM, 1982, p. 648); Tatiana B. de Maekel, (*Conferencia especializada de derecho internacional privado —CIDIP I—*, Análisis y significado de las Convenciones aprobadas en Panamá, Caracas 1975, Universidad Central de Venezuela, 1979) y Manuel A. Vieyra, E. González Lapeyre, y Didier Operti (*Convenciones de Panamá —1975—*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).

¹⁰ Véase autores citados en nota precedente.

en la evolución hacia la integración, gravitaron para que el segundo apartado del artículo 375.3 del Anteproyecto de Código Modelo receptaran el criterio que “los Tribunales, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, podrán observar en el diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria, formalidades o procedimientos especiales, siempre que ello no fuere contrario a la legislación nacional”.

En consecuencia, el artículo 373 —373.1 y 373.2— debe interpretarse de consuno con el segundo apartado del artículo 375.3 con un criterio de amplitud acorde con los principios que informan a la cooperación judicial internacional.

Respecto de la excepción ya aludida prevista por el apartado final del artículo 373.2 del Código Modelo, sobre las pruebas que estén prohibidas por la legislación nacional, y en cuanto importa un retorno a la *lex fori*, a nuestro juicio, como excepción debe ser de interpretación restringida. Obviamente si aparecieran vulnerados de modo manifiesto los principios que hacen a la garantía de la defensa en juicio, como los que consagra la convención americana sobre derechos humanos, cabría descartar la aplicación de la ley foránea.

2. *Aplicación de oficio del derecho extranjero*

Siempre que el juez debe avocarse a la determinación de la ley aplicable, cuando está frente a un caso iusprivatista multinacional, debe actuar oficiosamente. Ello hace a las responsabilidades de juzgar e integra los atributos inherentes al ejercicio de la jurisdicción. Se trata de una labor metódica propia del órgano jurisdiccional en la selección del derecho aplicable, que debe apuntar a lo que satisfaga más adecuadamente la justicia del caso.

Ya así lo había previsto el Código de Bustamante al determinar que “los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere” (artículo 408).

El protocolo adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 y de 1940, de modo similar establecieron que “las leyes de los estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurientes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata” (artículo 1º) y añadieron que “su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada” (artículo 2º).

Entre los instrumentos internacionales más recientes y que reciben las últimas evoluciones operadas en la materia, se destaca la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en la CIDIP II (Montevideo 1979), que vincula a Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y eleva a la categoría de deber jurídico la aplicación del derecho foráneo.¹¹

Prescribe en torno a ello el artículo 2º que “los jueces y autoridades de los estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

Ha perdido así virtualidad la cuestión que otrora se planteara sobre la aplicación del derecho extranjero a petición de parte, no ofreciendo hesitación que el mismo debe ser aplicado de oficio.

De allí que correctamente el artículo 373.3 del Anteproyecto de Código Modelo, respondiendo a la fuente precitada, dispone que “los tribunales deberán aplicar de oficio el derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva.

“Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.”

Ello merece por nuestra parte dos breves reflexiones, que pasamos a exponer.

3. *Calidad del derecho extranjero*

La primera reflexión que formulamos está dada por el recuerdo de las enseñanzas que nos legara el maestro Goldschmidt, de grata memoria, pues siempre preconizó que debía respetarse el elemento extranjero, lo cual supone conferirle el mismo tratamiento que se le brindaría en el país al que pertenece. La justicia en el derecho internacional privado —añadía— finca en aplicar ese derecho foráneo tal como lo haría el juez del país cuyo derecho foráneo tal como lo

¹¹ Véase a Parra Aranguren, Gonzalo, *Codificación del derecho internacional privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982; y a Siqueiros, José Luis, “Resumen de los resultados obtenidos en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado” —CIDIP II— celebrado en Montevideo, Uruguay, del 23 de abril al 8 de mayo de 1979.

haría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable, aludiendo a lo que calificara como la teoría del uso jurídico.¹²

Sin perjuicio que no compartimos la posición que el derecho extranjero es un hecho notorio, de la que se hace eco la referida teoría del uso jurídico, lo cierto es que llegamos a un resultado coincidente pues en nuestro sentir el derecho extranjero mantiene su naturaleza jurídica a través del espacio, y como tal debe aplicárselo con todas sus consecuencias, ajustándose a la praxis judicial elaborada en el país de origen. Es decir, consideramos que las soluciones normativas que anteceden receptan la teoría del derecho extranjero, pues le confieren lisa y llanamente la calidad de una norma jurídica eficaz y válida, que necesariamente debe ser integrada sobre la base de la interpretación actual que trazan los órganos jurisdiccionales del Estado cuyo derecho resulta aplicable.

4. *Prueba del derecho extranjero*

La otra reflexión gira en torno a la prueba del derecho extranjero, pues a nuestro juicio existe una concurrencia de la actividad oficiosa del órgano jurisdiccional con la colaboración que las partes pueden brindar en torno al conocimiento de la legislación foránea.

Por de pronto, estimamos que se está ante un poder-deber inherente al juez autoridad que, como director del proceso, ha de ejercitar en cumplimiento de las responsabilidades que la judicatura impone para llegar al dictado de la sentencia más justa, en atención a las exigencias del caso concreto.

Ello ya fluye del Código de Bustamante, pues si bien el artículo 409 posibilita que “la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada”, y al margen de la existencia de medios más idóneos para acreditarlo, lo decisivo es que “a falta de prueba o si el juez o tribunal por cualquier razón la estimare insuficiente, podrá solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate

¹² *Derecho internacional privado*, 6a. ed., Buenos Aires, Depalma, núms. 17, 142 y 145. Véase asimismo de este calificado autor “Gestación, quinta esencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero”, en revista *La Ley*, 1985-E-716.

proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable" (artículo 410), lo cual es complementado por el artículo 411 del mismo ordenamiento en torno a la prueba de informes, que debe proceder del tribunal supremo o de cualquiera de sus salas o secciones, del ministerio fiscal, de la secretaría o del ministerio de justicia.

Y desde luego, en la evolución de las instituciones a través del tiempo, resulta imperativo a través de la regulación que establece la convención interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero (CIDIP II, Montevideo, 1979), vigente entre Argentina, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, brindarse la pertinente cooperación internacional entre los estados partes (artículos 1º y 2º).¹³

Por supuesto de modo concurrente con la actividad instructoria del órgano judicial, no queda excluido que en la actividad de cooperación las partes puedan aportar pruebas sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, pues ello contribuirá a afianzar el ejercicio del derecho de defensa y la finalidad común de lograr la mejor justicia del caso.

Esa es la interpretación que hacemos del artículo 373.3. del Anteproyecto de Código Modelo, de consuno con los principios que informan a la convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, como un modo efectivo de afianzar la uniformidad en la evolución hacia la integración.

5. *Recursos*

Ya en el protocolo adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado, de Montevideo de 1889, se sentó que "todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualesquiera de los otros estados" (artículo 3º), lo cual fue reiterado en lo esencial por el protocolo adicional al texto de 1940 (artículo 3º).

¹³ Nos remitimos a los autores citados en nota 11. Mencionamos asimismo el convenio sobre aplicación e información de derecho extranjero, suscrito entre la Argentina y la República Oriental del Uruguay, del 20 de noviembre de 1980, así como el convenio sobre información jurídica respecto del derecho vigente y su aplicación, firmado entre Argentina y Brasil, el 22 de septiembre de 1972.

El mismo criterio inspiró el artículo 412 del Código de Bustamante, en cuanto dispone, que “en todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional”.

A su vez en función del espíritu de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), ya citada, respecto del deber de aplicación del derecho extranjero, se determina en el artículo 4º de la misma que “todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros estados partes que haya resultado aplicable”.

Todo ello ha gravitado para que se reitere un principio similar en el Anteproyecto de Código Modelo, que reza en el artículo 373.4, que “todos los recursos previstos por la ley nacional serán admitidos en los casos en que proceda la aplicación del derecho extranjero”. Hay en ello una situación consecutaria con la teoría del derecho extranjero que posibilita correctamente el acceso a la jurisdicción no sólo en segunda instancia donde se abordan las cuestiones de hecho y las de naturaleza jurídica, sino básicamente a la instancia extraordinaria de la casación que se nutre, por vía de principio, exclusivamente de cuestiones jurídicas.

6. Límites a la aplicación del derecho extranjero

Finalmente en el capítulo I sobre los principios generales respecto de las normas aplicables, se sienta la excepción de orden público internacional.

De consuno con el estándar que sienta el artículo 5º de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, en el sentido que “la ley declarada aplicable por una convención de derecho internacional privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”, se dice en el artículo 373.5 del Anteproyecto de Código Modelo, que “los tribunales sólo podrán declarar inaplicables los preceptos de la ley extranjera, cuando éstos contrarían manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que el Estado asienta su individualidad jurídica”.

He aquí un límite a la aplicación del derecho extranjero, que no obstante la crítica formulada sobre este obstáculo a la extraterritorialidad, siempre subsiste a través del tiempo.

Cabe recordar simplemente que por ser de índole excepcional, es de interpretación restrictiva.¹⁴ Y en ese quehacer entendemos que las pautas orientadoras se hallan en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas o de la Carta de Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en París el 10 de diciembre de 1948, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá el 2 de mayo de 1948, que junto con otros instrumentos internacionales a nivel universal o regional, revisten la categoría de *ius cogens*. Y desde luego, va de suyo, se encuentran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), o en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, que forman parte del derecho positivo de los estados.¹⁵

¹⁴ Es de interés traer a colación que en la CIDIP I la delegación uruguaya se opuso a la inserción en las convenciones suscritas en Panamá, la excepción de orden público tal como había sido concebida, pues equivalía a hacer predominar el orden jurídico de cada Estado sobre el derecho internacional privado y, por ende, a su debilitamiento cuando no a su desaparición (véase Vieira, Manuel A., González Lapeyre, E. y Opertti, Didier, *op. cit.*, en nota 9, p. 42). Asimismo resulta de utilidad tener presente la declaración elaborada por Didier Opertti Badan, y que fuera expuesta por el presidente de la delegación uruguaya Manuel A. Vieira, al suscribir la CIDIP II, según la cual el orden público internacional constituye una "autorización excepcional", para que los estados "en forma no discrecional y fundada declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofenden en forma concreta, grave y manifiesta normas y principios esenciales" de las instituciones de linaje constitucional. Y donde se hiciera hincapié en que constituía condición que ese menoscabo fuera manifiesto, esto es de manera no dudosa y clara (citado por Tellechea Bergman, Eduardo, "Normas procesales internacionales. Una nueva regulación del derecho internacional privado procesal en el Uruguay", *Jurisprudencia Argentina*, 1990-IV-857).

¹⁵ Nos remitimos a los desarrollos mejor logrados desde España por Antonio Lorca Navarrete, a propósito de la doctrina del tribunal constitucional en torno al orden público y las sentencias extranjeras ("La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del tribunal constitucional español", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1987, pp. 361-363. También en sentido concordante resulta de interés acudir a lo que expusiera el peruano Carlos Parodi Remón, en cuanto alude a que el orden público como presupuesto en punto al reconocimiento o ejecución de la sentencia extranjera debe limitarse "a la preservación de los principios del debido proceso como garantía constitucional: esto es a los derechos fundamen-

Sólo cuando los principios que emanan de estos instrumentos internacionales resultan notoriamente vulnerados, cabe dejar de aplicar el derecho extranjero.

Sin perjuicio que la interpretación que dejamos expuesta se adecua al espíritu que informa a dicha norma, podría acentuarse ello de modo más explícito, efectuando la pertinente adecuación de la norma al criterio expuesto.

III. DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *Exhortos o cartas rogatorias*

A. *Objeto: actos procesales de mero trámite y producción de pruebas*

Las fuentes convencionales tradicionales sobre exhortos o cartas rogatorias dirigidas por un órgano jurisdiccional a otro de la misma naturaleza con sede en el extranjero, están dadas en la Cuenca del Plata por los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 (artículos 9º, 11 y 12) y de 1940 (artículos 11, 13 y 15), y en el resto de América Latina por el Código de Bustamante (artículos 388 a 393), las que contienen sendas regulaciones en la materia.

Con ulterioridad surge la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y el protocolo adicional adoptados el 30 de enero de 1975 y el 8 de mayo de 1979 por la primera y segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, respectivamente.

Estos últimos han sido la fuente inmediata del Anteproyecto de Código Modelo, que en su artículo 374.1 prevé que

para la realización de actos procesales de mero trámite en el extranjero, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos, así como para la recepción y obtención de pruebas e informes, los tribunales librarán exhortos y cartas rogatorias.

Igual solución se observará respecto de los exhortos o cartas rogatorias provenientes de tribunales extranjeros.

tales del ser humano" ("Un 'Codice tipo' di Procedura Civile per l'America Latina", *cit.* en nota 1, p. 397).

Media una identidad con el contenido de la aludida convención interamericana no sólo porque las expresiones “exhortos” o “cartas rogatorias” son utilizadas como sinónimos, como lo hace esta última en el artículo 1º sobre el uso de expresiones, sino en razón que coincide con el objeto previsto en el artículo 2º de dicho instrumento internacional, en cuanto abastece lo relativo a la realización de actos procesales de mero trámite, así como lo atingente a la recepción y obtención de pruebas.

Dentro del concepto de actos procesales de mero trámite, cabe tener en cuenta a las resoluciones judiciales conocidas con el nombre de providencias de trámite, a las que alude el artículo 183 del Anteproyecto de Código Modelo, o sea las que no deciden una cuestión controvertida sino que a través de la mera tramitación tienden al impulso o desarrollo del proceso. Los ejemplos de las notificaciones, citaciones o emplazamientos ilustran a título enunciativo sobre el particular.

A su vez, se integra el objeto de los exhortos o cartas rogatorias con los actos procesales probatorios. Es viable, entonces, canalizar el auxilio judicial internacional para producir pruebas en otra jurisdicción, a través de los exhortos o cartas rogatorias.

Si bien el vocablo “prueba” resulta comprensivo de los informes a los fines de evitar una cuestión de calificaciones sobre la naturaleza jurídica de los mismos, se los ha incluido de modo específico en lo que hace al objeto.

Desde el ángulo de las formas se requiere simplemente que los exhortos redactados en un idioma distinto al del tribunal requerido, deberán contar con la pertinente traducción.

Dispone en torno a ello el artículo 375.4 del Anteproyecto de Código Modelo, en “los exhortos o cartas rogatorias y la documentación anexa deberán ser acompañados, en su caso, de la respectiva traducción”.

Se ha seguido así, el criterio tradicional de las fuentes convencionales, como el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 (artículo 11) y del Código de Bustamante (artículo 392), y desde luego el de las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 5º, “b”), o sobre recepción de pruebas en el extranjero (artículo 10º, inciso 2º).

B. Facultades de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos

Como no todas las legislaciones de derecho interno admiten que los funcionarios consulares o agentes diplomáticos puedan dar cumplimiento a las diligencias que hacen al objeto de los exhortos o cartas rogatorias, el anteproyecto de Código Modelo dejó reservada la solución a lo que establezcan las fuentes convencionales de los tratados o convenciones.

Establece en tal sentido el artículo 374.2., que “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 refiere el ordinal anterior”.

C. Transmisión

De manera análoga a lo previsto en el artículo 4º de la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias respecto de la transmisión de los mismos, se prevén cuatro andariveles, a saber: a) por las mismas partes; b) por la vía judicial; c) por los funcionarios consulares o agentes diplomáticos, y d) por la autoridad administrativa.

Prescribe en torno a ello el artículo 375.1, que “los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidas por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente en la materia o, en su defecto, por vía judicial”.

Son distintas opciones que se ofrecen de modo alternativo para facilitar el acceso a la jurisdicción internacional, entendiendo que deviene aconsejable entre ellas acudir a la vía de la denominada autoridad administrativa que en las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias o sobre recepción de pruebas en el extranjero (CIDIP I), reciben el nombre de autoridad central (artículos 4º y 11, respectivamente), no sólo porque la experiencia indica que satisface más adecuadamente el principio de celeridad, sin desmedro de la certeza y seguridad jurídica, desde que evita los innumerables traslados burocráticos, llevando a cabo la comunicación directa a los órganos jurisdiccionales pertinentes.¹⁶

¹⁶ Cfr. Tellechea Bergman, Eduardo, “Normas procesales internacionales”, citado en nota 14.

En cuanto a esto último, debe repararse que cuando se utiliza este medio, y desde luego el andarivel de la vía consular o diplomática, resulta innecesaria la legalización. En efecto, siguiendo las fuentes de las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 6º), o sobre recepción de pruebas en el extranjero (artículo 13), que declaran innecesaria la legalización en estos supuestos, o lo que la convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (CIDIP II), establece al excluir la legalización respecto de las solicitudes de la autoridad central (artículo 7º), el artículo 375.2 del Anteproyecto de Código Modelo edicta que “cuando los exhortos o cartas rogatorias se transmiten por vía consular o diplomática o a través de la autoridad administrativa, no será necesario el requisito de la legalización”.

D. *Ley aplicable*

Una vez más se nota la influencia del artículo 10º de la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, en cuanto a la ley aplicable, ya que luego de receptar el principio de la *lex fori*, también como ésta admite la posibilidad de ser complementada por las disposiciones específicas de la *lex causae*.

Sienta así que, “los exhortos o cartas rogatorias se tramitarán de acuerdo con las leyes procesales del Estado de su cumplimiento”, agregando en el segundo apartado que “los Tribunales, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, podrán observar en el diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria, formalidades o procedimientos especiales, siempre que ello no fuere contrario a la legislación nacional”.

Nos remitimos a lo expuesto líneas atrás, acotando que, como en definitiva, las peticiones especiales tienden a que el órgano jurisdiccional requirente cuente con la satisfacción de ápices procesales conducentes para la decisión de la litis, o sea, susceptibles de vincularse con aspectos atinentes a la atendibilidad o eficacia del acto procesal objeto del exhorto, cabe hacer una interpretación razonablemente flexible, en miras a favorecer la cooperación judicial internacional.

E. *Jurisdicción internacional indirecta*

Otra tendencia que ha aflorado en el moderno derecho procesal internacional es que, en principio, no constituye un presupuesto de

la cooperación judicial internacional la jurisdicción internacional, cuyo contralor queda reservado para un *posterius* en el caso de que se solicitare el reconocimiento o ejecución de sentencia extranjera.

Es sabido que Etienne Bartin formuló la distinción entre jurisdicción internacional directa y jurisdicción internacional indirecta. Cuando el juez examina si tiene jurisdicción internacional para conocer en el caso *iusprivatista* con elementos extranjeros, se está frente a un caso de jurisdicción internacional directa. En cambio, cuando en virtud de una resolución judicial o sentencia pronunciada por un juez foráneo o un tribunal arbitral que actúa en el exterior se le solicita el auxilio o cooperación judicial en miras a que se realice un acto de mera tramitación, o que lleve a cabo una actividad probatoria, o ya que ejecute dicho fallo, se está ante un caso de jurisdicción internacional indirecta.¹⁷

Desde este último punto de vista, la convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de La Haya, ya citada, establece que “no podrá denegarse la ejecución por el sólo hecho de que la legislación del Estado requerido reivindica competencia judicial exclusiva en la causa de que se trata o no reconoce derecho de acción para responder al objeto del pedido presentado ante la autoridad requirente” (artículo 12, 2º apartado), o sea que excluye como requisito del auxilio judicial internacional el examen de la jurisdicción internacional indirecta.

De allí que dentro de esa postura la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, deja a salvo el derecho a examinar esa jurisdicción internacional indirecta para el caso que con ulterioridad se requiriere el reconocimiento o ejecución de la sentencia foránea. Precisa en torno a ello el artículo 9º que, “el cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias 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 dictare”. El mismo temperamento ha observado el artículo 8º de la convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, pues ha reiterado idéntica regulación.

¹⁷ Citado por Goldschmidt, Werner, “Jurisdicción internacional directa e indirecta”, en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, agosto de 1980, núm. 1, pp. 9 y ss.; “Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta”, *Der. t.* 93, p. 961; “Autonomía de la jurisdicción internacional indirecta”, *ED.*, t. 120, pp. 897 y ss.

Ello tuvo como corolario que bajo el rótulo efectos del cumplimiento, el artículo 376 del Anteproyecto de Código Modelo sentara que el diligenciamiento “en el Estado del exhorto o carta rogatoria proveniente de tribunales extranjeros no implicara el reconocimiento de la 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”, o sea, de las que regulan el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras.

De ello se sigue, a nuestro juicio, que en materia del auxilio judicial internacional, en principio, no puede ponerse obstáculos al mismo so pretexto que el órgano jurisdiccional exhortante carece de jurisdicción internacional, pues dicha colaboración no tiene efectos vinculantes para el caso del reconocimiento y ejecución de la sentencia de mérito.

Sólo frente a la situación extrema en que se estuviere manifiestamente ante una cuestión que vulnerare la jurisdicción exclusiva del tribunal exhortado, cedería el deber de prestar el auxilio requerido.

F. Competencia: cuestiones comprendidas

Como un modo práctico de evitar el planteamiento de cuestiones retardatarias, que menoscabando los principios de economía y celeridad procesal, solían conducir a que el juez exhortado se desprendiera de la tramitación de la rogatoria, por considerar que el incidente deducido escapaba a su competencia, y como consecuencia de ello remitía las actuaciones al órgano exhortante a los fines de su decisión, las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 11, 1er. apartado), y sobre recepción de pruebas en el extranjero (artículo 3º, 1er. apartado), consagran el principio que “el órgano jurisdiccional requerido tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada”.

Coincidiendo con ese temperamento, el artículo 377 del Anteproyecto de Código Modelo, también establece que “los tribunales del Estado serán competentes para conocer de las cuestiones relativas al cumplimiento del exhorto o carta rogatoria que recibieren” (1er. apartado).

Desde otro punto de vista, en el caso que el juez exhortado resultare incompetente según el derecho interno, siéndolo en cambio otro par de ese Estado, el derecho procesal internacional moderno en

miras a abastecer los principios de economía y celeridad procesal consagra en los instrumentos internacionales que se remitirán de oficio las actuaciones al órgano competente de ese país.

Así, en la dimensión universal lo establece la convención internacional sobre procedimiento civil de La Haya, desde que prevé que “en caso de incompetencia de la autoridad requerida, el exhorto deberá ser enviado de oficio, a la autoridad judicial, competente de ese mismo Estado, según las normas establecidas por su legislación” (artículo 12). Y haciendo hincapié la convención sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de La Haya, en que la transmisión será hecha “sin demora”, ratifica el mismo principio (artículo 6º).

Lo mismo ha ocurrido en el ámbito regional, pues las mencionadas convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias (11, 2º apartado), o sobre recepción de pruebas en el extranjero (3, 2º apartado), receptan esa plausible solución.

En virtud de la gravitación de esta obra codificadora de La Haya y de la OEA, en cuanto a la uniformidad, el segundo apartado del artículo 377 del Anteproyecto de Código Modelo prescribe que “si un tribunal se declarare incompetente, en el ámbito interno, para proceder al cumplimiento del exhorto o carta rogatoria, lo remitirá de oficio al tribunal competente, sin más trámite”.

2. Medidas cautelares

A. Eficacia extraterritorial

La convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, suscrito en Montevideo en 1979, que vincula a Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay, de manera orgánica se ocupa: a) del problema de las calificaciones; b) del alcance de la convención; c) de la ley aplicable; d) de la tramitación, y e) de las disposiciones generales.¹⁸

Salvo en cuanto a las cuestiones primera y última, que no fueran abordadas en el Anteproyecto de Código Modelo, por ser materias propias de una convención, en lo restante muestra una línea criteriológica semejante.

¹⁸ Véase a los autores citados en nota 11.