



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO
CUESTIONES PROCESALES VINCULADAS A LOS CASOS PRIVADOS INTERNACIONALES DE
FAMILIA Y MINORIDAD EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO Y DEL MERCOSUR
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre, 2011, pp.
1171-1231
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42721148006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



CUESTIONES PROCESALES VINCULADAS
A LOS CASOS PRIVADOS INTERNACIONALES
DE FAMILIA Y MINORIDAD EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO Y DEL MERCOSUR*
*PROCEDURAL ISSUES RELATED TO PRIVATE
INTERNATIONAL FAMILY AND MINORITY
RELATIONSHIPS IN THE CURRENT INTER-AMERICAN
AND MERCOSUR PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

Eduardo TELLECHEA BERGMAN**

RESUMEN: El artículo analiza —en relación al creciente número de litigios planteados al nivel de los países de la región, atinentes a las relaciones privadas internacionales de familia y minoridad— las cuestiones referidas a la condición procesal del litigante extranjero, la cooperación judicial internacional en sus distintos niveles o grados, el reconocimiento de las sentencias extranjeras, y el valor de los instrumentos públicos (como los testimonios de partidas de estado civil) emanados en un Estado e invocados en otro. Temas abordados a la luz de las soluciones consagradas por el vigente derecho internacional privado interamericano y los actuales desarrollos del Mercosur.

ABSTRACT: *The present article analyzes —with respect to the increasing number of disputes raised in the countries of the region pertaining to private international family and minority relationships— the issues related to: equal procedural treatment, international judicial cooperation, recognition of foreign judicial decisions and validity of foreign public documents (marital status certificates). These issues are addressed in the light of the existing solutions set by the current Inter-american Private International Law and the current developments in the Mercosur.*

Palabras clave: cooperación judicial internacional, reconocimiento de sentencias extranjeras, condición procesal del litigante extranjero, documentos extranjeros en juicio.

Keywords. *international judicial cooperation, recognition of foreign judicial decisions, equal procedural treatment, validity of foreign public documents invoked in court.*

* Artículo recibido el 15 de diciembre de 2010 y aceptado para su publicación el 26 de julio de 2011.

** Catedrático de Derecho internacional privado y director del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLIV, núm. 132,
septiembre-diciembre de 2011, pp. 1171-1231

SUMARIO: I. *La dimensión judicial del caso privado internacional, un área de creciente relevancia en el derecho internacional privado.* II. *Condición procesal del litigante foráneo.* III. *Documentación extranjera ante tribunales y otras autoridades.* IV. *Cooperación judicial internacional.* V. *Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.* VI. *Consideraciones finales.*

I. LA DIMENSIÓN JUDICIAL DEL CASO PRIVADO
INTERNACIONAL, UN ÁREA DE CRECIENTE RELEVANCIA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

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 el traslado de volúmenes cada vez más importantes de personas y bienes a través de las fronteras nacionales— y la notoria flexibilización de dichas fronteras a consecuencia de procesos de integración en marcha y de la propia globalización, han coadyuvado a una acentuada internacionalización, en las últimas décadas, de las relaciones humanas, en sus distintas dimensiones, entre ellas, la jurídica.

Ámbito en el que destaca el auge cuasi exponencial experimentado por las relaciones privadas internacionales. Crecimiento constatable no sólo en aquellas áreas, como en la mercantil, en que el impacto internacionalizante era más previsible, sino en otras tradicionalmente más domésticas, como las referidas al derecho de familia y minoridad.

El señalado auge de las relaciones privadas internacionales ha determinado asimismo un vigoroso y paralelo crecimiento de los litigios suscitados en torno a las mismas. De manera cada vez más frecuente se plantea ante los tribunales y la consulta profesional cuestiones referidas a la condición procesal de los litigantes ajenos al foro, a la cooperación jurídica internacional, al reconocimiento y ejecución de las sentencias y al valor de los instrumentos públicos emanados de un Estado e invocados en otros.

Cuestiones en relación a las cuales los Estados parte del Mercosur, y en alguna medida los asociados, están vinculados tanto por acuer-

dos concluidos en el ámbito del Mercosur para atender, desde lo jurídico, necesidades emergentes del proceso de integración, cuanto por textos de alcance continental, convenciones interamericanas de derecho internacional privado, y aún de alcance mundial, en especial, convenciones de La Haya de derecho internacional privado.

II. CONDICIÓN PROCESAL DEL LITIGANTE FORÁNEO

El litigante ajeno al foro,¹ persona física o jurídica, tradicionalmente ha sido víctima de distintos tipos de discriminación procesal, tales como la exigencia de fianza de arraigo, la inversión de la carga de la prueba en su perjuicio, retaceo de los beneficios concedidos al litigante local carente de recursos, etcétera.

Frente a tales tratos discriminatorios, la doctrina reacciona a mediados del siglo XIX, y el Instituto de Derecho Internacional proclama, en su sesión de Zurich de 1877: “El extranjero deberá ser admitido en juicio en las mismas condiciones que el nacional, es decir, en completa igualdad”. Posición asumida por el delegado argentino al primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional, celebrado en Montevideo en 1889, doctor Manuel Quintana, que expresara al respecto:

Si el extranjero goza en los países sudamericanos de todos sus derechos civiles ¿qué derechos serían esos que cualquiera pudiera vulnerar impunemente? La administración de justicia no es una prerrogativa del soberano, es por el contrario una garantía de la persona y un deber del Estado. Sin justicia eficaz, no se concibe derecho efectivo.²

No obstante las expresiones señaladas, el Tratado de Montevideo de 1889 únicamente dispuso en el artículo primero del Protocolo Adicional, “Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas a los casos ocurientes, ya sean nacionales o extranjeras las personas intere-

¹ La índole foránea del litigante es determinada en los distintos derechos ya por su nacionalidad, ya por su domicilio o residencia habitual.

² Palabras de Quintana transcritas por el delegado uruguayo al Congreso de 1889, Gonzalo Ramírez, *El derecho procesal internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo*, Montevideo, Imprenta Central, 1892, p. 175.

sadas en la relación jurídica de que se trate”. Disposición de la que si bien emerge implícito el rechazo a toda discriminación al foráneo, al no consagrar de modo expícito el principio de igualdad procesal, no resultó suficiente para excluir la aplicación de soluciones de algún modo lesivas a dicha igualdad, recibidas por la normativa de los Estados parte. Situación mantenida por el Tratado de Montevideo de 1939-1940, cuyo Protocolo Adicional, artículo primero, reproduce el texto aprobado medio siglo antes.

En consecuencia, mientras que a nivel continental ya en 1928 el Código de Bustamante pasa a legislar específicamente sobre la igualdad de trato procesal, libro cuarto, “Derecho procesal internacional”, título cuarto, “Del derecho de comparecer en juicio y sus modalidades”, artículos 382 a 387,³ y en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el tema es abordado desde las primeras convenciones sobre derecho procesal de fines del siglo XIX y principio del XX hasta la actual Convención de octubre de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia, en el espacio subregional la cuestión recién es atendida específicamente por el Convenio (uruguayo-argentino) sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, en vigor desde el 12 de mayo de 1981, artículo primero,⁴ y su similar uruguayo-chileno, mismo artículo.⁵

Frente a esta situación —y como modo de dar una respuesta común a la condición del litigante extranjero en consonancia con los principios emergentes de textos internacionales de especial trascendencia en materia de derechos humanos⁶ y al tener como anteceden-

³ Entre los Estados parte del Mercosur, sólo Brasil está vinculado por el Código de Bustamante, y a nivel de Estados asociados son parte Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.

⁴ El convenio, aprobado por Uruguay por Decreto-Ley 15.110 del 17 de marzo de 1981, en el artículo 1, dispone: “Los domiciliados en un Estado parte gozarán ante los tribunales del otro, del mismo trato de que gozan quienes en él se domicilian”.

⁵ El convenio uruguayo-chileno fue aprobado por Uruguay por Decreto-Ley 15.251 del 26 de marzo de 1982.

⁶ Por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, ratificado por Uruguay por Ley 13.751 del 11 de julio de 1969, artículo 14: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Uruguay por Ley 15.737 del 8 de marzo de 1985, artículo 8, “Toda persona tiene dere-

tes los convenios bilaterales que vinculaban a Uruguay con Argentina y Chile desde principios de los años ochenta, así como las elaboraciones de la Conferencia de La Haya— el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, decisión 05/92 del 27 de junio de 1992,⁷ regula la materia en el capítulo III, Igualdad de trato procesal, artículos 3 y 4.

El artículo 3 asegura a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado parte actuantes ante tribunales de otro, libre acceso a la jurisdicción de dicho país para la defensa de sus derechos e intereses en igualdad de condiciones con los pertenecientes al foro. Equiparación que supone excluir eventuales discriminaciones respecto a la capacidad procesal, de postulación o a que se invierta en perjuicio del foráneo la carga de la prueba. El principio implica asimismo que comprobada que fuere la carencia de recursos de la persona ajena al foro, se le otorguen los auxilios que se prestarían al litigante local en igual situación. Se reafirma de este modo una condición esencial a la justicia, su universalidad, de modo que su acceso no quede vedado a nadie, propio o extraño.⁸

El principio de igualdad procesal, por definición, excluye cualquier posibilidad de imponer al foráneo por su condición de tal, cauciones o depósitos para acceder a los tribunales. No obstante y dado que algunos derechos de la región aún mantienen el instituto de la fianza de arraigo,⁹ se convino en atender especialmente el tema, derogándolo. El artículo 4 del protocolo ordena que ninguna caución o depósito “cualquiera sea su denominación” sea impuesto por un Estado parte a personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de otro, o a personas jurídicas constituidas, autorizadas o inscriptas en una de las partes. Solución que asume que la exigencia de que el foráneo deba prestar caución para litigar, que alguna vez se pretendió justificar

cho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”.

⁷ Uruguay aprobó el convenio por Ley 16.971 del 15 de junio de 1998, habiendo depositado el instrumento de ratificación el 20 de julio de 1999.

⁸ La igualdad de trato procesal reconocida a las personas físicas, el protocolo la extiende en beneficio de las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de conformidad con las leyes de cualquiera de los Estados parte, artículo 3 *in fine*.

⁹ Uruguay lo ha derogado en el actual Código General del Proceso, Ley 15.982 del 18 de octubre de 1988.

alegando que respondía a razones de seguridad procesal, es claramente discriminatoria hacia el extranjero, tal como ya señalara el procesalista uruguayo Couture en el Primer Congreso Nacional —argentino— de Ciencias Procesales celebrado en Córdoba en 1939.¹⁰

La Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 07/02 del 5 de julio de 2002, artículos 3 y 4 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 del 5 de julio de 2002, artículos 3 y 4, aún no vigentes, extienden a los nacionales de los Estados parte la igualdad de trato procesal ya conferida a los ciudadanos y residentes permanentes.

En razón de lo expuesto, si por ejemplo una madre, ciudadana uruguaya pero radicada en otro país, por ejemplo en España, reclama en otro de los Estados parte del Mercosur alimentos a favor de su hijo y careciere de recursos, tendrá derecho a acceder a los mismos beneficios de justicia gratuita y asistencia letrada que la legislación del foro concede a los litigantes locales en igual situación, encontrándose asimismo exenta de prestar fianza de arraigo. Tratamiento no discriminatorio que deberá brindarse igualmente a un reclamante aun cuando no fuere ciudadano de uno de los Estados parte del Mercosur, en tanto esté radicado en alguno de ellos.

La equiparación en el tratamiento de los litigantes ajenos al foro con los locales ha sido regulada posteriormente en la región de manera más detallada a través de sendos acuerdos entre los Estados parte del Mercosur y entre el Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre Justicia Gratuita y Asistencia Jurídica Gratuita, decisiones 49/00 y 50/00 del 15 de diciembre de 2000, todavía no vigentes, y que deberán ser aprobados sin tardanzas para proteger aun más ampliamente las necesidades procesales de las personas vinculadas a un Estado parte o asociado, actuantes ante tribunales de otro.

Además de las mencionadas regulaciones específicas en materia de igualdad de trato procesal, corresponde señalar la existencia de diver-

¹⁰ Primer Congreso Nacional —argentino— de Ciencias Procesales, Antecedentes y Actas, Universidad Nacional de Córdoba, 1942, p. 356.

esos textos convencionales que, no obstante regular otras materias como cuestión principal, contienen disposiciones atinentes a la condición procesal del litigante foráneo en relación a situaciones que hacen al derecho de familia y minoridad.

La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares,¹¹ artículo 16, excluye de la obligación de indicar persona que en el Estado exhortado se haga cargo de los gastos a las rogatorias referidas a alimentos provisionales, y dispone que el beneficio de pobreza concedido sea reconocido en el Estado requerido; y el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/974, vigente entre todos los países del Mercosur, también beneficia las solicitudes referidas a localización y restitución de menores, artículo 25.

En materia de restitución internacional de niños ilícitamente trasladados o retenidos fuera del Estado de su residencia habitual, la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores,¹² artículo 23, prevé asimismo la gratuidad de la tramitación de las solicitudes libradas al amparo de la Convención, así como la exención respecto a las mismas de cualquier impuesto, depósito o caución, en tanto que la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores,¹³ artículo 25, consagra la igualdad de trato procesal a favor de los nacionales y residentes permanentes de un Estado actuantes ante las autoridades de otro en todo lo relativo a la asistencia judicial y asesoramiento jurídico. En igual sentido, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores,¹⁴ artículo 22.

¹¹ Aprobada en la CIDIP II de Montevideo de 1979, y vigente entre los Estados parte del Mercosur, entre Argentina, Paraguay y Uruguay, que la aprobó por Decreto-Ley 14.953 del 12 de noviembre de 1979; con los Estados asociados, rige con Colombia, Ecuador y Perú.

¹² Vigente, entre otros, entre todos los Estados parte del Mercosur y Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Estados asociados. Fue aprobada por Uruguay por Ley 17.335 del 17 de mayo de 2001.

¹³ La convención ha sido aprobada, entre otros países, por todos los Estados parte del Mercosur, Argentina (ratificante), Brasil, Uruguay y Paraguay (adherentes); Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Estados asociados al Mercosur son también parte de la convención. Uruguay la aprobó por Ley 17.109 del 12 de mayo de 1999.

¹⁴ Vigente entre todos los Estados parte del Mercosur y Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Estados asociados; Uruguay ha aprobado la convención por Ley 16.860 del 9 de septiembre de 1997.

Respecto a la prestación internacional de alimentos, la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias,¹⁵ artículo 14, legisla que ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera o tener domicilio o residencia habitual en otro Estado, y que el beneficio de pobreza declarado a favor del acreedor, en el Estado parte donde hubiere reclamado los alimentos, será reconocido en el Estado de ejecución de la decisión, comprometiéndose además los países a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen de beneficio de pobreza; en tanto que la Convención de Nueva York de 1956 sobre Obtención de Alimentos,¹⁶ artículo 9, beneficia al reclamante extranjero con la igualdad de trato procesal y le exime de prestar fianza de arraigo.

III. DOCUMENTACIÓN EXTRANJERA ANTE TRIBUNALES Y OTRAS AUTORIDADES

En materia de derecho de familia y minoridad se plantea con frecuencia la necesidad de presentar ante tribunales y otras autoridades documentos públicos emanados del extranjero, como testimonios de partidas de nacimiento, matrimonio, defunción o de sentencias de divorcio, situación ésta que genera interrogantes referidas a cómo tales instrumentos pueden adquirir eficacia probatoria en el Estado donde son invocados, y de estar redactados en idioma distinto al oficial de dicho país, si es necesario que sean acompañados de traducción, y en su caso, quien deba realizarla.

1. *Legalización de documentos extranjeros*

Couture define la legalización como “el conjunto de certificaciones mediante las cuales un documento público expedido dentro de un Estado adquiere validez y eficacia probatoria en otro país”,¹⁷ y el

¹⁵ Vigente entre los Estados parte del Mercosur y Bolivia, Ecuador y Perú, Estados asociados; Uruguay la aprobó por Ley 17.334 del 17 de mayo de 2001.

¹⁶ Aprobada por Uruguay por Ley 16.477 del 4 de mayo de 1994.

¹⁷ Couture, Eduardo, *Vocabulario jurídico con especial referencia al derecho procesal uruguayo*, Montevideo, Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Biblioteca de Publicaciones Oficiales, 1960, pp. 391 y 392.

maestro Quintín Alfonsín señala coincidentemente, “la legalización consular produce fe de la autenticidad de los documentos públicos extranjeros”, agregando, “sin el acto de la legalización quedaría en duda desde el punto de vista del derecho uruguayo, la autenticidad del instrumento extranjero y no podría reputársele, por lo tanto, como merecedor de plena fe a que refieren los artículos 1575 y siguientes del Código Civil”.¹⁸

Por consiguiente, cabe entender la legalización como 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 del país de procedencia del instrumento, actuando dicho funcionario dentro de los límites de sus atribuciones. Por lo que la legalización, como precisara Goldschmidt, asegura la autenticidad del instrumento público emanado del extranjero, garantizando “que proceda en realidad de quien en apariencia dimana”,¹⁹ constituyendo dicha autenticidad documental una cuestión distinta a la validez del acto que se instrumenta en el documento, cuanto que la legalización del documento no juzga sobre el fondo del acto jurídico.²⁰

A. *Legalización directa e indirecta*

Legalización directa. Se trata de la modalidad más frecuente, consistiendo en la autenticación de un documento público extranjero, realizada por agente diplomático o consular perteneciente al país ante el cual el documento será invocado, acreditado en el Estado de procedencia del instrumento.

Legalización indirecta. El creciente número de naciones independientes, consecuencia de procesos de descolonización y de la implosión de algunos Estados, plantea en países con servicio exterior no demasiado extendido una seria limitante para mantener misiones diplomáticas o consulares en todos los Estados, circunstancia favorable al desarrollo

¹⁸ Alfonsín, Quintín, “Legalización indirecta”, *La Justicia Uruguaya*, t. XXV, p. 79.

¹⁹ Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, 5a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 445.

²⁰ Tellechea Bergman, Eduardo, “Legalización y traducción de documentos”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, núm. 6, junio de 1991.

de la denominada legalización indirecta. La misma supone en esencia una primera legalización, realizada por agentes diplomáticos o consulares de un tercer Estado acreditados en el país de origen del documento y una legalización posterior llevada a cabo por el cónsul del Estado, donde en definitiva el documento será invocado acreditado en el país cuyos agentes hicieron la legalización inicial.

Uruguay recibe la legalización indirecta en casos de inexistencia de representación diplomática o consular de la República en el Estado de origen del documento, requiriéndose que antes de la actuación del cónsul uruguayo sólo se produzca la del agente consular o diplomático extranjero acreditado en el país de origen del instrumento que realizó la primera legalización, Decreto-Ley 15.441 del 1 de agosto de 1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”.

B. Supresión de la legalización

Se asiste actualmente a una fuerte tendencia a suprimir la legalización, sustituyendo sus enlentecedores y a menudo engorrosos procedimientos por una sencilla “apostilla”, extendida por funcionarios autorizados pertenecientes al Estado de origen del documento. Tal como lo previó la Convención de La Haya, del 5 de octubre de 1961, sobre Supresión de la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, hoy vigente entre más de cincuenta países, pero sólo aprobada por Argentina entre los Estados del Mercosur, por lo que es deseable que los otros Estados parte aprueben dicho convenio.

En materia de asistencia judicial internacional no se exige la legalización de los exhortos transmitidos vía diplomática o consular o a través de las autoridades centrales, en razón de la índole oficial de la vía empleada, y tampoco en la comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas contiguas, tema que será analizado en el capítulo referido a la cooperación judicial internacional.

2. Eficacia probatoria de los instrumentos públicos extranjeros

El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados parte del Mercosur, Decisión CMC 05/92 y el texto espejo, 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, en sus respectivos capítulos VI, “De los instrumentos públicos y otros documentos”, y artículos 25 en ambos, confieren a los instrumentos públicos emanados de una parte e invocados en otra, la misma fuerza probatoria de los documentos públicos locales. Equiparación que no supone que los instrumentos públicos extendidos en un Estado valgan automáticamente en los demás países, ya que se deberán ajustar a aquellos requisitos exigibles para acreditar su autenticidad.

3. *Remisión de testimonios de actas de estado civil*

El incremento de la circulación de personas entre los países del Mercosur, en importante medida a consecuencia del propio proceso integrador, y la creciente necesidad de acreditar en un Estado situaciones de familia generadas en otros, es asumido por el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, y luego por el acuerdo espejo entre el Mercosur, Bolivia y Chile, artículos 27 en ambos, que disponen que cada Estado remitirá a solicitud de otro y a través de las autoridades centrales, para fines exclusivamente públicos, testimonios de actas de registro de estado civil, sin cargo alguno. Experiencia que ya tiene aplicación exitosa entre Argentina y Uruguay.

4. *Traducción*

En el caso que el documento extranjero estuviese redactado en idioma distinto al del Estado donde será invocado, es necesario que sea acompañado de traducción a dicha lengua. Principio de general aceptación, aún cuando algunos convenios internacionales de alcance mundial, con la finalidad de facilitar la cooperación internacional en materias de especial sensibilidad, como el reintegro internacional de menores ilícitamente sustraídos o retenidos fuera del país de su centro de vida, prevén que cuando la traducción al idioma del Estado requerido resulte de difícil realización, se pueda apelar a una traducción al francés o al inglés, salvo reserva del Estado rogado respecto a uno de estos idiomas, pero no a ambos, Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 24.

En el ámbito de la asistencia jurisdiccional internacional, la traducción constituye una condición exigida tanto por las convenciones interamericanas, cuanto por los Protocolos del Mercosur referidos a la materia, como se examinará en el capítulo respectivo, siendo requerida en el derecho uruguayo de fuente nacional desde el siglo XIX,²¹ estando hoy regulado por el ya citado Decreto-Ley 15.441 del 1 de agosto de 1983, artículos 6 y 7, y el Código General del Proceso, libro segundo, título X, “Normas procesales internacionales”, artículos 527.4 y 539.3.²²

A nivel del Mercosur se ha intentado reducir los costos de traducción en materia de cooperación judicial a través del empleo de formularios redactados en los dos idiomas del Mercado, acuerdos complementarios de Asunción y Montevideo a los Protocolos de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, decisiones del CMC 05/97 y 09/97, respectivamente. El proceso codificador del derecho internacional privado interamericano constituido por las conferencias especializadas interamericanas de derecho internacional privado (las CIDIP) también ha recurrido a la solución de formularios impresos en los cuatro idiomas de los Estados americanos en los protocolos de 1979 a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de 1984 a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

²¹ Ley 2152 del 30 de junio de 1891, artículo 43, dispuso de modo general que los documentos otorgados fuera del país, en caso de estar extendidos en idioma que no fuere el español, fuesen acompañados de traducción debidamente autorizada.

²² Decreto-Ley 15.441 del 1 de agosto de 1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”. Artículo 6, “Las sentencias y los laudos homologados, dictados en asuntos civiles, comerciales, laborales, penales y administrativos, las escrituras públicas y demás documentos otorgados por las autoridades públicas competentes de los Estados extranjeros o provenientes de organismos internacionales, los exhortos o cartas rogatorias y documentos privados no redactados en español, para sentir efecto en la República, deberán ser traducidos por traductor público nacional”. Artículo 7, “Sin perjuicio de lo anterior, se considerarán también válidas las traducciones realizadas por el agente consular de la República del lugar de donde procede el documento”. Código General del Proceso, artículo 527.4, “Los exhortos o cartas rogatorias y la documentación anexa deberán ser acompañadas, en su caso, de la respectiva traducción”. Artículo 539, “Eficacia de las sentencias... 1) Las sentencias extranjeras tendrán eficacia en la República, si reúnen las siguientes condiciones... 3) que se presenten debidamente traducidas, si correspondiere”.

IV. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *El Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa*

El protocolo, aprobado por el Consejo del Mercado Común por Decisión núm. 5/92 del 27 de junio de 1992, se encuentra vigente entre todos los Estados parte del Mercosur, siendo actualmente el texto aplicable en la materia entre dichos países.²³ Han sido precedentes directos del protocolo, las convenciones interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de Panamá de 1975, y de Montevideo de 1979 sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero, y sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,²⁴ así como los convenios bilaterales negociados a fines de 1991 por Argentina y Uruguay con Brasil,²⁵ y muy especialmente por la jurisprudencia derivada de su intensa aplicación, los convenios bilaterales puestos en vigencia entre Uruguay y Argentina en 1981.²⁶

²³ Argentina lo aprobó por Ley 24.578 del 25 de octubre de 1995 y depositó el instrumento de ratificación el 3 de julio de 1996; Brasil depositó la ratificación el 16 de febrero de 1996 y lo promulgó por Decreto 2067 del 12 de noviembre de 1996 (en Brasil los tratados entran en vigencia luego de su promulgación, que se efectúa con fecha posterior al depósito del instrumento de ratificación); Paraguay lo aprobó por Ley 270/93 y depositó la ratificación el 12 de septiembre de 1995; y Uruguay lo aprobó por Ley 16.971 del 15 de junio de 1998 y depositó la ratificación el 20 de julio de 1999.

²⁴ Las convenciones interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1975 y de Montevideo de 1979 sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, si bien hoy ratificados por todos los Estados parte del Mercosur —Brasil no ha ratificado en cambio la Convención de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero— no vinculaban a Brasil, aunque sí a los otros tres socios del Mercosur a comienzos del proceso integrador, fines de 1991.

²⁵ Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre Brasil y Uruguay, firmado en Montevideo el 28 de diciembre de 1992. Entre Brasil y Argentina también en 1991 se concluyó un Acuerdo de Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.

²⁶ Convenios sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, y sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, vigentes desde el 12 de mayo de 1981.

A. *Ámbito*

a. *Ámbito material*

El protocolo persigue asegurar una adecuada entreayuda jurisdiccional entre los Estados parte del Tratado de Asunción, capaz de evitar la frustración de la realización de la justicia en los casos cada vez más frecuentes en los que resulta necesario el auxilio jurídico internacional, ya que como señalara Michelli:²⁷

La intensificación de las relaciones internacionales ha tenido, entre sus consecuencias, la de determinar el aumento de las ocasiones en las cuales los jueces de un Estado sienten la necesidad de obtener la colaboración de los jueces de otro Estado a fin de ejercitar su función de juzgar, cuando determinados actos deben ser cumplidos fuera del territorio del Estado al cual pertenecen los jueces ante los cuales pende el proceso.

Con la finalidad indicada se intentó armonizar y actualizar soluciones en un único texto común adaptado a las necesidades del área en integración.

La cooperación acordada abarca las materias civil —comprendiendo los temas de minoridad y familia—, comercial, laboral y contencioso-administrativa, tal como surge del título, preámbulo y artículo primero del protocolo. Asimismo, y de acuerdo al artículo 18 parte final, también alcanza al reconocimiento de sentencias extranjeras pronunciadas por jurisdicción penal que impongan reparación de daños y restitución de bienes.

b. *Tipos de entreayuda jurídica internacional convenidos*

El protocolo compromete la prestación de cooperación de primer nivel o grado, comprensiva de “Cooperación en actividades de mero trámite y probatorias”, capítulo IV —citaciones, intimaciones, notifi-

²⁷ Michelli, G. A., *Estudios de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Santís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1970, p. 267.

caciones, emplazamientos y diligenciamiento de pruebas rogadas por tribunales de las otras partes—, así como también el “Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales”, capítulo V, máximo nivel de asistencia jurisdiccional *latu sensu* entre sistemas de administración de justicia pertenecientes a distintos Estados.

La cooperación cautelar no fue regulada por el protocolo a causa de planteos de la delegación brasileña respecto a la imposibilidad de trabar medidas cautelares en su país a solicitud de tribunales extranjeros. Ante tal situación las delegaciones de las otras partes, fundamentalmente de Argentina y Uruguay, señalaron que de no alcanzarse tal nivel de auxilio jurídico internacional ello supondría una solución más restrictiva que aquella vigente desde hacía más de un siglo entre Argentina, Uruguay y Paraguay, consagrada por los tratados de Montevideo de derecho procesal internacional de 1889 y 1940,²⁸ y luego por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. Se indicó además que tal imposibilidad determinaba la eventualidad que la ejecución de una sentencia extranjera se viera seriamente dificultada ante la imposibilidad de trabar embargo en el Estado donde luego se intentaría hacer efectivo el fallo. Ante tales argumentos, la delegación brasileña convino en que el tema permaneciera en agenda, mientras en su país se realizaban consultas a nivel de los ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia, y del Supremo Tribunal Federal, las que finalmente posibilitaron el hoy vigente Protocolo de Medidas Cautelares.

²⁸ El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 contempla la cooperación cautelar en su artículo 10 que prevé que “los exhortos o cartas rogatorias se refieran a embargos”. El tratado fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; Colombia es adherente. Para Uruguay, el tratado continúa vigente con Perú, Bolivia y Colombia, sin perjuicio de derogaciones diversas derivadas de las convenciones interamericanas aprobadas por las CIDIP, en tanto son textos convencionales más recientes. Entre Argentina, Uruguay y Paraguay, con las mismas salvedades respecto a textos convencionales posteriormente entrados en vigencia entre dichos países, el tratado de 1889 fue sustituido por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940 que reguló la cooperación cautelar en los artículos 12, 13 y 14. Respecto a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por Uruguay por Decreto-Ley 15.195 del 19 de octubre de 1981.

El Protocolo de Las Leñas abarca también otras cuestiones, ya examinadas, referidas a la condición procesal de los litigantes ajenos al foro vinculados a otros Estados parte, capítulo III; y a la fuerza probatoria de los documentos públicos emanados de una parte e invocados en otra, capítulo VI; así como sobre información del derecho extranjero, capítulo VII.

B. *Autoridades centrales*

A efectos de agilizar y tecnificar la cooperación judicial, el protocolo consagra la obligación de los Estados de designar autoridades centrales, capítulo II, artículo 2. Organismos especializados en cooperación jurídica internacional, con origen en las convenciones de La Haya de 1965 sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial, y de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, también previstos en distintas convenciones interamericanas a partir de las de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero. En el ámbito bilateral los convenios uruguayo-argentinos sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos y sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, fundaron también su funcionamiento en la actuación de tales órganos.²⁹

El auge contemporáneo de las autoridades centrales responde a que se trata de organismos especializados que permiten una directa y ágil comunicación entre el tribunal rogante y el rogado, eliminando enlentecedores encadenamientos burocráticos, propios de la tradicional vía diplomática o consular.

En el cono sur americano sólo poseían autoridades centrales, efectivamente actuantes, al aprobarse el texto de Las Leñas, Argentina, Chile y Uruguay,³⁰ habiéndose organizado autoridades centrales en Brasil y Paraguay, luego de aprobado el protocolo.

²⁹ También se fundan en la actuación de autoridades centrales, los convenios bilaterales concluidos en materia de cooperación judicial en 1991 por Uruguay y Argentina con Brasil.

³⁰ En Uruguay, la autoridad central, con fines de toda entera ayuda jurídica internacional, es la asesoría de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional

C. Cooperación jurídica internacional de primer nivel

Cooperación de mero trámite y probatoria

El Protocolo de Las Leñas, en el capítulo IV, legisla este tipo de auxilio con base en soluciones que tienen directo antecedente en aquellas consagradas por el Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, capítulo III, “Exhortos”, y en similares del acuerdo argentino-brasileño, y muy especialmente, por la importante experiencia derivada de su aplicación, en el Convenio uruguayo-argentino sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos. Igualmente han sido fuentes directas de las soluciones acordadas, las convenciones interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

La materia comprendida por este nivel de cooperación es la indicada en el artículo 5, “citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones u otras semejantes” —por lo que resulta claro que la enumeración no es taxativa— y “recepción u obtención de pruebas”, y más allá de las diferencias existentes entre el auxilio de mero trámite y probatorio, ambos tipos integran el primer grado de la entreayuda jurisdiccional internacional, constitutiva de la cooperación menos compleja y que menos afecta al Estado que la brinda, pero asimismo la más importante desde el punto de vista cuantitativo.

- Tramitación

Es posible distinguir dos modalidades en la tramitación de las actuaciones de mero trámite y probatoria fuera de fronteras: una, extrajudicial, y otra, clásica de los países de derecho civil, jurisdiccional, que se traduce en un auténtico auxilio entre tribunales de distintos Estados.

del Ministerio de Educación y Cultura, actualmente organizada en cumplimiento de los cometidos impuestos por diversos textos internacionales multilaterales, bilaterales y normas de fuente nacional, por el Decreto 95/996.

a) *Modalidad extrajudicial*

Es propia de los países del *common law*, aún cuando en la actualidad tal práctica haya alcanzado cierto grado de aceptación generalizada, remontándose su origen al *in ius vocatio* del antiguo derecho romano, burocratizado luego en el Imperio con el *libellum* entregado por funcionario. Esta forma extrajudicial se concreta bien en el diligenciamiento del auxilio por “comisionados”, bien en su tramitación por agentes diplomáticos o consulares del Estado en el que se ha iniciado el juicio, acreditados en el país en el cual la actividad de mero trámite o probatoria deba llevarse a cabo y excluye, en principio, la actuación de tribunales locales.

Algunos derechos, como el uruguayo, no reciben la figura del comisionado en el diligenciamiento de la cooperación jurídica internacional, aunque sí admiten la actuación directa de agentes diplomáticos o consulares en la asistencia civil o comercial. El artículo 526, numeral 2, del Código General del Proceso de Uruguay, dispone: “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 y obtención de pruebas). Norma con origen en el artículo 5.j de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En lo referente a tratados regionales que prevean tal tipo de actuación diplomática o consular, corresponde mencionar la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias que hoy rige entre diecisiete Estados, entre ellos, todos los países del Mercosur. El artículo 13 de dicha Convención autoriza a dichos agentes a dar cumplimiento a actuaciones en los Estados en que estén acreditados, siempre que ello no se oponga a las leyes de los mismos y no empleen medios que impliquen coacción. El artículo 9 del Protocolo a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero coincide con la solución del artículo 13 de la Convención sobre Exhortos y atribuye competencia a los agentes diplomáticos o consulares de un Estado parte para recibir pruebas u obtener informaciones en la parte donde ejerzan sus funciones, sin que para ello puedan emplear medios de apremio. En tal sentido, el artículo 11 del protocolo 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 aplicará tales medidas cuando estime que se han llenado los requisitos exigidos por su propia legislación, para que las mismas puedan disponerse en procesos locales.

El citado protocolo regula cuidadosamente distintos aspectos referidos a la actuación de diplomáticos y cónsules en la recepción de pruebas, consagrando el derecho de las personas de quienes se reciban las mismas a estar asistidas de abogados, y si fuere necesario, de intérpretes y otros auxiliares de su confianza, artículo 12 parte final, y autoriza a los Estados parte a limitar, respecto a los no nacionales del Estado acreditante del agente diplomático o consular, a determinadas materias las facultades de los agentes extranjeros, y a disponer condiciones para la recepción de pruebas por los mismos, entre otras, relativas al tiempo y lugar donde deban practicarse, artículo 10.

No obstante no prever el Protocolo de Las Leñas la modalidad extrajudicial, en tanto que la misma está expresamente contemplada por la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 13, vigente entre todos los Estados del Mercosur, será posible acudir a ella entre dichos países, siempre que ello no se oponga a la ley del Estado donde los agentes diplomáticos o consulares estén acreditados.

b) *Modalidad judicial, el exhorto*

Se trata de la forma usual en la transmisión de la cooperación jurídica internacional entre los países del cono sur, entre los que el mayor volumen del auxilio internacional es brindado a través de este procedimiento, que se traduce en el envío de exhortos o cartas rogatorias internacionales. Términos sinónimos que podemos definir como la petición o ruego que hace el órgano jurisdiccional de un Estado a su par de otro para la realización de una actividad procesal al servicio del requirente. De acuerdo a los más importantes textos regionales reguladores del tema, convenciones interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, así como en lo bilateral, convenios uruguayo-argentino

y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, y Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, el exhorto librado en materia civil, comercial, laboral o contencioso-administrativa, necesariamente deberá provenir de órgano jurisdiccional y ser dirigida a órgano de similar condición del Estado exhortado. Se entiende por jurisdiccional, todo órgano que perteneciente o no al Poder Judicial sea un verdadero tribunal de justicia, esto es, un órgano independiente, capaz de resolver con autoridad de cosa juzgada el litigio sometido a su consideración.³¹

El Protocolo de Las Leñas acoge expresamente la condición de que el auxilio sea prestado entre tribunales, como lo resultante de sus artículos 5, “Cada Estado deberá enviar a las autoridades jurisdiccionales del otro Estado” y 6, “Los exhortos deberán contener: a) denominación y domicilio del órgano jurisdiccional requirente”.

La calidad de jurisdiccional del exhortante corresponde sea calificada de acuerdo al derecho de origen de la rogatoria, posición con amplia recepción en la doctrina continental, sostenida entre otros por la ex subsecretaria jurídica de OEA, profesora Tatiana B. de Maekelt. Solución no excluyente, empero de que el Estado rogado, en defensa de su inconculcable orden público internacional, deniegue la cooperación en casos de notoria ausencia en el requirente de calidades 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 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 a un exhorto librado por la Junta de Recupera-

³¹ En materia de entrecayuda internacional penal, la necesidad de atender las diferencias existentes entre el sistema personal inquisitivo y el acusatorio, ha determinado que el auxilio se preste ante “solicitudes de cooperación emanadas de las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos en el Estado requirente”, tales, entre otros, el artículo 4 de la Convención Interamericana de Nassau de Asistencia Mutua en Materia Penal y en el caso del Mercosur, el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales —aprobado por Uruguay por Ley 17.145 del 9 de agosto de 1999— en el que la cooperación se brinda ante pedidos de las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o la investigación de delitos, artículo 4.

ción Patrimonial argentina —órgano creado en dicho país tras el derrocamiento de la segunda presidencia del general Perón—, ya 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 conceptuado como verdadero tribunal.³² Coincidimos con esta posición, y entendemos con Operti,³³ que en tales casos normalmente los interesados se hallan en la imposibilidad o grave dificultad de defender sus derechos, vulnerando ello principios fundamentales de garantía en el proceso, que en nuestro derecho ostentan rango constitucional.

b.1) Vías para la transmisión de los exhortos

El Protocolo de Las Leñas contempla de manera expresa la actuación de las autoridades centrales, capítulo II, artículo 2, disponiendo al respecto que las rogatorias deberán enviarse por tal vía, artículo 5. Sin perjuicio del énfasis en tal procedimiento de transmisión del auxilio internacional, fruto de la necesidad de ponerlo en efectivo funcionamiento en aquellos socios que aún no lo habían hecho —Brasil y Paraguay—, y en tanto que todos los Estados parte del Mercosur se encuentran vinculados por la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, cuyo artículo 4 admite también las tradicionales vías diplomática o consular, particular y judicial, y que especialmente en relación a este última contempla la comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas, artículo 7, corresponde reconocer la procedencia de estas vías para la transmisión de la cooperación en la región. En tal sentido, el también vigente Protocolo del Mercosur de Ouro Preto de Medidas Cautelares consagra expresamente tales procedimientos, incluida la comunicación directa entre jueces fronterizos, artículo 19, “Transmisión y diligenciamiento”, respecto a un nivel de cooperación aun de mayor afectación para el Estado que brinda el auxilio, por lo cual no existe razón para excluir

³² “Bulletin de Jurisprudence Uruguayenne”, *Journal du Droit International*, París, núm. 2, 1958, pp. 460-464.

³³ Operti, D., *Exhortos y embargos de bienes en el extranjero. Medios de cooperación judicial internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976, p. 43.

las referidas vías respecto a un grado de cooperación de menor rango como es el de mero trámite y probatorio.

La Enmienda al Protocolo de Cooperación 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, aún no vigentes, amplían a texto expreso los modos de transmisión, recibiendo además de la autoridad central, el diplomático o consular y el particular, artículo 10 de ambos textos.

Cabe agregar que en el ámbito uruguayo-argentino ha comenzado a aplicarse con éxito la comunicación directa sin necesidad de legalización entre jueces de zonas fronterizas contiguas. Comunicación que no ha podido concretarse en el ámbito fronterizo con Brasil, cuanto no obstante ser dicho país, al igual que los otros del Mercosur, parte de la Convención Interamericana sobre Exhortos, la jurisprudencia de su Supremo Tribunal Federal ha interpretado que “a Constituição da República, ao dispor 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 exequatur pelo presidente de STF”.

b.2) Requisitos a los que deben ajustarse los exhortos

Las solicitudes de auxilio internacional de mero trámite y probatorio, como todas las rogatorias, deben ajustarse a condiciones formales, procesales y sustantivas. Los artículos 6 y 10 del Protocolo de Las Leñas regulan exigencias generales, comunes a las rogatorias de trámite y de prueba, en tanto que el artículo 7, legisla exigencias específicas que deben acatar aquellas requirentes de cooperación probatoria.

b.2.1) Requisitos formales

En tanto documento, el exhorto debe ajustarse a condiciones destinadas a asegurar su autenticidad, comprensión y correcta aplicación.

Requisitos destinados a asegurar la autenticidad y pertinencia del exhorto. Como consecuencia que el Protocolo de las Leñas previó únicamente la vía autoridad central para la remisión de las rogatorias, exige a los exhortos de la exigencia de legalización, artículo 26. Exención con profusos antecedentes en el derecho convencional regional, así como en la moderna normativa uruguaya de fuente nacional.³⁴

Entre países que no fueren parte de la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, se requerirá en cambio de legalización, cuando se empleen modos para la transmisión de exhortos respecto a las cuales la exigencia no haya sido excluida, tales las vías particular y judicial, excepto en relación a esta última, comunicaciones directas entre jueces de zonas fronterizas.

La Enmienda al Protocolo de Las Leñas, Decisión CMC 07/02, artículo 10, en tanto acoge además las vías diplomática o consular y particular, requiere legalización respecto a esta última, salvo que entre los Estados requirente y requerido se hubiere suprimiendo el requisito o se le hubiere sustituido por otra formalidad.

La dispensa de legalización no excluye el cumplimiento de otras condiciones tendientes igualmente a asegurar la autenticidad de la rogatoria. El protocolo en el artículo 6, literal a, exige identificar al órgano jurisdiccional requirente a través de su nombre y dirección, condición que se complementa con las relativas a que el expediente sea adecuadamente individualizado con especificación del objeto y naturaleza del juicio y el nombre y domicilio de las partes, literal b, y que para acreditar su pertinencia se transcriba la resolución que ordena la expedición de la rogatoria, literal c.

³⁴ Excluyen la legalización respecto de exhortos y documentos transmitidos vía diplomática, consular o autoridad central, entre otras, las convenciones interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 6; Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 13, etcétera; así como los convenios bilaterales sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos que vinculan a Uruguay con Argentina y Chile, artículo 2 de ambos textos y en igual sentido, el Convenio uruguayo-brasileño sobre Cooperación Judicial, artículo 23. En el ámbito de la normativa de fuente nacional uruguaya, el Código General del Proceso, artículo 527.2 y el Decreto-Ley Nro. 15.441 de 1 de agosto de 1983, "Se Establecen Normas para Legalizar Documentos Extranjeros", artículo 5, adoptan igual solución.

Requisito destinado a asegurar la comprensión de rogatorias redactadas en idioma distinto al del Estado exhortado. Usualmente se exige que el exhorto y la documentación anexa sean acompañadas de traducción al idioma oficial del Estado requerido, cuando la lengua del requirente es otra. El artículo 10 del protocolo acoge esta condición, destinada a contemplar las rogatorias recibidas o remitidas desde o hacia Brasil por los otros socios del Mercosur. El texto de Las Leñas no regula empero sobre el modo como deberá efectuarse la traducción, por lo que la misma queda sujeta a lo que disponga al respecto el derecho del Estado en el cual se pretenda la eficacia de la documentación extranjera.³⁵

A nivel interamericano, algunos textos como el Protocolo Adicional de Montevideo de 1979 a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias buscan facilitar a través del empleo de formularios impresos en los idiomas de los Estados parte, la exigencia de traducción. En el Mercosur, los Acuerdos Complementarios a los Protocolos de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y de Medidas Cautelares, aprobados respectivamente por el CMC, por decisiones 5/97 del 18 de junio de 1997 y 9/97 del 15 de diciembre de 1999, adoptan igual tesitura, buscando conjugar a través de formularios redactados en los dos idiomas del mercado la correcta comprensión de las rogatorias por sus destinatarios, con la necesidad de aminorar los gastos de traducción.

Requisitos destinados a facilitar el cumplimiento del exhorto. El protocolo enumera tales condiciones en los literales d, e y h del artículo 6.

Literal d. “Nombre y domicilio del apoderado de la parte solicitante en el Estado requerido, si la hubiere”. De conformidad a la política que informa el protocolo, facilitar la cooperación internacional, la designación de apoderados no es exigencia ineludible para el diligenciamiento de este tipo de auxilio, pues se prevé su tramitación de oficio, artículos 8, primera parte y 17.³⁶

³⁵ En Uruguay, el tema es regulado por el ya citado Decreto-Ley 15.441 del 1 de agosto de 1983, “Se establecen Normas para Legalizar Documentos Extranjeros”, que sólo admite la traducción realizada por traductor público nacional, artículo 6, o aquellas realizadas por agente consular de la República acreditado en el lugar de procedencia del documento, artículo 7.

³⁶ Véase al respecto, numeral 3.1.2, Diligenciamiento: a.1. “Impulso procesal”.

Literal e. “Indicación del objeto del exhorto, precisando nombre y domicilio del destinatario de la medida”. Se trata de una condición que persigue asegurar la prestación de la cooperación solicitada, identificando tanto el objeto que ésta persigue, cuanto las personas a quienes va dirigida. Aún cuando los datos relativos al domicilio del destinatario de la solicitud o de la persona citada a declarar resulten incompletos o inexactos, la actual doctrina y los textos de derecho positivo regionales más modernos, entre ellos el propio protocolo, artículo 16, establecen que el tribunal requerido deberá agotar todos los medios para satisfacer el auxilio que le fuera solicitado, pudiendo además requerir del exhortante información complementaria sobre la identidad y localización de tales personas.

Literal h. “Cualquier otra información que facilite el cumplimiento del exhorto”. Se trata de una exigencia abierta, de estilo en la entreayuda jurídica internacional, cuya finalidad responde a que la rogatoria sea acompañada de todos aquellos datos que se consideren útiles para su más eficaz diligenciamiento.

b.2.2) Requisitos procesales, artículo 6, literales f y g

Literal f. “Información del plazo de que dispone la persona afectada por la medida para cumplirla”. La condición tiene por finalidad la mejor protección de los intereses del afectado por el exhorto, asegurándole mínimas garantías que hacen al debido proceso y tiene antecedentes directos en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 8. b; y los convenios bilaterales uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, artículos 3.f. de ambos.

Literal g. “Descripción de las formas o procedimientos especiales con que ha de cumplirse la cooperación solicitada”. Se busca asegurar a través de una adecuada información al tribunal rogado, la correcta aplicación de procedimientos específicos solicitados por el exhortante, tema que habrá de analizarse al examinar el numeral 3.1.2 “Diligenciamiento”.

b.2.3) Requisito sustancial: no afectación del orden público internacional del Estado exhortado

La cooperación de mero trámite y probatoria puede llegar a afectar el orden público internacional del foro exhortado en casos en que la rogatoria lesione concretamente por su propia naturaleza, valores esenciales e inderogables de dicho Estado, así como en situaciones en las que el procedimiento especial solicitado por el tribunal requirente resulte incompatible con principios procesales básicos del ordenamiento requerido.

El Protocolo de Las Leñas atiende la excepción en lo relativo a la asistencia de mero trámite y probatoria en las dos hipótesis indicadas: en el artículo 8, en casos en los que el auxilio rogado afecte por su propia índole principios de esencia del ordenamiento jurídico exhortado y en el artículo 12, en situaciones en que los procedimientos requeridos por el tribunal exhortante resulten incompatibles con los fundamentos del ordenamiento procesal receptor de la solicitud.

Si bien el protocolo no legisla una definición sobre orden público, la excepción fue concebida en tanto orden público internacional, defensa de los principios esenciales del ordenamiento jurídico requerido. Concepto restrictivo de eventuales empleos abusivos del instituto, incompatibles con la *ratio* de un proceso de integración, que le confine el sentido dado por la Convención Interamericana de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 5. Texto ratificado por todos los Estados del Mercosur, y en relación al cual Uruguay, al momento de suscribir la Convención, efectuara una declaración acerca del alcance limitado que otorga a la excepción.³⁷

En Uruguay, en materia de cooperación de mero trámite y de prueba, sólo en hipótesis excepcionales se han originado situaciones en que se haya entendido que se vulneraba el orden público internacional de la República. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en relación a

³⁷ 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 parte 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”.

exhortos requiriendo levantamiento del “secreto bancario”, tutelado en nuestro derecho bajo la denominación de “secreto profesional” por la legislación en materia de intermediación financiera, que admite no obstante que el secreto sea develado, artículo 25 de la Ley 15.332, ante requerimientos judiciales fundados librados en procedimientos penales o de fijación de pensiones alimenticias.

Otras situaciones en que será posible alegar la improcedencia de la cooperación en razón de afectar los fundamentos del orden público internacional del magistrado rogado son aquellas en las que el exhorto provenga de órgano carente de independencia como para ser considerado un auténtico tribunal de justicia y los casos en que el auxilio hubiere sido requerido por magistrado extranjero cuya competencia en el caso lesionare manifiestamente una jurisdicción exclusiva del Estado exhortado. Al respecto, opinamos con Operti³⁸ que en materia de cooperación el juez exhortado 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. Criterios similares han sostenido en la doctrina argentina, Werner Goldschmidt,³⁹ quien señala 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 exclusiva, y Antonio Boggiano, quien expresa igualmente: “Admitir lo contrario implicaría un dispendio judicial, una incongruencia jurídica, al ejecutar el exhorto de un juez que consideramos carente de jurisdicción para dictar la medida que nos solicita ejecutar. Además, entrañaría consentir la invasión de la justicia argentina”.⁴⁰ En similar sentido en el derecho español, la Ley Orgánica de la Judicatura del 2 de julio de 1985, previó entre las causales de denegación de la cooperación jurídica internacional, artículo 278, numeral 2: “Cuando el proceso

³⁸ Operti, D., “Medidas cautelares con especial referencia al derecho procesal internacional”, numeral 18, “Nuestra posición actual”, en varios autores, *II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, t. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986.

³⁹ Goldschmidt, W., *Derecho internacional...*, cit., p. 479.

⁴⁰ Boggiano, A., *Derecho internacional privado*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 1307.

de que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española”.

b.2.4) Requisitos específicos exigidos a los exhortos librados en materia probatoria

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 7 del texto de Las Leñas, “el exhorto deberá además contener”, se trata de condiciones que se agregan en materia probatoria a aquellas generales ya examinadas.

Literal a. “Una descripción del asunto que facilite la diligencia probatoria”. La finalidad de la exigencia, si bien un tanto engorrosa para el magistrado rogante, es proporcionar al juez exhortado una mínima e imprescindible información acerca de los hechos litigiosos que facilite el adecuado cumplimiento del auxilio rogado.⁴¹

Literal b. “Nombre y domicilio de testigos u otras personas o instituciones que deban intervenir”. La condición responde a la finalidad de asegurar la remisión de la información necesaria a efectos de la ubicación de las personas, individuales o jurídicas, que deban participar en la tramitación de la prueba rogada, tratándose de datos sin los cuales la recepción de la misma peligraría.

Literal c. “Texto de los interrogatorios y documentos necesarios”. Al igual que la precedente, la exigencia persigue asegurar el aporte de elementos básicos para el diligenciamiento de la prueba, y que aun cuando no fuesen demandados expresamente, una elemental lógica jurídica determinaría su necesaria inclusión en el exhorto.

Las señaladas condiciones exigibles a las rogatorias solicitantes de cooperación probatoria ya eran requeridas por textos convencionales regionales anteriores, entre otros, Convención Interamericana de 1979 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 4; convenios bilaterales sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos concluidos por Uruguay con Argentina y Chile, artículo 4 de ambos; etcétera.

⁴¹ Posición coincidente con la sostenida por la profesora Tatiana B. de Mackelt al analizar la Convención de Panamá de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP I), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, p. 86.

- Diligenciamiento

Procedimiento

Frente a los modelos clásicos continentales, tratados de Montevideo de derecho procesal internacional de 1889 y 1940, respectivamente artículos 11 y 13, y Código de Bustamante, La Habana, 1928, artículo 391, que someten los procedimientos a seguir en el cumplimiento de los exhortos requirentes de auxilio de mero trámite y probatorio a la *lex fori* del Estado requerido, el moderno derecho de la cooperación jurídica internacional sin perjuicio de mantener como principio el precitado criterio, admite que a solicitud del tribunal rogante se observen procedimientos especiales. Ello, a condición de que no resulten inconciliables con el orden público internacional del Estado requerido.⁴² Esta solución, que atiende adecuadamente la verdadera índole de la actividad cooperacional, destinada a tener trascendencia en el Estado requirente y a cuyos efectos puede resultar necesario observar en su diligenciamiento formas procesales propias del derecho exhortante, es acogida en el actual derecho internacional privado regional de fuente convencional, entre otras, por las convenciones interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 10, y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículos 5 y 6; el Protocolo de Las Leñas, artículo 12, párrafo segundo, participa de esta posición.

a.1) Impulso procesal

El texto de Las Leñas, a diferencia de las convenciones interamericanas en la materia, consagra el impulso *ex officio* como principio básico para el diligenciamiento de rogatorias requirentes de asistencia de mero trámite y probatoria, artículos 8 y 17, aún cuando la intervención de parte interesada es admitida ya a través de la actuación

⁴² La Convención de La Haya de 1905 sobre Procedimiento Civil Internacional ya preveía la posibilidad de aplicar además de la ley del foro, la del Estado requirente de la cooperación, siempre que las soluciones de dicha ley no fueran incompatibles con las del Estado exhortado.

directa de la propia parte, ya a través de apoderado, esta situación es especialmente contemplada por el literal d del artículo 6. La tramitación de oficio tiene origen en el artículo 8 de los convenios bilaterales sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos celebrados por Uruguay con Argentina y Chile en la década de los años ochenta.

a.2) Gratuidad

La postura tradicional respecto a los gastos originados por el diligenciamiento de exhortos provenientes del extranjero, excepto en materia penal, ha sido poner los mismos a cargo de la parte interesada, solución también acogida por las convenciones de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 12, y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 7. El protocolo, artículo 15, se aparta de tal concepción y coloca por encima de la cuestión atinente a los costos de la prestación del auxilio, el principio de la gratuidad como solución tendiente a facilitar al máximo su prestación. La gratuidad legislada no es absoluta y como límite a la misma se dispone que en casos en que “se soliciten medios probatorios que ocasionaren erogaciones específicas o se designen profesionales para intervenir en el diligenciamiento”, la propia rogatoria deberá identificar la persona que en el Estado requerido procederá a satisfacer el pago de los gastos y honorarios devengados.

El criterio de la gratuidad reconoce a nivel regional un lejano y valioso antecedente en el Convenio de 1903 uruguayo-argentino Ampliatorio del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889, cuyo artículo 3 dispone: “Cuando las comisiones rogatorias fueren dirigidas de oficio, los gastos que ocasionare su diligenciamiento serán de cargo del gobierno del país que las reciba”. Más recientemente, la gratuidad a nivel interamericano ha sido parcialmente acogida por el Protocolo de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1975, artículo 5, y por el Protocolo de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 6. Los convenios bilaterales sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos celebrados entre Uruguay y Argentina, y Uruguay y Chile, artículos 10 de ambos, también consagraron el principio de la gratuidad, recibido

asimismo por el Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial de 1992, artículo 12.

a.3) Empleo de medios coercitivos

El protocolo, artículo 13, autoriza al tribunal rogado a aplicar en el diligenciamiento de exhortos provenientes de otros Estados parte, medios coercitivos previstos por la legislación del exhortado con fines de asegurar el cumplimiento de similares actuaciones procesales de carácter local. El empleo de tales medios no es sino el correlato de que la prestación del auxilio ha dejado de ser una facultad del exhortado para transformarse en un deber que le obliga incluso a fundar el incumplimiento total o parcial del auxilio requerido.⁴³

a.4) Posibilidad de presencia de la parte y de la autoridad requirente en el diligenciamiento del exhorto

En solución que se adecua a un régimen de cooperación internacional aplicado a un marco de integración, el protocolo, artículo 11, autoriza al tribunal rogante a solicitar al exhortado, vía autoridad central, que le informe acerca del lugar y fecha en que será diligenciada la cooperación requerida. Ello con finalidad que la parte interesada, por sí o por su representante, y el propio juez exhortante, “puedan comparecer y ejercer las facultades autorizadas por la legislación de la parte requerida”, a la que en definitiva habrá de corresponder determinar el alcance de dicha presencia.⁴⁴

⁴³ Fue antecedente directo del texto de Las Leñas, el artículo 4 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Prueba en el Extranjero.

⁴⁴ Han sido fuentes, los convenios bilaterales de cooperación judicial concluidos a principios de los años noventa por Brasil con Uruguay y Argentina, artículos 8 y 11, respectivamente.

a.5) Comunicación del cumplimiento del exhorto

El artículo 14 del texto de Las Leñas dispone que la noticia acerca del cumplimiento de la rogatoria, así como de su incumplimiento total o parcial, se comunique de inmediato al tribunal exhortante por intermedio de la vía consagrada por el protocolo para las comunicaciones internacionales, las autoridades centrales. En casos de incumplimiento se exige, como ya se ha indicado, que las razones del mismo se hagan saber, lo que determina como consecuencia que el diligenciamiento de una rogatoria de mero trámite o probatoria no sea un acto discrecional del exhortado, sino que éste se encuentre obligado a fundar la denegación del auxilio.

- Autonomía del acto cooperacional

A efectos de facilitar la prestación del auxilio jurídico internacional, los textos regionales desde las convenciones interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículos 9 y 8 de las mismas, consagran la denominada “autonomía del acto cooperativo”, por la que la prestación de un nivel de auxilio no compromete el otorgamiento de otros tipos más intensos de asistencia jurídica o el reconocimiento de un fallo extranjero dictado en actuaciones en las que antes se hubiere solicitado cooperación internacional. El protocolo, artículo 8 *in fine*, legisla al respecto que la prestación del auxilio de mero trámite o probatorio “no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana”, la que podrá por consiguiente ser examinada al prestarse grados más fuertes de cooperación jurídica internacional. Ello, desde luego, sin perjuicio de lo señalado oportunamente respecto a requerimientos emanados de magistrados extranjeros cuya competencia lesione claramente una jurisdicción exclusiva de Estado exhortado.

2. *El actual marco regulador de la cooperación cautelar internacional en el Mercosur. El Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares*⁴⁵

El protocolo supuso la culminación del proceso codificador del auxilio jurisdiccional internacional entre los Estados parte del Mercosur, iniciado por el anterior Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, y atiende un nivel de especial relevancia para la entreatyuda jurídica internacional como es la cooperación cautelar. Cuestión sobre la cual Couture reflexionara hace más de cincuenta años: “¿En qué sentido influye sobre este fenómeno —las medidas cautelares— la circunstancia de que los bienes que son objeto de garantía 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 los bienes radicados en otro territorio resulta absolutamente indispensable”.⁴⁶

A. *Antecedentes*

El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, como antes los convenios bilaterales sobre Cooperación Judicial negociados por Brasil con Argentina y Uruguay a comienzos de la década de los noventa del siglo pasado, no abarcó el auxilio cautelar a causa de la posición tradicional de la jurisprudencia brasi-

⁴⁵ El protocolo fue aprobado por el CMC por Decisión 27/94, y se encuentra vigente entre todos los Estados parte del Mercosur. Argentina lo aprobó por Ley 24.579 del 25 de octubre de 1995, y depositó el instrumento de ratificación el 14 de marzo de 1996; Brasil lo promulgó por Decreto 2626, habiendo depositado la ratificación el 18 de marzo de 1997; Paraguay lo aprobó por Ley 619/95 y depositó el instrumento de ratificación el 12 de septiembre de 1995; y Uruguay lo aprobó por Ley 16.930 del 20 de abril de 1998 y depositó el instrumento de ratificación el 10 de agosto de 1998.

⁴⁶ Couture, Eduardo, “Los embargos y el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal de 1889”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 37, Montevideo, 1939, p. 247.

leña contraria a la prestación de este tipo de ayuda internacional.⁴⁷ Circunstancia determinante de la postura de la delegación de dicho país en la Comisión Técnica de la Reunión de los Ministros de Justicia negativa a tratar la regulación convencional de la materia. Empero, ante reiteradas observaciones de las delegaciones de Argentina y Uruguay que señalaron que el auxilio cautelar suponía una forma de cooperación internacional ya existente y exitosamente aplicada en sus países,⁴⁸ que resultaba de imprescindible recepción por todos los Estados del Mercosur, Brasil convino que el tema quedara en agenda. Finalmente, en el encuentro de la Comisión Técnica de la Reunión de los Ministros de Justicia celebrado en Buenos Aires en junio de 1994, la propia delegación brasileña presentó un anteproyecto, texto que con el aporte de las demás representaciones devino en el protocolo en análisis.

Han sido precedentes del protocolo, la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, vigente entre otros Estados, entre Argentina, Paraguay y Uruguay, y a través de la misma, las soluciones recibidas por los artículos 12 a 14 inclusive del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940, ratificado por los antes citados socios del Mercosur, así como el artículo 10 del Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Procesal Internacional, también ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay —y que rigiera entre dichos países con anterior-

⁴⁷ Tal la Resolución del Supremo Tribunal Federal de Brasil de fecha 25 de junio de 1980, en la que respecto de una rogatoria argentina, solicitando traba de embargo en Brasil, se sostuvo: “Tudo indica que o que aqui se pretende é o arresto —ou, na linguagem do Juízo rogante, o embargo— de bens situados no Estado do Rio de Janeiro. Assim entendida, a rogatoria é do tipo executorio, e desmerece guarida, a luz de incontáveis precedentes desse egrégio Tribunal... Caso se entenda que a diligencia rogada resume-se na mera notificação do embargo decretado em Buenos Aires, melhor sorte não ha de ter a rogatoria, visto que seu cumprimento implicaria admitir que o Juízo argentino é hábil para decretar o embargo de bens situados no âmbito espacial de outra soberania, em visível afronta a esta última. Pelos fundamentos expostos, nego-me a conceder o exequatur a presente rogatoria, que será devolvida, em termos, a Justiça da República Argentina com as homenagens da Justiça do Brasil”. Supremo Tribunal Federal, 25 de junio de 1980, ministro Antonio Neder, presidente.

⁴⁸ En Uruguay, un 15% de toda la cooperación internacional, tramitada a través de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, unas 3 500 rogatorias, a cifras de 2004, está constituida por actuaciones vinculadas a la asistencia cautelar internacional.

ridad a la entrada en vigor del tratado de 1940—, y además por Bolivia y Perú, y al que Colombia adhiriera.

B. *Las soluciones convenidas*

a. *Ámbito material*

Es regulado detenidamente por el protocolo, que le dedica sus tres primeros artículos. El artículo 1 indica la *ratio* del acuerdo, cuya finalidad está destinada a asegurar que la justicia alcance el eficaz cumplimiento de su cometido evitando la irreparabilidad de daños en “relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer”,⁴⁹ que pudieren tornar ilusorio el resultado de un juicio, cuanto que en la medida que los Estados asumen la función de administrar justicia y prohibir a los individuos la autodefensa de sus derechos, no pueden desentenderse de las consecuencias derivadas de las demoras que ocasione la instrucción del proceso.⁵⁰

El protocolo compromete cooperación cautelar entre los Estados en materia civil —comprendidas las materias de familia y minoridad—, comercial, laboral y en actuaciones penales en cuanto a la reparación civil, solicitadas en procedimientos ordinarios, ejecutivos y especiales o extraordinarios, artículo 2, y admite la solicitud de medidas cautelares preparatorias, incidentales de una acción principal, y aquellas que garanticen la ejecución de una sentencia, artículo 3.

Las disposiciones reguladoras del objeto del protocolo son coincidentes en su alcance con aquellas recibidas por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979, artículo 1.

⁴⁹ Distinción coincidente con la realizada por Fairén Guillén, quien habla de: 1) Procesos cautelares para garantizar la seguridad de las personas; 2) Procesos cautelares para garantizar la seguridad de los bienes: embargo, secuestro, depósito, aposición de sellos, inventarios, tasaciones, etcétera; 3) Procesos cautelares para garantizar obligaciones de hacer, o dar cosa específica, *Teoría del ordenamiento procesal*, t. 2, Madrid, 1969, pp. 909 y ss.

⁵⁰ En conformidad, Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. V, Buenos Aires, Ediar, 1962.

En tanto que Brasil, recién a partir del presente texto, se abre a la cooperación cautelar; el protocolo, si bien en algunos aspectos profundiza —como oportunamente se verá— las soluciones interamericanas en la materia, en otros muy puntuales deja de consagrar soluciones ya recibidas a nivel continental. Tal como la cooperación de urgencia brindada por la jurisdicción más próxima a las personas o bienes a cautelar, forma especial de auxilio internacional legislada por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares en su artículo 10 y el Código General del Proceso de Uruguay, artículo 535, “Facultad cautelar”, pero no por el protocolo. Ante tal situación, y a efectos de que el nuevo texto regional no significare mengua alguna a la entreatyuda internacional ya existente entre Argentina, Paraguay y Uruguay, el protocolo en coincidencia con la solución tradicional del derecho interamericano emergente de las CIDIP dispuso que “no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación internacional contenidas en otras convenciones sobre medidas cautelares en vigor con carácter bi o multilateral entre los Estados parte”, artículo 26.

b. Ámbito espacial

El Protocolo de Ouro Preto, al igual que otros textos del Mercosur que le precedieran, procuró soluciones comunes en la materia a todas las partes, así como respecto a los nuevos Estados que se agregaran, por lo que previó, a texto expreso, que “la adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará de pleno derecho la adhesión al presente protocolo”, artículo 30. Norma que procuró atender el incremento del ámbito espacial del Mercosur a través de la eventual incorporación de Estados adherentes, respecto a los cuales se intentó mantener a través de la disposición señalada una uniformidad normativa. Sin embargo, los protocolos no previeron la situación derivada de Estados que, en vez de adherirse, se asociaron al Mercosur, como Bolivia y Chile, cuya vinculación a los textos elaborados por la Reunión de los Ministros de Justicia se ha comenzado a atender a través de acuerdos entre el Mercosur y los mencionados países.

c. La cooperación cautelar deberá ser requerida y diligenciada por tribunales

El texto de Ouro Preto consagra el principio clásico en el derecho interamericano, también recibido por el Protocolo de Las Leñas, de que el auxilio jurisdiccional involucra la actuación de 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. Tal como lo resultante del artículo 4 cuando dispone: “las autoridades jurisdiccionales de los Estados parte del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los jueces o tribunales de los otros Estados parte”.

La cualidad jurisdiccional del órgano exhortante corresponde que sea calificada de acuerdo con el propio ordenamiento de origen de la rogatoria,⁵¹ solución, como se viera, no excluyente que el Estado rogado en defensa de su orden público internacional,⁵² deniegue la cooperación en casos de notoria ausencia en el órgano requirente extranjero de cualidades que hagan a un auténtico tribunal de Justicia.⁵³

d. Transmisión de las rogatorias

El artículo 18 dispone que los pedidos de cooperación sean formulados a través de exhortos. El protocolo en lo relativo a la transmisión de las rogatorias de auxilio cautelar, para eliminar toda duda, admite expresamente todas las vías recibidas por el actual derecho interamericano: diplomática o consular, autoridad central y directa, es decir, transmisión a cargo de la propia parte interesada a las que agrega la comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas, artículo 19.

⁵¹ Posición similar es sostenida por la profesora Maekelt, Tatiana B. de, Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP I), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979.

⁵² La excepción de orden público internacional es acogida por el protocolo en el artículo 17, disposición que oportunamente será analizada.

⁵³ Véase, al respecto, capítulo III.I.3.1.1.b., “Modalidad judicial, el exhorto”.

En tanto vías oficiales, las vías diplomática o consular y la autoridad central no requieren de legalización. La transmisión vía particular exige en cambio el cumplimiento de tal requisito, excepto que los Estados requirente y requerido hayan suprimido tal exigencia o la hubieren sustituido por un sistema de “apostillas” del tipo previsto, por ejemplo, por la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961 en la materia.

La importancia de la vía autoridad central en el auxilio jurídico internacional contemporáneo determina que el texto de Ouro Preto, al igual que el de Las Leñas, disponga que cada Estado parte designe su autoridad central a los efectos convencionales, artículo 20. Autoridades que en el caso de Argentina y Uruguay ya se encontraban funcionando eficazmente antes de la vigencia del protocolo en aplicación de diversos textos convencionales bilaterales y multilaterales en vigor para dichos países.

En solución que atiende las necesidades de países en proceso de integración, se autoriza a los magistrados de “zonas fronterizas” a transmitirse en forma directa y sin necesidad de legalización, exhortos requirientes de cooperación cautelar. La disposición tiene origen en lo dispuesto por la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de Panamá de 1975, artículo 7 —texto vigente entre otros Estados, entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay—, y de manera más amplia, en el artículo 15 de la Convención Interamericana de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores.⁵⁴ Este sistema de comunicación directa entre jueces comienza a tener aplicación en la frontera uruguayo-argentina sobre el Río Uruguay entre tribunales de jurisdicciones contiguas.

Esta modalidad de comunicación directa, respecto a la República Federativa del Brasil, enfrenta sin embargo la dificultad, ya señalada, de que para el derecho de dicho país la cooperación cautelar debe ser sometida a procedimientos de control ante el Supremo Tribunal

⁵⁴ Artículo 15. “En las solicitudes de cooperación comprendidas en esta convención transmitidas por vía consular o diplomática o por intermedio de las autoridades centrales, será innecesario el requisito de la legalización u otras formalidades similares. En el caso de solicitudes de cooperación cursadas directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados parte tampoco será necesario el requisito de la legalización”.

Federal, lo que impide, mientras no se modifique tal posición, el diligenciamiento inmediato de este auxilio por los jueces brasileños de zonas de frontera.

e. Requisitos

Las rogatorias solicitantes de cooperación cautelar, como todos los exhortos referidos al auxilio jurídico internacional, están sometidas a condiciones formales, procesales y sustantivas.

- Requisitos formales

El artículo 21 exige que el exhorto contenga la 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 funde la petición, literal c; y transcripción del auto fundado que ordene la medida cautelar, literal d.

Son asimismo condiciones formales, las exigencias de: a. legalización, cuando la solicitud sea transmitida vía particular, artículo 19 ya examinado; y b. traducción de la rogatoria y documentación adjunta al idioma del exhortado, en caso en que la lengua del exhortante fuese diferente, artículo 23. La norma, de aplicación en el Mercosur en casos de solicitudes de auxilio rogado desde o hacia Brasil, no indica al igual que su similar del Protocolo de Las Leñas el modo cómo debe llevarse a cabo la traducción. Razón por la cual cabe concluir que la cuestión queda sujeta a lo que disponga en la materia la normativa de fuente nacional del Estado que recibe el exhorto. Con el fin de simplificar la traducción de las rogatorias requirentes de auxilio cautelar, así como asegurar el cumplimiento de los requisitos de distinto tipo a los que las mismas se encuentran sujetas, el Consejo del Mercado Común por Decisión 09/97 del 15 de diciembre de 1997 aprobó el Acuerdo Complementario de Montevideo al Protocolo de Medidas Cautelares, que a través del empleo de formularios ha de facilitar, cuando entre en vigencia la prestación de este tipo de entreayuda jurisdiccional.

Constituye también un requisito de índole formal el contenido en el artículo 21, literal f, párrafo segundo, relativo a que la rogatoria y

la documentación adjunta estén revestidas “de las formalidades externas necesarias para ser consideradas auténticas en el Estado de donde proceden”, lo que determina que en el tema deba estarse a lo dispuesto por la *lex causae*, es decir, por el derecho del país de origen del exhorto.

- Requisitos procesales

Dentro de los mismos, corresponde mencionar la exigencia de que la resolución del tribunal exhortante que ordene la medida sea fundada, artículo 21, literal d, así como que la rogatoria describa aquellos procedimientos especiales que el exhortante solicite que el tribunal rogado observe en la tramitación, literal e; y que el exhorto indique la persona que en el Estado requerido atenderá los gastos y costas judiciales, literal f, excepto las hipótesis previstas por el artículo 25. Queda a criterio del tribunal rogado dar trámite a exhortos que carezcan de indicación de la persona que deba atender los gastos y costas.

Respecto a la posibilidad de brindar cooperación cautelar, aplicando a requerimiento del exhortante procedimientos distintos a los del foro rogado, el literal e del artículo 21, admite tal eventualidad siguiendo a su antecedente directo, el artículo 15 b de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, que continúa la línea recibida por las convenciones de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículos 10 y 6, respectivamente. Esta solución, sin perjuicio de reconocer como criterio básico para regular la prestación de la asistencia judicial internacional el sometimiento de la misma a la ley procesal del foro —la aplicación de la *lex fori* fue el criterio sustentado por el derecho internacional privado para regular las cuestiones procesales desde sus albores con la estatutaria italiana de los siglos XIII y XIV— admite el empleo de formas especiales rogadas por el exhortante. Se entiende que ello puede resultar conveniente a las necesidades de un juicio incoado en el extranjero, a cuyo servicio y en razón de su existencia se lleva a cabo actividad procesal en el rogado. Ello, en la medida que tales procedimientos especiales no afecte concretos

principios esenciales básicos y en consecuencia innegociables, orden público internacional, del Estado exhortado.

El artículo 22 deja a la apreciación del tribunal requirente, cuando a su entender lo justifiquen las circunstancias del caso —razón por la cual se trata más que de una condición del exhorto, de una facultad del rogante—, la información acerca de la existencia y domicilio de defensorías de oficio en el Estado exhortante a las que pudiere acudir el afectado por la medida.

Con el fin de asegurar la efectiva prestación de la asistencia cautelar, objetivo básico de la convención, el artículo 21, parte final, dispone que salvo en el caso que faltaren requisitos, documentos o información “fundamentales” para su diligenciamiento, apreciación que obviamente corresponderá a la sede rogada, el exhorto debe ser tramitado. En el supuesto de considerar el tribunal exhortado que las carencias resultan obstativas al diligenciamiento, se le impone la carga de comunicar con celeridad al requirente —utilizando las vías previstas para la cooperación internacional— tales insuficiencias con el propósito de que el exhortante subsane “en forma urgente” las mismas.

- Requisito sustancial: no afectación del orden público internacional del Estado exhortado

En especial, entre países en proceso de integración, la excepción de orden público debe ser interpretada de manera restrictiva para que invocaciones abusivas de la misma no se traduzcan en trabas a la adecuada regulación de las relaciones privadas internacionales entre los Estados parte o en inmotivadas causas de denegación de prestación de auxilio jurídico internacional. En consecuencia, el concepto de orden público debe ser concebido en el sentido de orden público internacional, noción no necesariamente coincidente con la de orden público interno. Tal es la correcta definición de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre normas generales de derecho internacional privado, codificación continental sobre la teoría del derecho internacional privado, ratificada entre otros países por todos los Estados parte del Mercosur, que lo concibe como la defensa de los “principios” del ordenamiento jurídico de un Estado, artículo 5.

La cooperación cautelar internacional puede llegar a lesionar principios básicos del ordenamiento jurídico del exhortado, tanto en hipótesis en las que el pedido no provenga de verdadero órgano jurisdiccional, casos en los que el afectado por la medida no está amparado por garantías que hacen al debido proceso en el Estado requirente,⁵⁵ cuanto en hipótesis en que el cumplimiento en sí de la cautela rogada menoscabe directamente el OPI del Estado exhortado.

El artículo 17 del Protocolo de Ouro Preto, norma de similar contenido al artículo 12 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, faculta a las autoridades jurisdiccionales del Estado requerido a rehusar el cumplimiento de medidas cautelares, cuando éstas fueren “manifiestamente contrarias a su orden público”. Casos en que corresponderá que el tribunal exhortado invoque la excepción en hipótesis de clara y efectiva afectación de principios básicos de su orden jurídico, tales como solicitudes de embargos de bienes que, de acuerdo con el derecho del Estado requerido, tengan calidad de inembargables por su función social; por ejemplo, inmuebles declarados “de familia”, instrumentos para el ejercicio de una profesión, arte u oficio, aperos de labranza, etcétera.

f. Ley aplicable y tribunales competentes en materia de cooperación cautelar internacional

Los artículos 5 a 8 del protocolo atienden el tema, acogiendo en sus aspectos básicos las soluciones legisladas por la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares en los artículos 3 y 4.

El artículo 5 dispone que la “admisibilidad” o procedencia de la medida cautelar queda sujeta a las leyes y tribunales del Estado requirente. En cambio, la ejecución de la misma y las contracautelas o garantías respectivas deben ser resueltas por los jueces del Estado requerido según sus leyes, artículo 6. A las leyes y a los jueces de dicho Estado, artículo 7, también se les confiere competencia para regular y resolver sobre: a) modificaciones de las medidas cautelares y reduc-

⁵⁵ En conformidad, las conclusiones de Quintín Alfonsín y del jurista francés Jean Lisbonne, véase *supra* nota 32; en igual sentido, Operti, Didier, *Exhortos y embargos de bienes...*, *cit.*, p. 43.

ción o sustitución del embargo, cuando ello se justifique; b) sanciones por peticiones maliciosas o abusivas; y c) cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales que se susciten en ocasión del diligenciamiento de la cooperación impetrada. Competencia esta última que no hace sino recoger el principio general del derecho internacional privado regional, relativo a que las cuestiones de carácter real se sujeten necesariamente a las leyes y a los tribunales del lugar de situación de los bienes, como lo dispuesto por los tratados de Montevideo de derecho civil internacional de 1889, artículos 26 y 67, y de 1940, artículos 32 y 64. Similar solución recibe la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares, artículo 5 *in fine*, al regular sobre tercerías u oposiciones de “dominio o de derechos reales” y antes, el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940, artículo 14, parte final.

Al tribunal exhortado se le otorga asimismo, artículo 8, potestad de rehusar el cumplimiento del auxilio o disponer el levantamiento de la cautela, de verificar su absoluta improcedencia de acuerdo con los términos del propio protocolo. Facultad también acordada a la sede rogada por la Convención Interamericana en la materia, artículo 4, parte final, pero a condición en este caso que el afectado acredite la improcedencia de la medida.

g. Autonomía de la cooperación cautelar

El protocolo asume la autonomía de la cooperación cautelar respecto del reconocimiento de las sentencias extranjeras —materia objeto de tratamiento específico en el ámbito del Mercosur por el Protocolo de Las Leñas—, y en el artículo 10 dispone que la prestación del auxilio cautelar no supone el compromiso de reconocer o ejecutar la sentencia definitiva extranjera que se dicte en el proceso principal. Este criterio acerca de la especificidad del auxilio cautelar ha sido asimismo determinante de la solución consagrada por el párrafo final del artículo 19, que al tratar del diligenciamiento de este tipo de cooperación, prevé que no se aplicará en su cumplimiento “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 frente a la posición de

la jurisprudencia brasileña de exigir el control de las rogatorias extranjeras por la Presidencia del Supremo Tribunal Federal, exigencia capaz de frustrar en definitiva la prestación de la entreayuda cautelar solicitada, al aplicar a dicho auxilio los procedimientos del exequátur.⁵⁶

h. Cooperación interna en el Estado exhortado

Con la finalidad de evitar posibles devoluciones frustrantes de solicitudes de auxilio internacional cursadas a la sede exhortada, en casos en que ésta se considerare carente de competencia interna por razones de materia, turno o lugar, el artículo 16 del protocolo, en solución ya acogida por el texto de Las Leñas, artículo 9, parte final, dispone que el tribunal rogado, de oficio, remita las actuaciones a la autoridad que considere competente de su Estado.

⁵⁶ Así, la posición del Supremo Tribunal Federal de Brasil del 3 de abril de 1997, respecto a carta rogatoria librada por el juez nacional de primera instancia en materia civil núm. 38 de Buenos Aires, Argentina, solicitante de una medida cautelar, respecto a la cual se dispusiera: “O Protocolo de Las Leñas, (Protocolo de Cooperacao 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 mantenida por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, aun luego de haber depositado Brasil el instrumento de ratificación del protocolo el 18 de marzo de 97. Tal decisión de fecha 28 de agosto de 1997 del Supremo Tribunal respecto a carta rogatoria proveniente del Juzgado Letrado Nacional de Primera Instancia Civil núm. 25 de Buenos Aires, solicitante de restitución y entrega de la menor María Luisa Pyrih. En el mismo sentido, lo resuelto por el Supremo Tribunal Federal en relación a la necesidad de que cualquier rogatoria extranjera quede subordinada en su cumplimiento en Brasil al otorgamiento de exequátur por el presidente del STF, véase título III.I “El Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia”, 3.1.1.b “Modalidad jurisdiccional, el exhorto”, Literal b.1, “Vías para la transmisión del exhorto” (parte final).

i. Medidas cautelares preparatorias

Este tipo de medidas, de frecuente requerimiento a nivel del auxilio jurídico internacional, es objeto de específica regulación por el texto de Ouro Preto. El artículo 13 dispone 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 artículo 14 establece que el tribunal exhortante al transmitir la rogatoria deberá comunicar 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, a la mayor brevedad, la fecha de presentación de la demanda en el proceso principal o el transcurso del plazo establecido por la legislación del exhortante, sin que tal interposición hubiere ocurrido.

j. Obligación de informar sobre el cumplimiento de la cooperación requerida

La sede exhortada deberá comunicar de inmediato al exhortante, la fecha en que dio cumplimiento a la cautela solicitada o las razones por las cuales ésta no fue cumplida, artículo 15. Exigencia que explicita el deber de principio del exhortado de brindar la cooperación cautelar, excepto causas graves especialmente previstas, tales: las ya enunciadas relativas a la afectación del orden público internacional del Estado requerido, artículo 17; falta de requisitos fundamentales de la rogatoria, artículo 21, parte final; o cuando se constatare su “absoluta improcedencia” de acuerdo con los términos del propio protocolo, artículo 8 *in fine*. De todo lo cual surge que la cooperación cautelar internacional ha sido concebida entre los Estados del Mercosur como una obligación y no como una mera facultad discrecional del Estado rogado.

k. Cooperación cautelar en materia de menores

El tema, de especial relevancia en litigios relativos al derecho de familia, es regulado por el artículo 12, que reconoce como precedente el artículo 9 de la Convención Interamericana de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, y tiene por finalidad evitar los graves perjuicios que para la mejor formación de los menores pueden derivar de solicitudes judiciales emanadas de tribunales extranjeros que pretendan extraer al niño del Estado de su residencia habitual. Tales medidas cautelares dispuestas en juicios de guarda o custodia⁵⁷ tramitados ante tribunales de otros Estados. En tal sentido, y con el propósito de evitar situaciones que se puedan traducir en rupturas traumáticas del entorno familiar, afectivo y cultural del niño, produciendo consecuencias de seria incidencia en su formación, se faculta a los tribunales requeridos a limitar la medida exclusivamente a su territorio, “a la espera de una decisión definitiva del juez o tribunal del proceso principal”, en defensa del superior interés del menor.⁵⁸

De este modo, el rogado 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.

⁵⁷ La disposición no resulta en cambio aplicable ante solicitudes de restitución internacional de menores irregularmente sacados o retenidos fuera del Estado de su centro de vida, es decir, de su residencia habitual. Casos especialmente atendidos de manera favorable al retorno inmediato del menor a su entorno por el moderno derecho internacional privado; véase al respecto, Tellechea Bergman, Eduardo, “Análisis de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, núm. 4, diciembre de 1989.

⁵⁸ En conformidad, Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, vigente entre la mayoría de los Estados, y específicamente entre todas las partes del Mercosur, cuyo artículo 3.1 dispone: “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”.

En consecuencia, constatado por el exhortado que el traslado del menor requerido en función de un proceso de guarda o similar tramitando en el extranjero puede ocasionarle graves perjuicios, deberá sujetarlo a su autoridad, cerrando fronteras, en espera de la definición del juicio tramitado en otro Estado parte, 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.

l. Cooperación cautelar en instancia de ejecución de sentencias

Son fuentes del artículo 11 del protocolo, el artículo 7 de la Convención Interamericana de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, y antes el artículo 8 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940.

La norma en puridad no refiere al diligenciamiento de auxilio requerido por tribunales foráneos, sino a la adopción de medidas cautelares locales tendentes a evitar la frustración de la eficacia de una sentencia extranjera. Razón por la cual será al tribunal actuante en dicho reconocimiento, al que se deberá solicitar la adopción de las medidas asegurativas del caso en conformidad con sus propias leyes.

m. Oposición a las medidas cautelares trabadas

La materia es atendida por el artículo 9, norma cuyas fuentes son el artículo 5 de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, y a través de ella, el artículo 14 del Tratado de Montevideo de 1940 sobre Derecho Procesal Internacional.

La norma del protocolo reconoce la legitimación procesal del presunto deudor, así como de terceros que se consideren perjudicados a oponerse ante el tribunal rogado respecto a la medida cautelar requerida desde el extranjero. La sede exhortada deberá mantener la medida y remitir las actuaciones al tribunal exhortante que decidirá de acuerdo con sus leyes; excepto en hipótesis de oposiciones fundadas en cuestiones atinentes al dominio y demás derechos reales respecto

del bien objeto de embargo. En tales casos, de acuerdo con lo dispuesto por *el* artículo 7, literal c, el protocolo reconoce competencia a las leyes y tribunales del Estado parte de situación del bien, solución clásica, examinada en el numeral 2.6 de este capítulo.

n. Costas y gastos

A diferencia de la prestación de la asistencia de mero trámite y probatoria, respecto a las cuales a nivel regional se consagra el principio de la gratuidad —artículo 15 del Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional—, en materia de auxilio cautelar la solución es que las costas judiciales y demás gastos estén a cargo de la parte solicitante de la medida, Protocolo de Ouro Preto, artículo 24. A tales efectos, según se viera al examinar los requisitos de la solicitud de cooperación, artículo 21.f, se deberá indicar la persona que en el Estado requerido se hará cargo de los gastos. Honerosidad que, al igual que su precedente interamericano, artículo 16 de la Convención de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, excluye de la exigencia las cautelas solicitadas en materia de alimentos provisionales, así como los casos en los que el requirente haya obtenido en el Estado exhortante el beneficio de litigar sin gastos. Se agrega estas exclusiones ya previstas por el texto continental, aquella relativa a solicitudes cautelares requeridas en trámites de localización y restitución de niños. Regulación que comulga con la filosofía de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989, artículo 23, en el sentido de asegurar a los exhortos internacionales relativos a la materia de menores una necesaria gratuidad atento al fin perseguido.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS
Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

La sentencia firme, en tanto acto procesal emanado de órgano jurisdiccional en el ejercicio del poder-deber inherente a la soberanía estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en el país donde ha sido dictada es poseedora de autoridad de cosa juzgada, pero fuera del mismo, en principio, carece de tal autoridad.

La coexistencia de diversidad de ordenamientos normativos estatales, presupuesto del derecho internacional privado, impone solidaridad entre las naciones y universalidad en la justicia y en consecuencia corresponderá reconocer, dadas ciertas condiciones, las resoluciones jurisdiccionales firmes extranjeras para facilitar la seguridad jurídica y el *comercium* internacional, evitándose de este modo que las personas puedan quedar sometidas a decisiones judiciales contradictorias sobre los mismos asuntos, dictadas en distintos Estados.

El Protocolo de las Leñas regula la materia en el capítulo V, artículos 18 a 24 inclusive, abarcando el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales dictados en materia civil (concepto amplio en el que se comprendió la temática referida a familia), comercial, laboral y contencioso-administrativa, así como de sentencias pronunciadas en sede penal en cuanto a la reparación de daños y restitución de bienes, artículo 18. Las soluciones convenidas abrevan en el Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, capítulo IV, y en el Acuerdo de Cooperación Judicial argentino-brasileño, capítulo V, y a través de los mismos, en la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada entre los cuatro Estados parte del Mercosur. Fueron asimismo precedentes del texto acordado, las regulaciones previstas por los tratados de Montevideo de derecho procesal internacional de 1889, artículos 5 a 7, y de 1940, artículos 5 a 9.

1. *Requisitos para el reconocimiento de la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales*

La sentencia o laudo arbitral dictado en un Estado para lograr eficacia en otro debe ajustarse a condiciones formales, procesales y sustantivas. Tales exigencias, legisladas por los artículos 20 a 22 del Protocolo de Las Leñas, resultan en gran medida coincidentes con las requeridas por la Convención Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículos 2 y 3, y los convenios bilaterales concluidos sobre el tema por Brasil con Uruguay y Argentina, respectivamente artículos 16 y 17, y 18 y 19 de ambos textos.

A. Requisitos formales

El control de los aspectos formales del fallo foráneo implica un doble juego de exigencias, las requeridas específicamente para acreditar la autenticidad del fallo y aquellas que procuran su comprensión en el Estado donde se pretenda su eficacia, en caso que esté redactado en distinto idioma.

El artículo 20, literal a del protocolo, regula el primer tipo de condiciones formales y exige que los fallos extranjeros “vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de donde proceden”, por lo que habrá de estarse necesariamente a lo dispuesto por la *lex causae*, es decir a las exigencias resultantes del derecho procesal del Estado de origen. El cumplimiento de la condición debe surgir, tal como exige el artículo en estudio, en su parte final, del testimonio de la decisión jurisdiccional cuya eficacia se persigue.

En tanto el protocolo prevé que las sentencias sean transmitidas al Estado en donde se invoquen vía autoridad central, no exige el requisito de la legalización. Al respecto cabe precisar, como ya se indicara, que si bien el texto de Las Leñas legisló expresamente la vía autoridad central como medio de impulsar su puesta en funcionamiento por los Estados de la región que aún no lo habían hecho, Brasil y Paraguay, no excluyó otros procedimientos de transmisión, como las clásicas vías diplomática o consular y particular. Caso este último en el que tanto el testimonio del fallo como la documentación adjunta deberán presentarse debidamente legalizados.⁵⁹ La Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 07/02 del 5 de julio de 2002, artículo 19, al disponer a texto expreso que las sentencias puedan transmitirse además por vía diplomática o consular o por las propias partes interesadas —procedimiento este que en realidad es el más utilizado en la materia— requiere en ésta

⁵⁹ Tal lo dispuesto en el derecho uruguayo por el CGP, artículo 539.1.2: “Que la sentencia y la documentación anexa que fuera necesaria estén debidamente legalizadas de acuerdo con la legislación de la República, excepto que la sentencia fuera remitida por vía diplomática o consular o por intermedio de las autoridades administrativas competentes”. En igual sentido, el Decreto-Ley 15.441, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros” del 1 de agosto de 1983, artículos 1-5 inclusive.

última modalidad que la sentencia esté debidamente legalizada de acuerdo a la ley del Estado en el que se pretenda su eficacia, salvo que entre el país de origen del fallo y aquel donde es invocado se hubiere suprimido el requisito o se le hubiere sustituido por otra formalidad. El artículo 19 del Acuerdo espejo entre los Estados parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02 del 5 de julio de 2002, consagra igual solución.

Condiciones formales referidas a la comprensión del fallo en el Estado donde es invocado

El protocolo, artículo 20 literal b, exige que la sentencia o laudo y la documentación adjunta deberán estar “debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento o ejecución”. Exigencia aplicable en el ámbito del Mercosur en casos de fallos dictados en Brasil e invocados en los otros Estados parte o en situaciones inversas a la planteada. En Uruguay el tema de la traducción de los documentos extranjeros es regulado, según se ha visto, por el Decreto Ley 15.441 del 1 de agosto de 1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”, artículos 6 y 7.

B. *Requisitos procesales*

Tienen por finalidad constatar el correcto funcionamiento de la justicia que ha dictado el fallo extranjero cuya eficacia se pretende. Tradicionalmente se exige que la decisión jurisdiccional sea firme, provenga de tribunal poseedor de jurisdicción internacional para conocer en el caso, y que el juicio en el que ha sido dictada se haya ajustado a esenciales garantías procesales básicas a todo Estado de derecho.

Igualmente son condiciones procesales exigibles y especialmente legisladas por el protocolo, las relativas a inexistencia de cosa juzgada y litis pendencia con prevención en el Estado donde se pretenda el reconocimiento del fallo.

*a. Jurisdicción internacional de la sede origen del fallo*⁶⁰

La exigencia es reglada por el protocolo en el literal c del artículo 20, que se afilia a la posición tradicional, consistente en someter la jurisdicción internacional indirecta al derecho del Estado donde se pretenda el reconocimiento del fallo. Solución también recibida por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, artículo 2, literal d.

La posición clásica acogida por el texto de Las Leñas supone una solución restrictiva para la mejor circulación de las sentencias extranjeras, y consecuentemente para una más adecuada defensa de los derechos de los justiciables, y merece reparos aún mayores al ser consagrada entre Estados en proceso de integración. Uruguay, en ocasión del análisis en la CIDIP II del Proyecto de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, ya se había opuesto a esta solución a través de la participación del profesor Opertti, por considerar que conducía a resultados restrictivos a la integración jurídica entre los Estados, proponiendo, en cambio, ya la regulación específica de la jurisdicción internacional indirecta por la propia Convención, ya que la misma quedara sometida a la *lex causae*. Criterio este último acogido por el actual Código General del Proceso de Uruguay, que en el artículo 539.1.4 regula el punto exigiendo únicamente que “el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer del asunto, de acuer-

⁶⁰ Se entiende por jurisdicción internacional indirecta aquella regulación de la jurisdicción que responde a la interrogante: ¿los magistrados de qué país deben haber dictado una sentencia para que ésta sea reconocida en otro?; la llamada jurisdicción internacional directa responde por el contrario a la cuestión: ¿ante los magistrados de qué Estado deberá incoarse una determinada demanda? Entre otros autores, comparte el criterio señalado, ya clásico en derecho internacional privado, Gutheridge, “Les conflicts de lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”, *Recueil des Cours*, t. 44, p. 120. Participa de similar tesitura, Goldschmidt, “Jurisdicción directa e indirecta”, en OEA, Informe Final, Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado, Washington, 9 al 15 de abril de 1980, pp. 103-114.

do con su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”.⁶¹

En tanto las soluciones de los citados textos convencionales vigentes para Uruguay remiten a una apreciación *lex fori* de la jurisdicción internacional indirecta, seriamente obstativa a la mejor circulación internacional de las sentencias, y que por el contrario el derecho uruguayo de fuente nacional sobre el tema, Código General del Proceso, consagra una solución *lex causae* sensiblemente más favorable, se ha sostenido por alguna doctrina la existencia de una eventual paradoja en nuestro sistema jurídico. Se ha dicho que el mismo sería más favorable al reconocimiento de los fallos dictados en Estados no vinculados convencionalmente con el nuestro, que respecto de aquellos emanados de países con los cuales nos ligan textos internacionales. Creemos que en puridad, examinada debidamente la situación, el resultado no es el señalado. En la medida que textos como la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 2, literal d; y el Protocolo de Las Leñas, artículo 20.c., remiten a la normativa del Estado requerido sobre jurisdicción internacional, ésta en Uruguay, en materia de jurisdicción internacional indirecta, es el ya citado artículo 539.1.4 del CGP. Razón por la cual queda superada la aparente contradicción, y en definitiva la solución del CGP es aplicable en el derecho uruguayo tanto en casos de no existir tratado vigente con el país de origen del fallo, cuanto en aquellos en que éste proviniera de Estado vinculado con el nuestro por Convención que remita en el tema a lo dispuesto por nuestro derecho de fuente nacional. Diferente es el caso de textos internacionales que además de legislar sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras regulan especialmente sobre la jurisdicción internacional, tal el Convenio Europeo de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, y los convenios uruguayo-español de Cooperación Jurídica y uruguayo-francés de Cooperación Judicial.⁶²

⁶¹ Solución propuesta por Operti y el autor de este trabajo en el anteproyecto del título X del libro II del Código General del Proceso de Uruguay.

⁶² A similar conclusión debe llegarse respecto a los tratados de Montevideo de derecho internacional de 1889 y 1940, que constituyen una regulación general del dere-

En demostración que los Protocolos del Mercosur suponen una regulación evolutiva del derecho internacional privado y de la cooperación jurídica internacional entre los países de la región, el Protocolo de Buenos Aires, Decisión CMC 1/94 del 5 de agosto de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, artículo 14, ha atendido específicamente la cuestión de la jurisdicción internacional indirecta, disponiendo que la regulación de la misma “quedará sometida a lo establecido por este protocolo”, se sustituye así en materia contractual, la regulación *lex fori*, exacerbadamente territorialista del Protocolo de Las Leñas, por una solución convencional de tipo material, más acorde a las necesidades de Estados en proceso de integración.⁶³ En igual sentido, el artículo 10, “Jurisdicción para el reconocimiento de la sentencia extranjera”, de los proyectos de acuerdos sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Menores entre los Estados parte del Mercosur, y entre el Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, firmados por los ministros de Justicia en la Reunión de Brasilia del 25 de noviembre de 2004. En materia de prestación internacional de alimentos, la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias vigente entre todos los Estados parte del Mercosur, participa del mismo criterio, artículo 11.a, sujetando el requisito de la jurisdicción internacional del tribunal que dictó la sentencia a lo dispuesto por los artículos 8 y 9 que regulan la competencia —jurisdicción internacional directa— para juzgar y conocer en estos reclamos.

cho internacional privado que a través de tratados elaborados armónicamente regulan respectivamente el reconocimiento y la ejecución de los fallos extranjeros en los tratados de derecho procesal internacional y los criterios atributivos de jurisdicción internacional en los tratados sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional.

⁶³ El Protocolo de Buenos Aires se encuentra vigente entre todos los Estados parte del Mercosur.

- b. Requisitos destinados a asegurar que en el juicio extranjero origen del fallo se hayan respetado garantías que hacen al debido proceso

Artículo 20, literal d, “que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa”. La norma reproduce en sustancia lo exigido por los textos bilaterales concluidos por Brasil con Argentina y Uruguay sobre cooperación internacional, artículos 18 d y 16 d, respectivamente,⁶⁴ y antes, por los artículos 5 literal c de los tratados de Montevideo de derecho procesal internacional de 1889 y 1940, y por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 2, literal e; el Código General del Proceso de Uruguay en el artículo 539.1, numerales 5 y 6, consagra similares garantías.

El principio que nadie pueda ser juzgado sin previa notificación, supone admitir la validez de aquellas practicadas de conformidad a la normativa del Estado de origen del fallo, siempre que aseguren de acuerdo al derecho del foro requerido una razonable posibilidad de conocimiento para el notificado.

En cuanto a la exigencia de que se haya garantizado el derecho de defensa en juicio, entendemos que la condición debe ser apreciada con especial cuidado en hipótesis de juicios en rebeldía, pues significativos apartamientos en el proceso extranjero respecto a básicas garantías requeridas en tales casos por el derecho del Estado donde se pretenda el reconocimiento de la sentencia, pueden conducir al rechazo de ésta por vulnerar principios inculcables, de raigambre constitucional, que hacen al orden público internacional de dicho país.

⁶⁴ Respecto al Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, puede verse, del autor, un trabajo publicado por la *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1991, núm. 3, pp. 391-413.

- c. Exigencia de que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada; protocolo, artículo 20, literal e

La norma acoge un principio universal que se funda, como expresa el profesor brasileño Barbosa Moreira, en que “no sería razonable que una sentencia pudiese producir efectos en otro Estado, siendo incapaz de producirlos en el país en que fue dictada”.⁶⁵

- d. Inexistencia de cosa juzgada o de litis pendencia con prevención en el Estado donde se pretenda el reconocimiento del fallo

El protocolo exige estas condiciones en el artículo 22, norma que responde a principios mayoritariamente aceptados por doctrina y jurisprudencia comparadas, que entienden que a nivel de reconocimiento internacional de sentencias, la excepción de cosa juzgada preserva la seguridad jurídica del Estado requerido, evitando la penetración de un fallo foráneo contradictorio con otro nacional dictado en la misma acción, respecto al mismo objeto y entre las mismas partes. En relación a la excepción de litis pendencia en tanto exista prevención en sede del Estado donde se pretenda el reconocimiento del fallo, tampoco es pertinente el reconocimiento, no así en caso contrario, pues como ya hace cincuenta años señalara el maestro Alfonsín, “debe denegarse la ejecución de la sentencia extranjera y aguardarse la sentencia de la justicia local, no despreciable por lenta”.⁶⁶

El texto aprobado en Las Leñas supuso en este sentido una innovación respecto a los convenios bilaterales concluidos por Brasil con Argentina y Uruguay, en tanto que agrega a la excepción de cosa juzgada recibida por aquellos, artículos 20 y 18, respectivamente, la expresa consagración de la excepción de litispendencia.

⁶⁵ Informe General para el Octavo Congreso Mundial sobre Ley de Procedimiento.

⁶⁶ “La ejecución extra nacional de las sentencias en materia civil y comercial”, *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 26, Montevideo, 1951, p. 212.

En el derecho uruguayo estas excepciones han sido acogidas con anterioridad al protocolo por los actuales convenios bilaterales vigentes con España sobre cooperación jurídica, artículo 8 literales c y d,⁶⁷ y Francia, artículo 18.5.⁶⁸

C. Requisito sustancial: no afectación del orden público internacional del Estado en el cual se pretenda la eficacia del fallo

La decisión extranjera cuyo reconocimiento se intenta no debe lesionar el orden público internacional del Estado donde se invoca, esto es, no debe afectar —tal como se indicara al examinarse el tema en relación a la cooperación jurisdiccional—, principios de esencia, innegociables, en los que el derecho del Estado donde el fallo es invocado asienta su individualidad jurídica.⁶⁹ A tales fines corresponderá examinar especialmente la parte dispositiva de la sentencia foránea para constatar su adecuación a los principios básicos del ordenamiento del foro, correspondiendo excluir únicamente aquellos efectos concretamente lesivos de los mismos. Coincidimos con la doctrina española en que: “Si el fallo extranjero contiene pronunciamientos sobre diferentes extremos, unos contrarios al orden público del foro, pero otros compatibles, parece conforme a elementales razones de justicia

⁶⁷ Convenio uruguayo-español sobre Cooperación Jurídica, artículo 8: “El reconocimiento y la consiguiente ejecución, en su caso, pueden ser denegados en cualquiera de los casos siguientes... c) si estuviere pendiente ante un tribunal de dicho Estado un litigio entre las mismas partes, con el mismo objeto y fundado en los mismos hechos, salvo que la acción se hubiere ejercitado primero en el Estado de origen; d) si en el Estado requerido o en un tercer Estado, hubiera sido ya dictada decisión sobre el mismo litigio y la misma fuere susceptible de reconocimiento en el Estado requerido”.

⁶⁸ Convenio uruguayo-francés sobre Cooperación Judicial, artículo 18: “Las decisiones adoptadas por la judicatura de un Estado parte serán reconocidas y podrán ser declaradas ejecutorias en el otro Estado cuando reúnan las siguientes condiciones... 5. Que un litigio entre las mismas partes, fundado sobre los mismos hechos y con el mismo objeto que en el Estado de origen: —no esté pendiente frente a un tribunal del Estado requerido que hubiera prevenido, o —no haya dado lugar a una decisión adoptada en el territorio del Estado requerido en fecha anterior a la de la decisión presentada al exequátur”.

⁶⁹ La Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia al tratar el tema tuvo en cuenta el concepto restrictivo de orden público internacional consagrado por el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, vigente para todos los Estados parte del Mercosur.

que ello no suponga la denegación absoluta en la medida en que sea posible su reconocimiento parcial”.⁷⁰

Entendemos que el fallo dictado en otro Estado parte podrá ser rechazado en virtud de la excepción, tanto a causa de lesionar principios que hacen al orden público internacional sustantivo del Estado en el cual se invoca, cuanto por afectar valores básicos de su orden público procesal. Extremo abarcativo de situaciones como:

- a) Que la decisión jurisdiccional extranjera haya sido dictada en juicio en que no se hayan satisfecho las garantías del debido proceso.
- b) Que proviniere de tribunales que hubieren asumido competencia en materias en las que correspondiere la exclusiva jurisdicción de los tribunales nacionales.
- c) Que se trate de decisión emanada de órgano carente de imprescindible independencia para ser considerado verdadero tribunal de justicia.

De lo expuesto resulta que únicamente corresponderá invocar la excepción de orden público internacional, cuando el reconocimiento de una sentencia extranjera importe mengua significativa de principios esenciales, sustantivos o procesales, del ordenamiento jurídico del Estado donde es invocada.

La condición, legislada por el inciso f. del artículo 20 del protocolo, tiene antecedentes en los textos bilaterales uruguayo-brasileño y argentino-brasileño, artículos 16.f y 18.f respectivamente, y en el artículo 2.h de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, así como en el artículo 539.1, numeral 8, del CGP de Uruguay.

D. *Reciprocidad*

El protocolo ha excluido intencionalmente el requisito, habiendo coincidido las representaciones nacionales a la Comisión Técnica de la Reunión de los Ministros de Justicia del Mercosur, que el mismo resulta hoy inaceptable, cuanto coloca los intereses de los particulares en calidad de rehenes de decisiones de los Estados que pudieran so-

⁷⁰ “Derecho internacional privado”, en Pérez Vera, E. (coord.), *Derecho internacional privado*, 4a. ed., Madrid, UNED, 1993, pp. 365 y 366.

meterlos así a inadecuadas e injustas políticas de represalia. Condición en consecuencia inadmisibles, máxime cuando se trata de cooperación entre países en proceso de integración. El Código General del Proceso de Uruguay en coincidencia con los argumentos expuestos, derogó la condición exigida por el antiguo Código del Proceso Civil.

2. *Acreditación del cumplimiento de los requisitos*

A efectos de constatar que la sentencia o laudo arbitral dictado en un Estado cuyo reconocimiento se pretenda en otro, cumple con las condiciones exigidas por el artículo 20, se dispone en el artículo 21, que la parte que invoque el fallo adjunte testimonio ajustado a tales requisitos

3. *Procedimiento*

El Protocolo de Las Leñas, al prever el procedimiento a seguir para la eficacia de las sentencias extranjeras, distingue entre reconocimiento y ejecución, artículo 24, y también lo hace el propio título del capítulo V, “Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales”.

La doctrina iusprivatista internacional en la región también tiende a distinguir entre reconocimiento y ejecución.⁷¹ Textos convencionales, como el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940, artículos 7 y 9, diferencian asimismo ambas hipótesis, y

⁷¹ La profesora de derecho internacional privado de la Universidad de Córdoba, doctora Berta Kaller, señala al respecto: “Toda sentencia declarativa, constitutiva o de condena es susceptible de reconocimiento en un Estado distinto del cual procede. Sólo las sentencias condenatorias son susceptibles de ejecución”, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991. El maestro Goldschmidt participa de similar criterio, y en su libro *Derecho internacional...*, cit., p. 481, expresa: “Hay que distinguir el reconocimiento y la ejecución de una sentencia firme. No hay ejecución sin reconocimiento, pero sí puede haber reconocimiento sin ejecución. En efecto, si recordamos la clásica división de las sentencias en meramente declarativas, constitutivas y de condena, advertimos que las primeras pueden ser reconocidas, pero jamás ejecutadas, y que las segundas también son pasibles de reconocimiento, pero no son aptas de ser ejecutadas por la sencilla razón de que se autoejecutan por su mero pronunciamiento, mientras que las terceras pueden ser reconocidas y ejecutadas”.

las someten a trámites distintos. Si la sentencia foránea es invocada en juicio, con finalidad probatoria, o con aquella de hacer valer su autoridad de cosa juzgada, en algunos derechos como el uruguayo, se acude a procedimientos simplificados, siendo el mismo tribunal ante el cual se invoca el fallo el encargado de controlarlo. Empero, tal solución no es unívoca y el Protocolo de Las Leñas, artículo 24, en posición coincidente con la recibida por la Convención Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 6, asume las posibles diferencias de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en la regulación del reconocimiento de las sentencias extranjeras,⁷² remitiendo a la legislación del Estado parte, en el cual se pretenda la eficacia del fallo la determinación sobre cuál ha de ser el procedimiento pertinente, así como el órgano nacional llamado a intervenir en el mismo.⁷³

Entre los Estados del Mercosur será deseable poder acordar de futuros procedimientos simplificados para el reconocimiento de los fallos extranjeros del tipo previsto en los citados artículos 7 y 9 del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940, y 13 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Tales son las soluciones hoy vigentes en materia de dimensión judicial del caso privado internacional de familia y minoridad en el ámbito del Mercosur, marco institucional en el que entendemos se deberán profundizar instancias jurisdiccionales capaces de asegurar, mediante decisiones vinculantes, una homogénea inteligencia de los

⁷² Igual posición es recibida por el Convenio Bilateral uruguayo-brasileño sobre Cooperación Jurídica, artículo 19: “Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, a los efectos del reconocimiento y ejecución de la sentencia o laudos arbitrales, se regirán por la ley del Estado requerido”.

⁷³ Por información acerca de las soluciones consagradas en el actual derecho uruguayo en materia de eficacia de sentencias extranjeras invocadas en juicio con finalidad probatoria o en su autoridad de cosa juzgada o invocadas extrajudicialmente, véase del autor, “El Decreto 454/996 del 26 de noviembre de 96 y el control en el derecho uruguayo de las sentencias extranjeras constitutivas de estado civil invocadas fuera de juicio”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, núm. 12, 1997, pp. 59-74.

acuerdos concluidos en la región,⁷⁴ evitándose de este modo la eventualidad de multívocas interpretaciones nacionales, capaces de frustrar en los hechos la armoniosa aplicación de textos laboriosamente consensuados.

⁷⁴ Un comienzo de solución al tema se alumbra en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, aprobado por Uruguay por Ley 17.269 del 11 de abril de 2003, a través de las denominadas “opiniones consultivas” a cargo del Tribunal Permanente de Revisión, capítulo III, artículo 3.