

LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO URUGUAYO

Dr. Eduardo Tellechea Bergman*

Profesor Catedrático (Grado 5) y Director del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay, negociador de los Convenios del Mercosur sobre cooperación judicial internacional y jurisdicción internacional y de diversos convenios en dichas materias con Argentina, Brasil, Chile, España y Francia, etc.

SUMARIO: 1. Cooperación Jurisdiccional Internacional. 1.1 Conceptos Básicos. 1.2 Fundamentos de la Cooperación Jurisdiccional Internacional. 1.3 Grados de la Cooperación Internacional. 1.3.1 Primer Nivel de Asistencia. 1.3.2 Asistencia Cautelar Internacional, Segundo Nivel de Cooperación. 1.3.3 ¿El Reconocimiento de la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros Integra la Cooperación Jurisdiccional Internacional? 1.4 Transmisión de la Cooperación Jurisdiccional, el Exhorto. 1.4.1 Vías para la Transmisión de los Exhortos. 1.4.1.1 Vía diplomática o consular. 1.4.1.2 Vía particular. 1.4.1.3 Vía judicial. 1.4.1.3.1 Comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas. 1.4.1.4 Vía autoridad central. 1.5 Actividad Procesal en el Extranjero sin Participación de Autoridades Locales. 2 Cooperación de Mero Trámite y Probatoria. 2.1 Transmisión de las Solicitudes de Cooperación de Mero Trámite y Probatoria. 2.2 Requisitos a los que Deben Ajustarse estas Solicitudes de Cooperación. 2.2.1 Requisitos Formales. 2.2.1.1 Requisitos destinados a asegurar la autenticidad. Legalización. 2.2.1.1.1 Otros requisitos que también persiguen asegurar la autenticidad de la solicitud. 2.2.1.2 Traducción. 2.2.1.3 Requisitos destinados a facilitar el cumplimiento del exhorto. 2.2.2 Requisitos Procesales. 2.2.2.1 Identificación del órgano jurisdiccional requirente. 2.2.2.2 Nombre y domicilio del apoderado del solicitante en el Estado requerido. 2.2.2.3 Información del plazo que dispone el destinatario de la medida para cumplirla. 2.2.2.4 Descripción de formas o procedimientos especiales con los que ha de cumplirse la cooperación rogada. 2.2.3 Requisito Sustancial, no Afectación del Orden Público Internacional del Estado Exhortado. 2.2.4 Requisitos Específicos a las Solicitudes de Cooperación Probatoria. 2.3 Diligenciamiento. 2.3.1 Procedimiento. 2.3.1.1 Impulso procesal. 2.3.1.2 Costos, principio de gratuidad. 2.3.1.3 Empleo de medios coercitivos. 2.3.1.4 Presencia de las partes y de la

autoridad requirente en el diligenciamiento del exhorto. 2.3.1.5 Deber de informar sobre los motivos del incumplimiento del exhorto. 2.3.2 Autonomía del Acto Cooperacional. 2.4 Emplazamientos de Personas Fuera de la República. 3 Cooperación Cautelar. 3.1 Aspectos Generales. 3.2 La Cooperación Cautelar Internacional en el Derecho Convencional y de Fuente Nacional de la República Oriental del Uruguay. 3.2.1 Ámbito de las Regulaciones. 3.2.1.1 Ámbito espacial. 3.2.1.2 Ámbito material. 3.2.1.2.1 Solicitudes de cooperación cautelar internacional emanadas de tribunales arbitrales. 3.2.2 Transmisión de las Solicitudes de Cooperación Cautelar. 3.2.3.1 Requisitos formales. 3.2.3.2 Requisitos procesales. 3.2.3.2.1 Indicación de defensorías de oficio. 3.2.3.3 Requisito sustancial, no afectación del orden público internacional del Estado exhortado. 3.2.3.4 Falta de requisitos básicos. 3.2.4 Ley Aplicable y Tribunales Competentes en los Casos de Cooperación Cautelar Internacional. 3.2.5 Autonomía de la Cooperación Cautelar. 3.2.6 Cooperación Interna. 3.2.7 Medidas Cautelares Preparatorias. 3.2.8 Cooperación Cautelar en Materia de Menores. 3.2.9 Cooperación Cautelar en Instancia de Ejecución de Sentencias. 3.2.10 Oposición a las Medidas Cautelares. 3.2.11 Cooperación Cautelar de Urgencia. 3.2.12 Costos y Gastos. 4 A Modo de Conclusion.

1. Cooperación Jurisdiccional Internacional

1.1 Conceptos Básicos

Entendemos por cooperación jurisdiccional internacional, toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro. Actividad originada en providencias emanadas de órganos jurisdiccionales extranjeros cuya finalidad es lograr que el proceso se entable, se desarrolle o se afiance en sus resultados a través de acciones que los órganos jurisdiccionales locales han de llevar a cabo. La definición involucra la actuación de órganos jurisdiccionales tanto en calidad de exhortantes cuanto de exhortadosⁱ, debiéndose entender por tales aquellos que pertenecientes o no al Poder Judicial tengan a cargo función jurisdiccional.ⁱⁱ Distintos textos convencionales y de fuente nacional vigentes para Uruguay en la materia prevén expresamente que las solicitudes de cooperación emanen de órganos jurisdiccionales^{iii iv}.

La calidad jurisdiccional del exhortante corresponde sea calificada de acuerdo al Derecho de origen de la rogatoria. Solución no excluyente de que el

Estado rogado, en defensa de su inconculcable orden público internacional, deniegue la cooperación en casos de notoria ausencia en el requirente de cualidades que hagan a un verdadero tribunal. Tal la posición tradicional de la doctrina y jurisprudencia iusprivatista internacional uruguaya. El maestro Quintín Alfonsín, en la época Asesor Letrado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay y el jurista francés Jean Lisbonne, sostuvieron en nota de jurisprudencia en relación a una decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, denegatoria de diligenciamiento respecto a un exhorto librado por la “Junta de Recuperación Patrimonial de Argentina” – órgano creado en dicho país tras el derrocamiento de la 2da Presidencia del General Perón – que existían insuperables razones de fondo para denegar el auxilio fundadas en la carencia de imprescindible independencia funcional del órgano requirente, que determinaban que no pudiese ser considerado como verdadero tribunal¹. Coincidimos con esta posición y entendemos con Operti², que en tales casos normalmente los interesados se hallan en imposibilidad o grave dificultad de defender sus derechos, vulnerando ello garantías procesales que en nuestro ordenamiento ostentan rango constitucional.

1.2 Fundamentos de la Cooperación Jurisdiccional Internacional

Tradicionalmente se ha recurrido para justificar el auxilio internacional a conceptos de reciprocidad, de conveniencia, o de “comitas gentium”, noción en su origen, en el pensamiento de Huber, más vasta y profunda que aquella concebida como sinónimo de cortesía internacional³. Más allá que los argumentos expuestos no resultan excluyentes sino complementarios, hoy la base de la prestación de la cooperación radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones⁴ que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse frustrada por fronteras

¹ ALFONSÍN, Q.; LISBONNE, J. Buletin de Jurisprudence uruguayenne. In: *Journ. Dr. Int.*, Francia, n. 2, p. 460-464, 1958.

² D. Operti. *Exhortos y Embargos de Bienes en el Extranjero. Medios de Cooperación Judicial Internacional*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976. p.43.

³ Huber hablaba de una “comitas gentium” que en última instancia resultaba obligatoria, pues se fundaba en “el interés común y la convención tácita entre los pueblos”. MEIJERS, E. M. L’histoire des principes fondamentaux de Droit International Privé a partir du Moyen Age. In: *Recueil des Cours*, n. 3, p. 664-668, 1934.,

⁴ SENTÍS MELENDO, S. El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción. In: *Revista La Ley*, Buenos Aires, n. 48, p. 70, oct.-dic. 1956. MIAJA DE LA MUELA, A. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: [S.n.], 1957. Tomo 2, p. 459.

nacionales que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas. En tal sentido, y con palabras que conservan plena vigencia, señalaba hace medio siglo Alcalá Zamora, “el progreso incesante de los medios de comunicación, las cada día mayores relaciones mercantiles entre las naciones del mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aún a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra”⁵.

La idea de que el auxilio jurídico internacional no se sujeta a una decisión discrecional de la autoridad rogada sino que se funda en el deber de prestarlo, es acogida claramente por el Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, art. 14 parte final, al disponer la obligación del Estado exhortado de comunicar al requirente los motivos del incumplimiento total o parcial de la asistencia. En igual sentido, el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 15⁶.

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

1.3 Grados de la Cooperación Internacional

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

1.3.1 Primer Nivel de Asistencia

Abarca dos escalones cooperacionales. Uno, referido al auxilio de mero trámite – citaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en un Estado a ruego de tribunales de otro, e información del Derecho de un país a autoridades extranjeras – estadio en el que la entreatyuda jurídica internacional normalmente afecta en grado mínimo los derechos

⁵ Opinión citada por CAPELLETTI, M. Riconoscimento delle sentence straniere e basi ideologiche della interpretazione giurídica. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], n. 22-23, año 8, pág. 133, enero-agosto 1975.

⁶ En la misma posición, el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de Montevideo de 1979, art. 3, párrafo 2, dispone que la Autoridad Central del Estado requerido deje constancia del cumplimiento o de los motivos que impidieron el diligenciamiento.

de los justiciables y al Estado que la presta y en el que la prestación del auxilio no implica un grado apreciable de coerción, verificándose casi instantáneamente. Otro escalón, más complejo, está constituido por la cooperación probatoria. El diligenciamiento de pruebas fuera de fronteras supone una actividad de mayor complejidad y mayor extensión cronológica que una mera notificación y puede llegar a niveles coercitivos de relativa importancia, tales, la conducción compulsiva de un testigo renuente, el ingreso a la fuerza para practicar una inspección, etc. Los distintos tipos de cooperación de primer grado constituyen el auxilio internacional cuantitativamente más importante, al punto de abarcar en Uruguay no menos del setenta por ciento del total de la entreatyuda jurisdiccional.⁷

1.3.2 Asistencia Cautelar Internacional, Segundo Nivel de Cooperación

Persigue que el fallo que se dicte en el extranjero no llegue demasiado tarde.⁸ En relación a este nivel de asistencia cabe resaltar su intenso grado de coerción y su mayor extensión cronológica. La cooperación cautelar puede incidir en la indisponibilidad de un bien o suponer la intervención de una empresa y se mantiene, en principio, el tiempo que insuma el proceso cuyo resultado la cautela pretende asegurar.

1.3.3 ¿El Reconocimiento de la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros Integra la Cooperación Jurisdiccional Internacional?

Algunos sectores de la doctrina ubican la materia como un tercer nivel de la asistencia internacional. Entendemos empero preferible analizarla como un capítulo particularizado, tanto en razón de que afecta de modo mucho más significativo los derechos de los justiciables y al Estado en el que se pretenda su eficacia, cuanto que a diferencia del auxilio de mero trámite, probatorio y cautelar, materializados en el libramiento de exhortos o rogatorias, la sentencia no nace usualmente con expresa vocación internacional. Un juez libra un exhorto para efectuar una notificación en el extranjero, para que fuera de fronteras se diligencie una prueba o se trabe

⁷ En Uruguay, de los 3.500 exhortos tramitados durante el año 2004 vía Autoridad Central, 2.650 rogatorias, poco más del 75% del total, correspondieron a tal tipo de cooperación, promedio similar al alcanzado en años anteriores sobre cifras totales menores.

⁸ Ver al respecto, capítulo 3 “Cooperación cautelar internacional”.

un embargo, pero en cambio, tradicionalmente, simplemente dicta una sentencia y será la parte interesada la encargada de invocar el fallo en otro Estado. Cabe puntualizar, no obstante, que en razón de la creciente internacionalización de los procesos e interconexión entre los sistemas de justicia de los distintos Estados del continente, comienzan a dictarse fallos que asumen la necesidad de cooperación fuera de fronteras. En tal sentido la Autoridad Central del Uruguay ha comenzado a recibir rogatorias, libradas entre nuestro país y Argentina, en las que la sede que ha dictado una sentencia de divorcio respecto a un matrimonio celebrado en el otro país, dispone que se proceda a comunicar al otro Estado dicha sentencia a efectos de su anotación en el Registro de Estado Civil.

1.4 Transmisión de la Cooperación Jurisdiccional, el Exhorto

El término exhorto así como las expresiones “ comisiones o cartas rogatorias”, “suplicatorias” o “requisitorias”, utilizadas en el ámbito regional como sinónimos⁹, designan el encargo o ruego que hace el órgano jurisdiccional de un Estado a sus pares de otro, para la realización de algún procedimiento o sustanciación al servicio de una actividad procesal tramitada o a tramitarse ante el requirente. Los distintos textos convencionales vigentes para nuestra República hacen del exhorto el instrumento para la comunicación de la asistencia judicial internacional y en igual sentido lo hace el Código General del Proceso, Libro II, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, por lo que no debe confundirse el instrumento, la rogatoria, con la cooperación solicitada por su intermedio.⁹

1.4.1 Vías para la Transmisión de los Exhortos

El Derecho convencional interamericano así como la normativa de fuente nacional uruguaya, Código General del Proceso, consagran para la transmisión de los exhortos de cooperación judicial internacional los modos diplomático o consular, judicial y particular, ya tradicionales en la materia, a los que agregan a partir de las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, la comunicación vía Autoridades Centrales y aquella directa entre jueces de zonas fronterizas contiguas.

En ocasiones se ha confundido las vías para la transmisión de los exhortos, de los modos utilizados para su envío: postal, facsímil, correo electrónico,

⁹ Error en el que muchas veces se incurre en la práctica de nuestros países y aún en la denominación de algún texto convencional, tal, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, que en realidad refiere a la cooperación de mero trámite y probatoria.

etc. De tales modos, el postal es el empleado mayoritariamente y a efectos de dotarlo de mayor celeridad, hoy se utiliza el envío a través de correo expreso. En cuanto a la comunicación enviada por fax y correo electrónico, ella comienza a utilizarse de modo cada vez más importante entre las Autoridades Centrales como forma de adelantar los pedidos de asistencia. En materia de cooperación penal internacional, diversos tratados vigentes para Uruguay prevén que por razones de urgencia la solicitud de auxilio pueda hacerse llegar por fax o correo electrónico, debiéndose luego confirmar el pedido mediante el envío de la documentación original^{vi}.

1.4.1.1 Vía diplomática o consular

Se trata del modo más clásico y también el más empleado hasta el surgimiento de las Autoridades Centrales¹⁰. Su tramitación supone con frecuencia un enlentecedor encadenamiento burocrático entre el tribunal rogado y el rogante, que puede insumir varios meses y conspirar en definitiva contra la eficacia de la labor judicial. En tanto vía oficial, está exenta, al igual que la modalidad Autoridades Centrales, de la exigencia de legalización para acreditar la autenticidad del exhorto.

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

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

1.4.1.2 Vía particular

La transmisión de los exhortos por las propias partes interesadas constituye otra de las vías tradicionales de la asistencia jurisdiccional in-

¹⁰ La práctica de la asistencia jurisdiccional de los Estados Parte del Mercosur demuestran que la entrada en vigor de distintos convenios interamericanos, mercosureños y bilaterales que prevén la vía Autoridad Central, ha reducido grandemente el empleo de la vía diplomática, hoy aplicada en los casos de asistencia jurisdiccional internacional con países no vinculados por convenios que admitan esta modalidad de comunicación.

ternacional. En esta modalidad el interesado retira la rogatoria del tribunal exhortante y completada la cadena de la legalización, la hace llegar a un abogado actuante en calidad de corresponsal en el Estado exhortado, quien de conformidad con la normativa de éste se encargará de introducirla al tribunal competente para su diligenciamiento.

La vía particular hace necesario en el Derecho uruguayo la legalización como modo de acreditar la autenticidad de la solicitud extranjera de cooperación, no estando vinculado nuestro país al momento por la Convención de La Haya del 5.10.1961 sobre Supresión de las Legalizaciones.^{vii}

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

1.4.1.3 Vía judicial

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

1.4.1.3.1 Comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas

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

Esta cooperación inmediata entre tribunales se ajusta a las necesidades de las zonas fronterizas, en las que el entorno sociológico favorece el incremento de relaciones privadas internacionales de todo tipo y consecuentemente de litigios surgidos en torno a las mismas y permite que magistrados que actúan muy próximos entre sí puedan comunicarse

directamente, evitando enlentecedores trámites burocráticos respecto a solicitudes en las que la propia cercanía entre exhortante y exhortado asegura la autenticidad del pedido.

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

1.4.1.4 Vía autoridad central

Las Autoridades Centrales son organismos especializados en cooperación e información jurídica internacional, generalmente ubicadas en los Ministerios de Justicia o en aquellos a cargo de cometidos de apoyo a la función jurisdiccional o en los Ministerios de Relaciones Exteriores. Su origen se encuentra en las Convenciones de La Haya de 1965 sobre Notificación en el Extranjero de Actuaciones Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial y de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero, y han sido recibidas en el ámbito interamericano a partir de las Convenciones de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero y en el ámbito del Mercosur desde los Protocolos de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional de 1992 y de Ouro Preto de Medidas Cautelares de 1994. Diversos convenios bilaterales puestos en vigor en los últimos veinticinco años por Uruguay adjudican a las Autoridades Centrales un papel básico en la tramitación del auxilio jurisdiccional¹¹, siendo recibida también esta vía por el Código General del Proceso, Libro II, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, art. 527.1.

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

¹¹ Tales los Convenios uruguayo-argentino de 1981 y uruguayo-chileno de 1982 sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, art. 2 de ambos; y uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial de 1992, arts. 2 y 3; etc. En materia de asistencia jurídica penal, recientes acuerdos giran en su funcionamiento alrededor de las Autoridades Centrales.

constituyéndose en organismos esenciales para el cumplimiento de los objetivos convencionales¹².

En Uruguay la Autoridad Central en materia de cooperación civil, comercial, de familia y minoridad, y penal, es la Asesoría Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura, organizada actualmente por el Decreto 95/96 del 12 de marzo de 1996.

1.5 Actividad Procesal en el Extranjero sin Participación de Autoridades Locales

Si bien lo usual a nivel de los Estados del Mercosur es que la actividad procesal fuera de fronteras sea llevada a cabo a través de la cooperación jurisdiccional internacional, esta no es la única opción.

Normas convencionales y de fuente nacional vigentes para Uruguay validan y regulan tales actuaciones. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24.4.1963, regulación básica en materia consular, en el art.5, “Funciones consulares”, literal j, autoriza a los cónsules a “comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias, de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor.”¹³ El Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X, art. 526 numeral 2, dispone a su vez que: “Por intermedio de tratado o convención, podrá establecerse la facultad de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos para llevar a cabo las diligencias a que se refiere el ordinal anterior” – actos de mero trámite y recepción de pruebas.

Distintos textos reguladores de la cooperación procesal internacional de trámite y probatoria, admiten tales actuaciones. La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 13, autoriza a funcionarios diplomáticos y agentes consulares a dar cumplimiento a las diligencias previstas en el art. 2 – actuaciones de mero trámite y recepción

¹² Así lo resultante de las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994; y de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, todas ellas aprobadas por Uruguay.

¹³ El literal m del art. 5, permite asimismo a los cónsules ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía la oficina consular, a condición que no estén prohibidas por la legislación del Estado receptor o a las que éste se oponga, y aquellas atribuidas por convenios vigentes entre el Estado acreditante y el receptor. El artículo 3 párrafo segundo, autoriza que las funciones consulares puedan cumplirse por las misiones diplomáticas.

y obtención de pruebas en el extranjero- en el Estado de acreditación siempre que ello no se oponga a las leyes del mismo, no pudiendo emplear a tales efectos medios que impliquen coerción. La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, en el art. 14, parte final, no “restringe la aplicación de las disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas que estuvieren vigentes en otras convenciones, o las prácticas admitidas en la materia”.

El Protocolo de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, aprobado por Uruguay por Ley 17.512 del 27.6.2002, Capítulo V, “Recepción de pruebas por agentes diplomáticos o consulares”, arts. 9 a 13 inclusive, regula detenidamente la materia y en coincidencia con los textos interamericanos que le precedieran, autoriza a los agentes diplomáticos o consulares de un Estado Parte a recibir pruebas u obtener informaciones en el país donde ejerzan sus funciones, sin que para ello puedan emplear medios de apremio; en tal sentido, el art. 11, autoriza a dichos agentes a solicitar por las vías adecuadas al órgano jurisdiccional competente del Estado donde estén acreditados, la aplicación de medidas de apremio apropiadas para asegurar el diligenciamiento en cuestión. El órgano jurisdiccional requerido aplicará dichas medidas cuando estime que se han cumplido los requisitos exigidos por su propia legislación para que las mismas puedan disponerse en procesos locales. En la recepción de pruebas los agentes consulares podrán observar procedimientos vigentes en el Estado requirente, siempre que ello no contradiga lo dispuesto por el art. 2, inciso 1 de la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero¹⁴, reconociéndose a las personas de quienes se reciban pruebas o información, el derecho a estar asistidas por abogados y de ser necesario por interpretes y otros auxiliares de su confianza, art. 12, párrafo segundo. A los Estados Parte se les reconoce la facultad, en caso de declaración de personas que no sean de la nacionalidad del país acreditante¹⁵, de limitar a determinadas materias las atribuciones de los agentes diplomáticos o consulares y establecer las condiciones que estimen convenientes para la recepción de pruebas, entre otras, relativas al tiempo y lugar en que ellas deban practicarse, art. 10. El Protocolo de La Paz, art. 13, prevé que la

¹⁴ Art. 2 inciso 1, “La diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requirente que expresamente la prohíban”.

¹⁵ Se trata de un caso excepcional en el DIPr. interamericano en que se toma en consideración la nacionalidad de la persona.

frustración en la recepción de pruebas a través de la modalidad de actuación consular o diplomática directa no impide la posibilidad de recurrir a los modos de la cooperación jurisdiccional internacional clásica.

2. Cooperación de Mero Trámite y Probatoria

Constituye el primer nivel o grado de la asistencia judicial internacional, abarcando dos escalones. El primero, referido al auxilio de mero trámite, comprensivo de actuaciones como citaciones, intimaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en un Estado a ruego de tribunales de otro, auxilio que normalmente no afecta o afecta en grado mínimo al país que lo brinda, así como a los derechos de las personas, suponiendo su diligenciamiento un bajo índice de coerción y realizándose habitualmente de modo casi instantáneo.

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

Ambos escalones del auxilio de primer grado representan el tipo de asistencia más frecuente entre los Estados del Mercosur.

Textos convencionales y de fuente nacional vigentes para Uruguay regulan este tipo de auxilio. A nivel convencional son de importancia tanto distintos acuerdos multilaterales de alcance continental¹⁶ o regional^{viii}, cuanto bilaterales^{ix}, y a nivel de normas de fuente nacional, aplicables en defecto de tratado o convención¹⁷, la materia es abordada detalladamente por el Código General del Proceso, Libro Segundo, Capítulo II, “De la Cooperación Judicial Internacional”, arts. 526 a 529 inclusive.

2.1 Transmisión de las Solicitudes de Cooperación de Mero Trámite y Probatoria

Las vías para la transmisión de los requerimientos de este nivel son aquellas analizadas oportunamente en el Capítulo I.4.A) “Vías para la

¹⁶ Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, y Protocolos Adicionales de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

¹⁷ Código General del Proceso, Libro II, Título X, Capítulo I, “Principios Generales”, art. 524, “Normas aplicables”: “En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República darán cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título”.

transmisión de los exhortos”, modos diplomático o consular, judicial, particular y entre Autoridades Centrales, modalidad que en la región trasmite hoy más del 75% de las rogatorias internacionales.

No obstante que la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 11, no prevé la vía particular, en tanto exhortante y exhortado estén vinculados por algún convenio que admita tal posibilidad para este nivel de asistencia, será posible recurrir a la misma, así como en los casos en que las prácticas entre los Estados la admitieran¹⁸.

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

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

¹⁸ Conforme, Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 14, párrafo primero.

2.2 Requisitos a los que Deben Ajustarse estas Solicitudes de Cooperación

Las solicitudes de asistencia internacional en la materia, como todas las rogatorias en general, deben ajustarse a condiciones formales, procesales y sustantivas.

2.2.1 Requisitos Formales

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

2.2.1.1 Requisitos destinados a asegurar la autenticidad. Legalización

Se entiende por tal el procedimiento a través del cual se acredita de modo fehaciente que en un documento público extranjero ha sido extendido por funcionario competente de conformidad con los requisitos exigidos por la ley de procedencia del instrumento, actuando dicho funcionario dentro del límite de sus atribuciones^{19 20}.

Los textos convencionales y de fuente nacional en vigor para nuestro país exigen la legalización en los exhortos transmitidos vía particular o judicial²¹, en tanto que de emplearse las modalidades Autoridades Centrales, diplomática o consular, la condición no es requerida cuanto la índole oficial de tales vías hace presumir la autenticidad de la solicitud, tal lo dispuesto, *vr. gr.*, por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o cartas Rogatorias, art. 6 y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 13 . El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92, no exige legalización cuanto que únicamente previó la modalidad Autoridad Central. La Enmienda al Protocolo de Las Leñas, Decisión CMC 07/92, art. 10, dado que acoge además de la Autoridad Central las vías diplomática o consular y la particular, requiere legalización con relación a ésta última, salvo que entre el Estado requirente y el requeri-

¹⁹ TELLECHEA BERGMAN, E. Legalización de Documento Extranjero. In: *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Montevideo, n. 6, p. 33-41, junio de 1991.

²⁰ Q. ALFONSÍN señalaba de manera coincidente que la legalización “produce la autenticidad de los documentos públicos extranjeros”, “Legalización indirecta” en *Revista La Justicia Uruguaya*, Tomo 25, pág. 79.

²¹ En materia de cooperación de mero trámite y probatoria, entre otras, las Convenciones interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5.a; y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 10.1; y a nivel nacional, tal lo resultante del Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X, art. 527 numerales 1 y 2, y Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”, art. 1.

do se hubiere suprimido el requisito o se le hubiere sustituido por otra formalidad. En igual sentido el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional ente los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/92, art. 10.

Distintos acuerdos concluidos por Uruguay desde principios del siglo veinte excluyeron la legalización respecto a la vía diplomática o consular a partir de las Notas reversales uruguayo-españolas relativas a la Supresión de la Legalización, aprobadas por Ley 2706 del 10.6.1901. El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940 fue el primer tratado multilateral aprobado por nuestro país en excluir la legalización con relación las solicitudes de cooperación cursadas vía diplomática o consular, art. 11, párrafo segundo.

La comunicación directa entre jueces fronterizos contiguos también se encuentra exenta de legalización, pues la proximidad de los magistrados permite asegurar en forma inmediata la autenticidad de los pedidos, solución acogida por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 7 y sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15²².

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

2.2.1.1.1 Otros requisitos que también persiguen asegurar la autenticidad de la solicitud

Distintos acuerdos internacionales contienen exigencias cuya finalidad es asimismo asegurar la autenticidad de la rogatoria, tales, la condición de que el exhorto identifique al órgano jurisdiccional requirente a través de su denominación y dirección, Protocolo de Las Leñas, art. 6.a²³ y que el expediente en el cual se libra el exhorto sea adecuadamente individualizado con especificación del objeto y naturaleza del juicio, Protocolo de Las Leñas, art. 6.b.

²² A nivel del Mercosur recibe igual solución el Protocolo de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 19, párrafo cuarto.

²³ La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias también requiere al respecto: “Información escrita acerca de cual es el órgano jurisdiccional requirente...”, art. 8.b, primera parte.

2.2.1.2 Traducción

El requisito busca asegurar en el magistrado exhortado y en la persona destinataria de la cooperación la cabal comprensión de la medida rogada, siendo requerida por los textos vigentes en la materia tanto de fuente convencional como nacional^x.

En Uruguay el modo de efectuarse la traducción es reglado por el Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983 “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”, art. 6, que exige traducción realizada por traductor público nacional, considerando también válida aquella efectuada por el agente consular de la República acreditado en el lugar de procedencia del documento, art. 7.

Algunos acuerdos han buscado simplificar la traducción y aminorar sus costos a través del empleo de formularios impresos en los idiomas de los Estados Parte, tales los Protocolos Adicionales de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; los Acuerdos del Mercosur Complementarios a los Protocolos de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y de Medidas Cautelares, respectivamente, Decisiones CMC 05/97 y 09/97; y a nivel bilateral la Convención uruguayo-francesa de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial, vigente desde el 1.8.1999.

2.2.1.3 Requisitos destinados a facilitar el cumplimiento del exhorto

Se trata de condiciones que persiguen la efectiva prestación de la asistencia solicitada a través de la identificación del objeto que la misma persigue, y en su caso, de las personas a las cuales va dirigida. Tal lo dispuesto por el Protocolo de Las Leñas y el Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile²⁴, arts. 6.e. de los mismos.

Cuando los datos referidos al domicilio del destinatario de la rogatoria o de la persona llamada a declarar fueren incompletos o inexactos, la doctrina y los textos regionales actuales – Protocolo de Las Leñas y Acuerdo en la materia entre los Estados Parte del Mercosur y Asociados, arts. 16 de ambos – coinciden en que el tribunal requerido deberá agotar los medios para

²⁴ Convenios bilaterales que entraron en vigor para Uruguay en los últimos veinticinco años también exigen a texto expreso la condición, *vr. gr.*, Convenio uruguayo-argentino sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, art. 3.e; uruguayo-chileno de igual denominación, mismo artículo; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 4.e, etc.

satisfacer el auxilio, pudiendo solicitar al exhortante información complementaria sobre la identidad y localización de las personas.

Se prevé asimismo que los exhortos deban contener cualquier otra información que pueda facilitar su cumplimiento, exigencia abierta que responde a la finalidad de que el pedido sea acompañado de todos aquellos datos útiles para su más eficaz diligenciamiento²⁵.

2.2.2 Requisitos Procesales

2.2.2.1 Identificación del órgano jurisdiccional requirente

La condición hace referencia a la necesaria calidad jurisdiccional del órgano exhortante, pertenezca o no al Poder judicial²⁶. El Derecho Internacional Privado uruguayo de fuente convencional y nacional consagra el requisito ya a través de exigencias específicamente referidas al contenido de los exhortos, ya en términos más amplios, de los que surge que la solicitud debe provenir de órgano jurisdiccional.

2.2.2.2 Nombre y domicilio del apoderado del solicitante en el Estado requerido

Requisito exigible en casos de asistencia internacional en que los textos aplicables no consagren un impulso “ex officio” para la tramitación de las rogatorias. Los más recientes textos convencionales vigentes para nuestro país prevén la tramitación oficial, razón por la cual la designación de apoderado es meramente opcional²⁷.

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

Tiene por finalidad la mejor protección del afectado por el exhorto asegurándole mínimas garantías que hacen al debido proceso, por lo que corresponde concluir que se trata de un requisito esencial que toda rogatoria en la materia debe cumplir. A texto expreso es requerido por el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y el Acuerdo en la materia entre el Mercosur, Bolivia y Chile,

²⁵ Protocolo de Las Leñas y Acuerdo Mercosur y Asociados, arts. 6.h de ambos.

²⁶ Tal, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Derecho uruguayo.

²⁷ Ver al respecto, Capítulo II.3.A).a) “Impulso procesal”.

art. 6, literal f de ambos; la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 8.b; y por distintos convenios bilaterales referidos al tema, tales los uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 3.f; y uruguayo-brasileño de Cooperación Jurídica, art. 4.f.

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

Frente a las soluciones americanas tradicionales que sometían los procedimientos a seguir en el diligenciamiento de los exhortos a la ley del Estado requerido, los actuales desarrollos continentales y regionales acogen la solución – ya prevista en el ámbito de la Conferencia de La Haya desde principios del siglo XX – consistente en que sin perjuicio de mantenerse como principio la aplicación de la “lex fori”, a solicitud del tribunal rogante se observan procedimientos especiales siempre que no resulten incompatibles con el orden público internacional del Estado requerido^{xi}. En caso de solicitarse la aplicación de formas o procedimientos especiales, se exige que la rogatoria contenga una adecuada descripción de los mismos.

2.2.3 Requisito Sustancial, no Afectación del Orden Público Internacional del Estado Exhortado

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

Los textos regionales reguladores de la asistencia jurisdiccional internacional si bien expresamente consagran la excepción²⁸ no proporcionan en cambio un concepto de la misma, resultando en consecuencia básica la definición recibida por el art.5 de la Convención Interamericana sobre

²⁸ Tales, Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 17 y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 16; Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 8 y 12 “in fine” de los mismos; y a nivel bilateral, Convenios uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 7 de ambos; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 6; Convenio uruguayo-español de Cooperación Jurídica del 4.11.1987, art. 22.a; etc.

Normas Generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1979, ratificada, entre otros, por todos los Estados del Mercosur, y en relación a la cual Uruguay al momento de suscribirla efectuara una Declaración limitativa del alcance que otorga al orden público internacional²⁹. En el mismo sentido limitativo, definiciones sobre el instituto consagradas por la normativa de fuente nacional, Código Civil, art. 2404 – en la redacción dada por la Ley 16.603 del 19.10.1994 – y Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X, Capítulo I, art. 525.5.

En la práctica judicial uruguaya sólo en contadas situaciones se han planteado casos en los que se haya entendido que se vulneraba el orden público internacional de la República. Ello ha ocurrido en relación a exhortos requiriendo levantamiento del “secreto bancario”, tutelado en nuestro Derecho bajo la denominación de “secreto profesional” por la legislación vigente en materia de intermediación financiera, que no obstante admite que el secreto puede ser develado ante requerimientos judiciales debidamente fundados librados en procesos penales o de determinación de pensión alimenticia³⁰.

Otras situaciones en que puede ser posible invocar la afectación del orden público internacional refieren a casos en los que en un proceso tramitado en el extranjero estuvieren gravemente comprometidas las más elementales garantías procesales, tales, que el órgano rogante careciere de la independencia necesaria como para ser considerado un verdadero tribunal jurisdiccional – ver al respecto Capítulo I “Cooperación jurisdiccional internacional”, 1 “Conceptos básicos” – así como hipótesis en que el auxilio hubiere sido requerido por magistrado extranjero cuya competencia en el caso concreto lesionare claramente una jurisdicción exclusiva del Estado exhortado. Al respecto coincidimos con Opertti³¹ que en materia de cooperación, el juez rogado sólo deberá dar cabida a la excepción de incompetencia, cuando se trate manifiestamente de un asunto de su jurisdicción exclusiva, pues de no

²⁹ La declaración uruguaya expresa en su parte medular: “Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”.

³⁰ Ley de Intermediación Financiera 15.332, art. 25.

³¹ OPERTTI, D. Medidas cautelares con especial referencia al Derecho Procesal Internacional. In: *II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1986. Tomo I. OPERTTI, D. Nuestra posición actual. In: *II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1986. Tomo I.

hacerlo estaría renunciando al deber de defensa de su propia jurisdicción. Similar criterio ha sido sostenido en la doctrina argentina, entre otros, por Werner Goldschmidt, quien señalaba 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 exclusiva³².

2.2.4 Requisitos Específicos a las Solicitudes de Cooperación Probatoria

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

Resumen del juicio que facilite la diligencia probatoria. La finalidad de esta condición, considerada a veces un tanto engorrosa para el magistrado exhortante, es proporcionar al tribunal requerido una mínima e imprescindible información que facilite la adecuada prestación del auxilio³³. Diversos textos convencionales en vigor requieren expresamente tal información, Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art.4.4; Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 7, literal a de ambos; Convenios bilaterales sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos con Argentina y Chile, arts. 4, a; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 5.a; etc.

Nombre y domicilio de testigos y otras personas o instituciones que deban intervenir y otros datos indispensables para la recepción de la prueba. Se busca asegurar el aporte de información imprescindible para facilitar la ubicación de quienes deban participar en la tramitación de la prueba rogada, así como de los informes necesarios a los fines de su diligenciamiento, tratándose de datos sin cuyo aporte el éxito de la cooperación se vería seriamente comprometido³⁴.

³² GOLDSCHMIDT, W. *Derecho Internacional Privado*. 5ta. ed., Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 479.

³³ Posición coincidente con la sostenida por la iusprivatista internacional Prof. Tatiana B. de Maekelt, al analizar la Convención de Panamá de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero: MAEKELT, T. De. *Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP II)*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979. p. 86.

³⁴ Tal lo previsto por la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 4.3; Protocolo del Mercosur y Acuerdo entre Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, arts. 7.b; Convenios bilaterales uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, art. 4. b; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 5.b; Convenio uruguayo-español de Cooperación Jurídica, art. 23.b; etc.

Texto de interrogatorios y otros documentos necesarios. Al igual que la precedente, la condición persigue el aporte de elementos básicos para el diligenciamiento de la prueba, los que aún cuando no fueren exigidos a texto expreso, una elemental lógica jurídica determinaría su necesaria inclusión en el exhorto³⁵.

2.3 Diligenciamiento

2.3.1 Procedimiento

Frente a los modelos americanos clásicos, Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, artículos 11 y 13 respectivamente, y Código de Bustamante de La Habana, 1928, art. 391, que someten el procedimiento a seguir en el cumplimiento de los exhortos requirentes de auxilio a la “lex fori” del país requerido, las regulaciones más recientes, sin perjuicio de mantener como principio tal criterio, admiten que a solicitud del tribunal rogante se observen procedimientos especiales a condición que no resulten inconciliables con el orden público internacional del Estado requerido.

Esta solución, que atiende adecuadamente la verdadera índole de la actividad cooperacional, destinada a tener trascendencia en el Estado rogante y a cuyos efectos puede resultar necesario observar en su tramitación formas procesales propias del Derecho requirente, es acogida por el actual Derecho sobre cooperación internacional, así, lo dispuesto por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción del Pruebas en el Extranjero, arts. 10 y 6 respectivamente y Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y Acuerdo – espejo– arts. 12.

2.3.1.1 Impulso procesal

Las modernas soluciones consagran el impulso “ex officio” como principio básico en el diligenciamiento de solicitudes de cooperación jurisdiccional de mero trámite y probatoria, sin perjuicio de lo cual la intervención de parte siempre resulta posible, ya a través de la actuación directa de la misma ya a través de apoderado. En conformidad, Protocolo entre los Estados Parte del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia

³⁵ Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 4.2, parte final; Protocolo del Mercosur y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, arts. 7.c de ambos; Convenios bilaterales uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 4.c; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 5.c; etc.

Jurisdiccional y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 8 y 17 de ambos textos; y antes, lo dispuesto por los Convenios bilaterales concluidos por Uruguay con Argentina y Chile sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 8 de los mismos, y uruguayo-brasileño sobre Cooperación Judicial, art. 14; en el mismo sentido, Convenio uruguayo-español de Cooperación Jurídica, art. 25.

2.3.1.2 Costos, principio de gratuidad

La postura tradicional respecto a los gastos originados por el diligenciamiento de los exhortos provenientes del extranjero, salvo en materia penal, ha sido poner los mismos a cargo de la parte interesada, solución recibida incluso por las primeras Convenciones Interamericanas.³⁶

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

El Derecho interamericano acoge parcialmente la gratuidad en el auxilio internacional en los Protocolos de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5, y de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 6. En el espacio Mercosur la gratuidad es consagrada por el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y por el similar Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, excepto que se soliciten medidas probatorias que ocasionen erogaciones especiales o se designen profesionales para su diligenciamiento, casos en los cuales se deberá consignar en el exhorto la persona que en el Estado rogado se hará cargo de los gastos y honorarios devengados, arts. 15³⁷.

2.3.1.3 Empleo de medios coercitivos

La asistencia jurisdiccional de la región en materia de cooperación probatoria autoriza al tribunal rogado a emplear medios coercitivos previs-

³⁶ Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 12 y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 7.

³⁷ Diversos Convenios bilaterales reciben la solución bajo similares parámetros, Convenios uruguayo-argentino y uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 10 de ambos; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 12; etc.

tos por su legislación a efectos de asegurar el cumplimiento de similares actuaciones locales³⁸.

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

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

2.3.1.5 Deber de informar sobre los motivos del incumplimiento del exhorto

En tanto que la cooperación no es una decisión discrecional del tribunal rogado sino que éste en principio está obligado a prestar el auxilio, distintos textos a partir del Protocolo de 1984 a la Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 3, párrafo 2, imponen al exhortado el deber de comunicar de inmediato y fundadamente al exhortante, vía Autoridades Centrales, dicho incumplimiento. Así lo dispuesto por el Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y el Acuerdo en la materia entre los Estados del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, art. 14, párrafo 2 de ambos.

2.3.2 Autonomía del Acto Cooperacional

En la medida que la cooperación jurisdiccional internacional abarca grados de diferente afectación a las personas y a los Estados que la brindan,

³⁸ Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 3, parte final; Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 10; Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, arts. 13 de los mismos.

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

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

2.4 Emplazamientos de Personas Fuera de la República

El tema, directamente vinculado a la cooperación jurisdiccional internacional de mero trámite, es regulado por el Código General del Proceso en el art. 126, norma que dispone que si el demandado residiera fuera del país, “será emplazado mediante exhorto librado a las autoridades del lugar en que se domicilie”, fijándose por el tribunal actuante un plazo de comparecencia de “entre un mínimo de sesenta días y un máximo de noventa”, que obviamente

comenzará a computarse desde que se hubiere efectivizado el emplazamiento. La celeridad actual de los medios de comunicación internacional hace parecer excesivos dichos plazos y en razón de ello creemos razonable que para emplazamientos a efectuarse en países de la región, lo más adecuado será que la sede actuante opte por el mínimo legalmente previsto, sesenta días.

La persona domiciliada en el extranjero, pero con apoderado en Uruguay con mandato suficiente, siempre podrá ser emplazada en la persona de éste, Código General del Proceso, art. 128, al respecto coincidimos, entre otros, con Véscovi, en que lo previsto por el citado artículo del C.G.P. es meramente una posibilidad de emplazamiento y no una base de jurisdicción que atribuya competencia a los magistrados uruguayos.³⁹

En materia de sociedades mercantiles, la Ley 16.060 del 4.9.1989, art. 197, párrafo primero, autoriza a emplazar en Uruguay a una sociedad constituida en el extranjero “en la persona que haya actuado en su representación en el acto o contrato que motivare el litigio”. Disposición que protege a terceros contratantes con una sociedad extranjera actuante a través del denominado “doing business indirecto” en territorio nacional.⁵¹ Corresponde precisar que como acertadamente ha concluido la jurisprudencia nacional, la norma también consagra en este caso una mera opción de emplazamiento y de ningún modo un criterio atributivo de jurisdicción internacional a los tribunales patrios.⁴⁰

El párrafo segundo del art. 197 de la Ley 16.060, agrega además, que si una sociedad constituida en el extranjero hubiere establecido sucursal o representación permanente en el país, el emplazamiento se hará en la persona del o de los administradores designados.

3. Cooperación Cautelar

3.1 Aspectos Generales

Las medidas cautelares, providencias cuya finalidad es prevenir el daño derivado del retardo lógico de una decisión jurisdiccional definitiva asegurando la eficacia de la misma, abarcan todas aquellas medidas dispuesta

³⁹ VÉSCOVI, E. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Montevideo: Idea, 2000. p. 124.

⁴⁰ En coincidencia, Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, “Banco de Seguros c/Nedlloyd Lijnen B.V.”, en la que el tribunal sentenciara que el emplazamiento autorizado por el art. 197 de la 16.060 en la persona que actuó en representación de la sociedad, se justifica a efectos que no puedan eludirse responsabilidades o no se hagan de difícil exigibilidad derechos que se tengan contra una sociedad constituida en el extranjero.

por los tribunales con el objeto de impedir actos de disposición o administración capaces de hacer ilusorio el resultado de un juicio⁴¹, pudiéndose ordenar como recuerda Davis Echandía, “previamente a un proceso o durante éste, para evitar que el demandado haga ineficaz sus efectos prácticos o los burle mediante maniobras más o menos ilícitas”.⁴²

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

Con criterio anticipatorio de los actuales desarrollos internacionales, Couture reflexionaba hace ya más de sesenta años: “¿En que sentido influye sobre este fenómeno – las medidas cautelares – la circunstancia de que los bienes que son objeto de garantías se hallen en el extranjero? Ni lógica no moralmente puede influir en ninguno. Más aún, se puede decir que una vez que el Derecho Internacional ha llegado al punto de fijar criterios de competencia entre los Estados, la extensión de la potestad coercitiva hacia bienes radicados en otro territorio resulta absolutamente indispensable”.⁴³

Una medida cautelar adquiere calidad de internacional cuando adoptada por los tribunales de un Estado está destinada a cumplirse en otro. Actuales desarrollos también prevén la posibilidad de medidas cautelares de urgencia destinadas a asegurar el resultado de un juicio incoado o a incoarse en otro país, ordenadas por los magistrados del Estado de situación de los bienes o la persona a cautelar en tanto jurisdicción más aproximada, tal lo previsto por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, aprobada por Uruguay Decreto-Ley 14.953 del 12.11.1979, art. 10, y el Código General del Proceso de Uruguay, art. 535, “Facultad Cautelar”.^{xiii} El tribunal que conoce en el cumplimiento de una sentencia extranjera puede ordenar asimismo medidas que en definitiva también poseen índole cautelar internacional, cuanto que su finalidad es asegurar la eficacia de un fallo dictado fuera de fronteras, Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 7; Protocolo del Mercosur de Medi-

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno del 18.6.1988, Ministro redactor, Dra. Selva Klett.

⁴² ECHANDÍA, H. Davis. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar, 1966. p. 143-144.

⁴³ COUTURE, E. Los Embargos y el Tratado de Montevideo – de Derecho Procesal de 1889. In: *RDJA*, Montevideo, Tomo 37, p. 247, 1939. Nota de jurisprudencia.

das Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 11, “Medidas Cautelares en la Ejecución de una Sentencia; Código General del Proceso de Uruguay, art. 533, “Medidas previas a la ejecución”.

3.2 La Cooperación Cautelar Internacional en el Derecho Convencional y de Fuente Nacional de la República Oriental del Uruguay

El sistema jurídico uruguayo desde fines del siglo XIX atendió el auxilio cautelar internacional a través del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889, art. 10 y más tarde, por el Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Procesal Internacional, arts. 12, 13, y 14 y Título IV; “Del concurso civil de acreedores”, en especial, arts. 18 y 19.

Actualmente regulan la materia, la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares entre los Estados Parte del Mercosur; y el Código General del Proceso, Ley 15.982 del 18.10.1988, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo III, “De la Cooperación Cautelar”, arts. 530 a 536. El Convenio uruguayo – español de Cooperación Jurídica, vigente desde el 30.4.1994, también contempla la cooperación cautelar.⁴⁴

3.2.1 Ámbito de las Regulaciones

3.2.1.1 Ámbito espacial

La Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, aprobada por Uruguay por Decreto-Ley 14.953 del 12.11.1979, constituye un texto que entre las Convenciones Interamericanas representa un nivel medio en cuanto al número de Estados ratificantes, al momento solo siete: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay, situación que contrasta con el alto número de aprobaciones de otras convenciones aprobadas por las CIDIP⁴⁵; y a nivel Mercosur, Brasil y Chile y Bolivia, Estados Asociados, no son parte de la misma.

⁴⁴ Textos reguladores de distintos temas de Derecho Internacional Privado prevén asimismo auxilio cautelar internacional en relación a dichas materias. Tales, aquellos mencionados en nota 57 y los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889, Título X, “De las Falencias”, en especial, arts. 37 y 38, y de 1940, Título VIII, “De las quiebras”, en especial, arts. 43 y 44; Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del Mercosur y entre éstos y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisiones CMC 03/98 y 04/98, art. 19 numeral 4 de ambos; etc.

⁴⁵ Vr. gr., Arbitraje Comercial Internacional, 18 Estados Parte; Exhortos o Cartas Rogatorias, 17 Estados Parte; Recepción de Pruebas en el Extranjero, 15 Estados Parte; Régimen Legal de Poderes, 16 Estados Parte.

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

Dos años más tarde, al culminar el semestre de trabajos de la Comisión Técnica bajo Presidencia pro-témpore de Argentina, junio de 1991, Brasil comunicó a los otros socios del Mercado que culminadas las consultas estaba en condiciones de analizar la posibilidad de un convenio sobre la materia a nivel regional⁴⁶ y presentó un proyecto, que con aportes de las Delegaciones de Argentina y Uruguay⁴⁷, finalmente se concretó en el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, aprobado por Uruguay por Ley 16.930 del 20.4.1998, hoy vigente entre todos los Estados del Mercosur.⁴⁸

El Código General del Proceso, Ley 15.982 del 18.10.1988, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo III, “De la Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar”, arts. 530 a 536 inclusive, es la normativa nacional aplicable en ausencia de regulaciones convencionales, art. 524⁴⁹, legislando el tema al igual que los demás referidos a la asistencia

⁴⁶ Lo cual supuso un importante cambio en la posición brasileña en la materia que hasta dicho momento era contraria a concretar convenios sobre este tipo de asistencia.

⁴⁷ A los efectos del tratamiento del tema se integró a la Delegación de Uruguay, el procesalista, Prof. Dr. Luis Angel Landoni.

⁴⁸ El Protocolo del Mercosur es el texto hoy invocado en el ámbito subregional en materia de cooperación cautelar, excepto en relación a medidas cautelares de urgencia dictadas por la jurisdicción más próxima, ver al respecto, ver al respecto Capítulo III.2.K)

⁴⁹ Código General del Proceso, Título X, “Normas procesales Internacionales”, art. 524, “En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título”

jurisdiccional internacional en base a criterios similares a los consagrados por los acuerdos más recientes concluidos por Uruguay⁵⁰.

3.2.1.2 *Ámbito material*

Tanto la Convención Interamericana cuanto el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, arts. 1 de ambos, abordan de manera coincidente la “ratio” de tales acuerdos, destinada a asegurar que la Justicia alcance el eficaz cumplimiento de su cometido⁵¹, evitando la irreparabilidad del daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer⁵².

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

El Código General del Proceso, art. 530.1, consagra de manera amplia la obligación de los tribunales de diligenciar los requerimientos cautelares provenientes de tribunales extranjeros, excepto casos de solicitudes de medidas prohibidas por la legislación del país o contrarias a su orden público internacional.

La Cooperación cautelar podrá tener naturaleza preparatoria, incidental a una acción principal o estar destinada a asegurar la ejecución de una sentencia ya dictada, Protocolo del Mercosur, art. 3. La Convención Interamericana, art. 1, refiere en similar sentido a medidas que tengan por finalidad “garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro”. El Código General del Proceso no legisla expresamente el tema, pero atendiendo a su antecedente directo, la Convención Interamericana, a la intención de los autores del Proyecto, y al propio texto ya citado del art. 530.1 que compromete

⁵⁰ Al redactar las disposiciones del Capítulo se buscó asegurar un tratamiento homogéneo para todas las solicitudes de asistencia cautelar recibidas por los tribunales de la República, “Informe” de los autores del proyecto del Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Profs. Operti y Tellechea, a la Comisión Redactora del Proyecto del Código, constituida por los Profs. Adolfo Gelsi, Luis Torello y Enrique Vescovi.

⁵¹ Objetivo básico de las medidas cautelares, como indica BREMBER, A. M. La Cautela Procesal y sus Condiciones Específicas. In: *Anales de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata*, Tomo 14, p. 135, año 1965.

⁵² Finalidad coincidente con la señalada por V.FAIREN GUILLÉN (nota 54), págs. 909 y sigts., que habla de: procesos cautelares para garantizar la seguridad de las personas; procesos cautelares para garantizar la seguridad de los bienes – embargos, secuestros, inventarios, tasaciones, etc. – y procesos cautelares para garantizar obligaciones de hacer o dar cosa específica.

a una amplia cooperación en la materia, corresponde concluir en la obligación para los tribunales patrios de brindar aún en casos de inexistencia de tratados, asistencia cautelar internacional con carácter preparatorio, incidental a una acción principal o a efectos de asegurar un fallo ya dictado.

La cooperación cautelar debe ser requerida y diligenciada por tribunales y el exhortante debe poseer jurisdicción internacional para conocer en el litigio cuyo resultado la solicitud de asistencia busca asegurar.

La Convención Interamericana, arts. 2 y 3, el Protocolo del Mercosur, arts. 4, 5 y 6 y el Código General del Proceso, art. 530.1, reciben el principio clásico del Derecho Internacional Privado interamericano que requiere en materia de auxilio jurisdiccional 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.

La calidad de jurisdiccional del exhortante corresponde en principio que sea calificada por el propio Derecho en el que la rogatoria tiene origen⁵³, solución no excluyente empero de que el Estado rogado en protección de principios básicos e irrenunciables de su ordenamiento jurídico, orden público internacional, deniegue la cooperación en casos de notoria carencia en el órgano requirente de cualidades que hagan a un auténtico tribunal de Justicia. El maestro Alfonsín en coincidencia con lo expuesto, señalaba: “la judicatura exhortada no puede ni debe entrar a examinar la naturaleza ni las atribuciones de la autoridad exhortante... Ello sería meterse en casa ajena. Pero tampoco debe aceptar como judicial el exhorto emanado de cualquier autoridad extranjera”⁵⁴. Posición similar es sostenida por Operti⁵⁵.

Respecto a la exigencia de que el tribunal rogante posea jurisdicción internacional para conocer en el caso en relación al cual solicita la cautela, la condición es unánimemente requerida por los más importantes textos en vigor⁵⁶. El modo tan intenso como el auxilio cautelar internacional afecta los derechos de los justiciables y al propio Estado que lo brinda justifican en este nivel de asistencia el examen de la jurisdicción – jurisdicción in-

⁵³ Posición similar es sostenida por la Prof. venezolana Dra. T. B. DE MACKELT (nota 45).

⁵⁴ ALFONSÍN, Q. Cooperación Judicial Internacional. In: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, n. 1, año 9, p. 172, 1958.

⁵⁵ OPERTTI, Op.cit, pág. 43.

⁵⁶ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 2, párrafo primero; Protocolo de Medidas Cautelares, art. 4; Código General del Proceso, art. 530.1

ternacional indirecta – del exhortante. Creemos empero que el contralor de la jurisdicción del Estado requirente no debe sobrepasar los límites que nuestro Derecho exige respecto al grado más profundo de entreatyada jurisdiccional internacional, “latu sensu”, el reconocimiento de los fallos extranjeros. Tema en relación al cual el Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X. Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, art. 539.4, requiere únicamente, “Que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo a su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”. Razón por la cual nuestra posición – expuesta hace ya años al examinar el nuevo Código General del Proceso⁵⁷ – es coincidente con la del colega de Cátedra, Prof. Operti, en el sentido de que “el juez exhortado sólo podrá dar cabida a la excepción de incompetencia cuando se trate, manifiestamente, de un asunto de su jurisdicción exclusiva, pues de no hacerlo, estaría renunciando al deber de defensa de su propia jurisdicción”⁵⁸.

3.2.1.2.1 *Solicitudes de cooperación cautelar internacional emanadas de tribunales arbitrales*

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del Mercosur y el Acuerdo espejo entre los Estados del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, respectivamente Decisiones CMC 03/98 y 04/98 del 23.7.1998,⁵⁹ prevén la posibilidad que tribunales arbitrales puedan requerir cooperación cautelar, arts. 19.4 de ambos textos. A tales efectos el tribunal arbitral remitirá la solicitud de asistencia internacional al juez competente del Estado de su sede y dicho magistrado remitirá la solicitud a los jueces del Estado Parte requerido a través de las vías previstas por el Protocolo de Medidas Cautelares. A los fines de acelerar la cooperación internacional, el art. 19.4, admite que los Estados al momento de ratificar el Acuerdo o con posterioridad, declaren que el tribunal arbitral podrá solicitar directamente el auxilio a las autoridades judiciales del país de cumplimiento de la cautela a

⁵⁷ TELLECHEA, E. Libro Segundo, Título X del Código General del Proceso, una nueva regulación del Derecho Internacional Privado de la República. In: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n. 4, p. 528-550, 1998.

⁵⁸ OPERTTI, D. Medidas Cautelares con especial referencia al Derecho Procesal Internacional. In: *III Jornadas uruguayas de Derecho Procesal*. Rivera: [S.I.], 1985.

⁵⁹ El Acuerdo del Mercosur y el Acuerdo paralelo Mercosur y Estados Asociados, han sido aprobados por Argentina, Brasil y Uruguay, y en el caso de Uruguay, respectivamente por Leyes 17.834 del 23.8.2004 y 17.751 del 26.3.2004.

través de las respectivas Autoridades Centrales. Opción que consideramos adecuada a los fines de agilizar la prestación del auxilio.

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

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

3.2.2 Transmisión de las Solicitudes de Cooperación Cautelar

Las solicitudes deberán ser cursadas a través de exhorto, Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 13; Protocolo del Mercosur, art. 18; Código General del Proceso, art. 536, “Tramitación”, disposición esta última que al referir a las vías de transmisión si bien utiliza el término “comunicación” y no el tradicional de “exhorto”- en puridad el exhorto es una comunicación de un tribunal, a otro - refiere indubitablemente a éste.

Para el traslado de las solicitudes los tres textos acogen las vías clásicamente admitidas en materia de cooperación internacional: diplomática o consular, Autoridad Central, la más utilizada, y judicial⁶⁰.

En solución que se adecua a las necesidades de países en integración, el Protocolo de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo 4, autoriza a los magistrados de zonas fronterizas a transmitirse de manera directa y sin necesidad de legalización, exhortos requiriendo asistencia cautelar. Modalidad con origen en lo previsto por la Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 7 – aún cuando únicamente en relación al auxilio jurisdiccional internacional de primer grado – y con un ámbito más amplio – comprensivo de los distintos tipos de la cooperación internacional – por la Convención Interamericana de

⁶⁰ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 13. Protocolo del Mercosur, Decisión 27/94, art. 19; Código General del Proceso, art. 536.

México de 1974 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15⁶¹. Como en el caso de la asistencia jurisdiccional de mero trámite y probatoria, en el auxilio cautelar la comunicación judicial directa entre jueces de zonas fronterizas contiguas ha comenzado a tener aplicación en el ámbito uruguayo – argentino del litoral del Río Uruguay.

Las restantes vías de transmisión oficiales, diplomática o consular y Autoridad Central, no requieren de legalización en del Derecho uruguayo⁶², y tampoco en el ámbito del Mercosur, Protocolo de Medidas Cautelares, art. 19. La transmisión vía particular la exige, excepto la posibilidad prevista expresamente por el citado artículo del Protocolo de que entre el Estado requirente y el requerido se hubiere suprimido la exigencia o se la hubiere sustituido por otra formalidad como la “apostilla”⁶³.

La importancia de la vía Autoridad Central en la actual transmisión de las solicitudes de asistencia jurisdiccional internacional ha determinado que el Protocolo de Medidas Cautelares, art. 20, exija que cada Estado Parte designe una Autoridad Central. Autoridades que en el caso de Uruguay y Argentina ya se encontraban funcionando con eficacia con anterioridad, en aplicación de distintos convenios bilaterales y multilaterales ya existentes que preveían su existencia.⁶⁴

3.2.3 Requisitos a los que Deben Ajustarse los Exhortos

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

3.2.3.1 Requisitos formales

El Protocolo, art. 21, exige que el exhorto contenga: identificación y domicilio del tribunal requirente, literal a; copia autenticada de la petición

⁶¹ Vigente entre otros Estados, entre los cuatro Estados Parte del Mercosur, Uruguay la aprobó por Ley 16.860 del 9.9.1997.

⁶² Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”, art. 5. En consecuencia, en Uruguay aún cuando la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares exige la condición de modo general, art. 14.a, no se requerirá legalización para las solicitudes recibidas vía diplomática, consular o Autoridad Central.

⁶³ Prevista por la Convención de La Haya sobre Supresión de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros del 5.10.1961, no vigente para Uruguay.

⁶⁴ Hoy se encuentran en funcionamiento Autoridades Centrales en los cuatro Estados Parte del Mercosur.

de la medida cautelar y de la demanda principal, si ella existiere, literal b; documentación que fundamente la petición, literal c; y transcripción del auto fundado que ordena la medida cautelar, literal d. De manera similar, el art. 15.a de la Convención Interamericana de Medidas Cautelares, requiere que la rogatoria sea acompañada de copia auténtica de la demanda o de la petición de la medida cautelar, así como de la documentación anexa y de las providencias que la decretaron.

Son asimismo condiciones formales, las exigencias de: legalización, cuando la solicitud fuere transmitida vía particular, cuestión ya examinada al abordar las vías de transmisión de los exhortos; y traducción de la rogatoria y de la documentación adjunta al idioma del exhortado, en casos en que la lengua del exhortante fuere diferente, Convención Interamericana, art. 14.b; Protocolo de Ouro Preto, art. 23. Disposiciones que empero no legislan sobre el modo como realizar la traducción, por lo que corresponde concluir que la cuestión queda sujeta a lo que disponga en la materia la normativa de fuente nacional del Estado que recibe el exhorto⁶⁵. A efectos de simplificar la traducción de las rogatorias, así como asegurar el cumplimiento de los requisitos de distinto tipo a los que las mismas se encuentran sujetas, en el ámbito del Mercosur, el Consejo del Mercado Común por Decisión 9/97 del 15.12.1997, aprobó el Acuerdo Complementario de Montevideo al Protocolo de Medidas Cautelares, aún no vigente, que a través del empleo de formularios habrá de facilitar la prestación de la asistencia judicial internacional.

Constituye también un requisito de índole formal, el contenido en el párrafo 2 del art. 21 del Protocolo del Mercosur, relativo a que la rogatoria y los documentos adjuntos estén revestidos “de las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de donde proceden”, lo que determina que en el tema deba estarse a lo dispuesto por la “lex causae”, es decir, el Derecho del país de origen del exhorto.

3.2.3.2 *Requisitos procesales*

Dentro de los mismos corresponde ubicar las exigencias referidas a que la resolución que ordena la medida cautelar sea fundada, que la rogatoria describa los procedimientos especiales que el exhortante solicite que el rogado observe en la tramitación del auxilio, Protocolo, art. 21, literales d y e, y que se indique la persona que en el Estado requerido atenderá los gastos y costas judiciales, art. 21, literal f – salvo las excepciones previstas por

⁶⁵ En Uruguay la materia es legislada por el Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, arts. 6 y 7.

el art. 25 – quedando a criterio del tribunal exhortado dar trámite a solicitudes que carezcan de indicación de quien deba atender los gastos. La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares también requiere que la solicitud sea acompañada de copia auténtica de las providencias que decretaron la medida y, en su caso, de información de las normas procesales que consagren algún procedimiento especial que el tribunal requirente solicite que se observe en el diligenciamiento, art. 15, literales a y b; y de acuerdo al art. 16, será facultativo del país exhortado dar trámite a una rogatoria que carezca de indicación de quien deba atender los gastos, por lo que debe inferirse la necesidad de que la solicitud proporcione tal información.

A nivel de normativa de fuente nacional, si bien el Código General del Proceso no regula el tema, en atención a su fuente directa en la materia, la Convención Interamericana, los tribunales exigen similares requisitos procesales.

3.2.3.2.1 Indicación de defensorías de oficio

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

3.2.3.3 Requisito sustancial, no afectación del orden público internacional del Estado exhortado

El exhorto requirente de cooperación cautelar internacional podrá ser rechazado en razón de afectar el orden público internacional del Estado rogado, Protocolo de Medidas Cautelares, art. 17; Convención Interamericana, art. 12; Código General del proceso, art. 530.1, parte final.

La excepción de orden público internacional corresponde sea interpretada de manera restrictiva a efectos de evitar que invocaciones abusivas de la misma se traduzcan tanto en graves trabas a la adecuada regulación de las relaciones privadas internacionales entre los Estados Parte, cuanto en inmotivadas causas de denegación de la prestación del 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, en tanto según surge de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de DIPr.,

codificación continental sobre la teoría del DIPr., ratificada entre otros países por todos los Estados del Mercosur, aquel es la defensa de los principios esenciales del ordenamiento jurídico de un Estado, art. 5.

La cooperación cautelar internacional puede afectar el orden público internacional del ordenamiento jurídico del exhortado, ya en hipótesis en las que el pedido no provenga de verdadero órgano jurisdiccional, casos en que el afectado por la medida puede no haber estado amparado por garantías que hacen al debido proceso en el Estado requirente⁶⁶, ya en situaciones en las que el cumplimiento de la cautela rogada afecte por su contenido principios esenciales del ordenamiento requerido. En tal sentido tanto los ya citados art. 17 del Protocolo de Ouro Preto y art. 12 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, facultan las autoridades jurisdiccionales del Estado requerido a rehusar el cumplimiento de las rogatorias cuando éstas fueren manifiestamente contrarias a su orden público, por lo que corresponderá que el tribunal requerido invoque la excepción sólo en hipótesis de clara y efectiva afectación de los principios básicos de su Derecho, vr. gr., solicitudes de embargos de bienes que de acuerdo al Derecho rogado tengan calidad de inembargables por su función social, tales: inmuebles declarados “de familia”; instrumentos necesarios para el ejercicio de una profesión, arte u oficio; aperos de labranza; etc. De acuerdo al Derecho uruguayo, en todos estos casos los principios esenciales del ordenamiento jurídico rogado a causa de la prestación de la cooperación internacional deben ser necesariamente afectados de manera concreta, grave y manifiesta.⁶⁷

3.2.3.4 *Falta de requisitos básicos*

En regulación que persigue asegurar la efectiva prestación de la cooperación cautelar, el Protocolo, art. 21, parte final, dispone que excepto que faltaren requisitos, documentos o información “fundamentales” para el diligenciamiento, apreciación que obviamente corresponderá a la sede rogada, el exhorto debe ser tramitado. En el supuesto de entender el

⁶⁶ En conformidad, entre otros, las conclusiones ya señaladas del análisis llevado a cabo por el iusprivatista internacional uruguayo Quintín Alfonsín, respecto a la improcedencia en Uruguay de una medida cautelar requerida sin intervención de órgano jurisdiccional, por la “Junta nacional de Recuperación Patrimonial Argentina”, ALFONSÍN; LISBONNE, Op. cit. En igual sentido, OPERTTI, Op. cit, pág. 43.

⁶⁷ Tal, lo resultante de la Declaración uruguaya limitativa de excepción de orden público internacional emitida al momento de suscribir la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

exhortado que las carencias impiden el diligenciamiento, se le impone la carga de comunicar con celeridad al requirente a través de las vías previstas para la cooperación internacional tales insuficiencias, a efectos que el exhortante subsane urgentemente las mismas. Principio favorable a la tramitación de las solicitudes de auxilio excepto graves carencias a las mismas, de tradicional aceptación por la jurisprudencia uruguaya.

3.2.4 Ley Aplicable y Tribunales Competentes en los Casos de Cooperación Cautelar Internacional

Los arts. 5 a 8 del Protocolo de Ouro Preto regulan el tema coincidiendo en sus aspectos básicos con las soluciones legisladas por la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares, arts. 3 y 4, y el Código General del Proceso, art. 530, numerales 1 y 2. La admisibilidad o procedencia de la medida cautelar queda sujeta a las leyes y tribunales del Estado requirente, en tanto que la ejecución de la misma y las contracautelas o garantías respectivas deben ser resueltas por los jueces del Estado requerido según sus leyes, Protocolo, arts. 5 y 6; Convención Interamericana, art. 3; Código General del Proceso 530.2.

A las leyes y jueces del Estado rogado también se les confiere competencia para regular y resolver sobre: modificaciones de las medidas cautelares y reducción o sustitución del embargo cuando ello se justificare; sanciones por peticiones maliciosas o abusivas; y cuestiones referidas al dominio y demás derechos reales que se susciten en el diligenciamiento de la cooperación impetrada, Convención Interamericana, arts. 4 y 5, parte final; Protocolo art. 7; Código General del Proceso art. 531.3.

La atribución de jurisdicción al tribunal rogado para conocer en cuestiones referidas al dominio y otros derechos reales no hace sino recoger el principio tradicional del Derecho Internacional Privado regional de que las materias de carácter real se encuentran sujetas a las leyes y tribunales del lugar de situación de los bienes, solución acogida por los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, respectivamente arts. 26 y 67 y 32 y 64.

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

3.2.5 *Autonomía de la Cooperación Cautelar*

La singularidad de los distintos grados de la cooperación judicial internacional determinan que la prestación de uno de ellos no condicione el otorgamiento de otros de mayor nivel y consecuentemente sujetos a condiciones más exigentes. El Protocolo del Mercosur, art. 10, precisa que la prestación de auxilio cautelar no supone el compromiso de reconocer o ejecutar la sentencia definitiva extranjera que se dicte en el proceso principal. El principio de la autonomía del auxilio cautelar ha sido asimismo determinante de la solución legislada por el párrafo final del art. 19 del Protocolo, que al regular el diligenciamiento dispone 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 en relación a la jurisprudencia brasileña que en aplicación de disposiciones constitucionales de su país exige, como se ha señalado, exequatur ante el Presidente del Supremo Tribunal Federal para el control de las rogatorias recibidas desde el extranjero. La autonomía de la cooperación cautelar también es consagrada por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 6, y el Código General del Proceso, art. 532 “Efectos del cumplimiento”.

3.2.6 *Cooperación Interna*

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

3.2.7 *Medidas Cautelares Preparatorias*

Este tipo de cooperación cautelar, de creciente planteo a nivel del auxilio jurídico regional, es objeto de específica y detallada regulación por el Protocolo de Ouro Preto. El art. 13 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 art. 14 exige que el tribunal exhortante al transmitir la rogatoria comunique al requerido: el plazo, contado a partir del cumplimiento de la medida cautelar en el cual la demanda deberá ser presentada en el proceso principal; y oportunamente y a la mayor

brevidad, fecha de presentación de la demanda en el proceso principal o el transcurso del plazo establecido por la ley del exhortante sin que tal interposición hubiere ocurrido. Asimismo y a efectos que comiencen a computarse los referidos términos, art. 15, la sede requerida deberá comunicar de inmediato a la exhortante la fecha en que dio cumplimiento a la cautela solicitada y en su caso, las razones por las cuales ésta no fue cumplida. Exigencia que explicita la obligación del exhortado de brindar la asistencia solicitada, excepto causas graves especialmente previstas, tales, las ya enunciadas relativas a la afectación del orden público internacional del Estado requerido, art. 17; falta de requisitos fundamentales en la rogatoria, art. 21, párrafo 3ero.; o cuando se constate la “absoluta improcedencia de la solicitud de acuerdo a los términos del propio Protocolo, art. 8, parte final. De todo lo cual resulta que hoy la cooperación cautelar internacional es concebida ente los Estados del Mercosur como una obligación y no como una mera facultad del exhortado.

3.2.8 Cooperación Cautelar en Materia de Menores

Su tratamiento específico a nivel continental fue consagrado por la Convención de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 9 y tiene por finalidad evitar los graves perjuicios que para la mejor formación de los niños pueden derivar de solicitudes emanadas de tribunales extranjeros que pretendan extraer al menor del Estado de su residencia habitual, tales, medidas cautelares dispuestas en juicios de guarda o custodia tramitados ante tribunales de Estados distintos a los del centro de vida del niño⁶⁸. En tal sentido y a efectos de evitar situaciones que se puedan traducir en rupturas traumáticas del entorno familiar, afectivo y cultural del menor, produciendo consecuencias de seria incidencia en su formación, se faculta a los tribunales requeridos a limitar, en defensa del superior interés del niño⁶⁹, el auxilio brindado. El juez exhortado en tales

⁶⁸ Situaciones éstas obviamente distintas a los casos de restitución internacional de menores ilícitamente trasladados o retenidos fuera del país de su residencia habitual, casos en los que el principio es precisamente la urgente devolución del niño al Estado de su centro de vida.

⁶⁹ En conformidad, Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20.11.1989, en vigor desde el 2.9.1990, vigente entre la mayoría de los Estados y específicamente entre todas las Partes del Mercosur, art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Uruguay aprobó la Convención por Ley 16.137 del 26.9.1990.

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

En consecuencia, constatado por el exhortado que el traslado de un menor, solicitado en razón de un proceso de guarda o similar tramitado en el extranjero puede ocasionarle serios perjuicios, deberá sujetar al niño a su autoridad, cerrando fronteras, en espera de la definición del juicio incoado en el otro Estado 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.

El Protocolo del Mercosur en el art. 12, “Medidas cautelares en materia de menores” recibe igual solución, también consagrada por la legislación uruguaya de fuente nacional, Código General del Proceso, art. 534, “Medidas cautelares en materia de menores o incapaces”, que como surge del propio título y del texto de la disposición, extiende la protección a los incapaces mayores de edad.

3.2.9 Cooperación Cautelar en Instancia de Ejecución de Sentencias

En el ámbito regional la modalidad reconoce como antecedente lo dispuesto por el art. 8 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940 que faculta al “juez a quien se solicite el cumplimiento de una sentencia extranjera” a tomar “sin más trámite y a petición de parte o aun de oficio”, “todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de aquel fallo, conforme a lo dispuesto por la ley del tribunal local sobre secuestros, inhibiciones, embargos u otras medidas preventivas”.

Solución posteriormente acogida por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 7; el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 11, “Cooperación cautelar en la ejecución de sentencia”; y en el DIPr. de fuente nacional por el Código General del Proceso, art. 533, “Medidas previas a la ejecución”. Regulaciones que en verdad no refieren a una actividad procesal llevada a cabo a requerimiento de tribunales foráneos, sino a la adopción de medidas cautelares locales que responden a una finalidad de cooperación internacional en tanto que

persiguen evitar la frustración de la eficacia de una sentencia extranjera. Razón por la cual es al tribunal actuante en el procedimiento de reconocimiento al que se deberá solicitar la adopción de las medidas asegurativas del caso, en conformidad con sus propias leyes.

3.2.10 Oposición a las Medidas Cautelares

Textos convencionales y de fuente nacional⁷⁰ reconocen la legitimación procesal de la persona afectada, presunto deudor o tercero, a oponerse ante el tribunal rogado a la medida cautelar ordenada por un magistrado extranjero. La sede rogada debe en tales casos mantener la medida y remitir las actuaciones al tribunal exhortante, que decidirá de acuerdo a sus leyes.

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

3.2.11 Cooperación Cautelar de Urgencia

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

Estas medidas de urgencia dispuestas por la jurisdicción más próxima son recibidas de modo general en el Derecho uruguayo por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 10 y el Código

⁷⁰ Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940, art. 14; Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 5; Protocolo de Ouro Preto, Decisión CMC 27/94, arts. 7.c y 9; Código General del Proceso, art. 531, “Tercerías y oposiciones”.

General del Proceso, art. 535, "Facultad cautelar"; y en relación a materias específicas, por diversos textos convencionales vigentes para Uruguay, ver nota 57.

3.2.12 *Costos y Gastos*

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

4. A Modo de Conclusión

El marco regulador en el ámbito del Mercosur de los distintos niveles de la cooperación judicial internacional si bien presenta un panorama de adecuado funcionamiento en aquellos Estados de la región de mayor tradición en la prestación de la misma, muestra en otros dificultades que tornan imperiosa la necesidad de asegurar una efectiva y homogénea aplicación por las jurisprudencias nacionales de las soluciones convenidas. Razón por la cual deberá procurarse tanto una adecuada información a los tribunales sobre los acuerdos vigentes, cuanto, y muy especialmente, profundizar instancias jurisdiccionales estables^{xiv}, capaces de asegurar a través de decisiones vinculantes, una común inteligencia de los textos concluidos, evitando así el peligro de interpretaciones nacionales multívocas, capaces de frustrar en los hechos el compromiso de armonización jurídica asumido por los Estados Parte del Tratado de Asunción.

Notas

- ⁱ Aún cuando se trate de una modalidad no frecuente en el ámbito regional, la realización en un Estado de actividades al servicio de un proceso extranjero puede admitir tipos que excluyan, en principio, la actuación de los tribunales del Estado donde tales actuaciones se lleven a cabo, ver al respecto, numeral I.5, “Actividad procesal en el extranjero sin participación de autoridades locales”.
- ⁱⁱ Entendemos con Carnelutti que la distinción entre función procesal o jurisdiccional y función administrativa, radica en que el tribunal no es titular de un interés en conflicto, sino que actúa por fuera y por encima del conflicto, mientras que el administrador es titular de un interés y actúa para la satisfacción del mismo; Barrios de Angelis tipifica con precisión la esencia de la función jurisdiccional, indicando que consiste en “ el poder público que se atribuye a órganos estructuralmente imparciales para excluir la insatisfacción jurídica”, BARRIOS DE ANGELIS, D. Teoría General del Proceso, enseñanza de la misma. In: *Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, t.18, p. 120, 1967.
- ⁱⁱⁱ Tales, entre otros, a nivel interamericano, Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, arts.2, 8.b y 10 párrafo 2º; Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, arts. 1, 3.c y 4 párrafo segundo parte final, Anexo, Forma A, Modelo de Exhorto o Carta Rogatoria, Forma B- Numeral III; Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, arts. 2, 4 numeral 5, 6 y 8; Protocolo Adicional a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, arts. 3 párrafo segundo “in fine” y 5, Anexo al Protocolo Adicional, Formulario A, numeral 1 y parte final del Formulario A; Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, arts. 2, 3 párrafo 1ero, 5 párrafo 1ero. y 16 párrafo 2do. A nivel de Acuerdos concluidos en el Mercosur, Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92, art.6.a y Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, mismo artículo; Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, arts. 4, 5, 9, 14, 15, 19 párrafo cuarto, 21.a y 22. En igual sentido, diversos Convenios bilaterales vigentes para Uruguay, tales, Convenio uruguayo-argentino sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos de 1981, arts. 2, 3 a, 5 y 7 párrafo segundo; Convenio uruguayo-brasilero de 1992 de Cooperación Judicial, arts. 4.a y 6 parte final; Convenio uruguayo-chileno de 1982, arts. 2, 3.a, 5 y 7 párrafo segundo; Convención uruguayo-francesa de 1991 de Cooperación Judicial en materia Civil y Comercial, art. 11; etc. A nivel de normas de

fuente nacional, el Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo II “ De la cooperación judicial internacional”, arts. 526.1, 527.3 párrafo segundo y Capítulo III “De la Cooperación judicial internacional en materia Cautelar”, art. 530 numerales 1 y 2, acoge similar criterio.

- ^{iv} La exigencia de calidad jurisdiccional del órgano requirente en casos de asistencia penal internacional a causa de las diferencias existentes entre los sistemas procesales inquisitivos y acusatorios, ha sido sustituida por el requisito de que la solicitud emane de autoridad competente en el Derecho requirente para la investigación o enjuiciamiento del delito, vr. gr., Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal de Nassau de 1992; ver al respecto, TELLECHEA BERGMAN, E. *Derecho Internacional Privado - Asistencia Jurídica Internacional en Materia Penal- Marco Conceptual y Normativo*. Montevideo: F.C.U., 2003. Tomo 1.
- ^v Tal lo señalado, entre otros, por ALFONSÍN, Q. Cooperación Jurídica Internacional. In: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año 9, p. 168, 1958. ROMERO DEL PRADO, V. *Derecho Internacional Privado*. Córdoba: Ediciones Assandri, 1961. p. 378. Tomo 3. En igual sentido, el Delegado uruguayo, A. Vargas Guillemette, en ocasión del planteo realizado en la Comisión de Derecho Procesal Internacional del Congreso de Montevideo de 1939-1940 por la Delegación de Paraguay acerca de si “exhortos” o “cartas rogatorias” eran sinónimos, respondió afirmativamente la pregunta.
- ^{vi} Tal lo dispuesto en el Protocolo de San Luis sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 02/96 y el Acuerdo espejo de Montevideo en la materia, concluido ente los Estados Parte del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 12/01, artículos 6, numeral 2 de ambos. En lo bilateral, entre otros, los Convenios que en la materia vinculan a Uruguay con España y Estados Unidos, arts. 6 de los mismos. En igual sentido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 96.1. En relación al tema, ver TELLECHEA BERGMAN Op.cit., págs. 25 y siguientes. En lo referido a extradición, se admite en los textos más recientes que las solicitudes de “detención preventiva” puedan ser cursadas a través de fax u otros modos que permitan una constancia escrita.
- ^{vii} En el ámbito americano, Argentina, Estados Unidos, México, Bahamas, Belice, Ecuador, Panamá han aprobado la Convención. Las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5.a; y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 13, exigen legalización en relación a la

vía particular. En igual sentido, salvo que entre el Estado requirente y el requerido se hubiere suprimido el requisito o se hubiere sustituido por otra formalidad, la Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 07/02, art. 10 párrafo tercero y el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, mismo artículo. La normativa uruguaya de fuente nacional también exige el requisito, Código General del Proceso, art. 527 numerales 1 y 2; y Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, “Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros”, art. 5.

- ^{viii} Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulos I, “Cooperación y asistencia jurisdiccional”, II, “Autoridades Centrales”, y especialmente, IV, “Cooperación en actividades de mero trámite y probatorias”. Además del Protocolo señalado, cabe recordar que en el Mercosur se han aprobado sobre la materia la Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 07/02, en especial arts. 5, 10 y 14; 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, Capítulos I, II y especialmente, IV, regulaciones aún no vigentes para Uruguay.
- ^{ix} Por su importancia y aplicabilidad, Convenio uruguayo-español sobre Cooperación Jurídica, vigente desde el 30.4.1998, Título V, “Del auxilio judicial”; Convención uruguayo-francesa de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial, vigente desde el 1.8.1999, Capítulo II, “Notificación de Actos” y III, “Obtención de Pruebas”; y Convenio uruguayo-chileno sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos entrado en vigor el 14.4.1982. Convenios en su momento de importante aplicación como el uruguayo-argentino sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, entrado en vigor el 12.5.1981 y el Convenio uruguayo-brasilero de Cooperación Judicial de 1992, han dejado de tener aplicación en los hechos, tramitándose actualmente la cooperación procesal internacional entre dichos países y Uruguay en base al Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92.
- ^x En el grado de la cooperación en examen, Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 5.b, y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 10.2; Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 05/92 y Acuerdo – espejo, entre los Estados Parte del Mercosur y la República de

Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, Capítulos IV, “Cooperación en Actividades de Mero Trámite y Probatorias”, arts. 10 de ambos. Entre los convenios bilaterales, Convenio uruguayo-brasileño de Cooperación Judicial, art. 7, etc. En la normativa de fuente nacional exigen la traducción tanto el referido Decreto-Ley 15.441 del 1.8.1983, art. 6, cuanto el Código General del Proceso, Libro II, Título X, Capítulo II, art. 527.4.

^{xi} La actual normativa convencional y de fuente nacional vigente para Uruguay consagra tal posibilidad. Tal lo dispuesto por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 10, parte final y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 6; Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia jurisdiccional Internacional, art. 12, parte final, e igual artículo del Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile. Los Convenios bilaterales que vinculan en el tema a Uruguay con Argentina, Chile -arts. 5 de ambos textos- y Brasil, art. 9, participan de igual solución. El Código General del Proceso, art. 527.3, párrafo segundo, también dispone que los tribunales nacionales puedan observar en el diligenciamiento de las rogatorias formalidades o procedimientos especiales solicitados por el tribunal requirente a condición que no fueren contrarios a la legislación nacional, por lo cual corresponde concluir que aún en casos de inexistencia de texto convencional que prevea tal posibilidad, será posible aplicar tales procedimientos en tanto el tribunal extranjero lo solicite y ello no afecte principios esenciales de nuestro Derecho.

^{xii} En conformidad, FAIREN GUILLÉN, V. *Teoría del Ordenamiento Procesal*. Madrid: Tecnos, 1969. Tomo 2, p. 899. En igual sentido ALSINA, H. *Tratado Teórico – Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1962. p. 447, señala: “[...] el Estado al asumir la función de administrar justicia prohibiendo a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso y debe por tanto proveer las medidas necesarias para prevenirlas..., tales son las llamadas medidas preventivas”.

^{xiii} Distintos textos convencionales referidos a temas específicos de Derecho Internacional Privado, también contienen regulaciones atinentes a Cooperación cautelar de urgencia, tales: Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, art. 15; Convención Interamericana de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 16; Tratado de Montevideo de 1940 de Navegación Comercial

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

^{xiv}Un comienzo de solución en el tema, alumbra en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur aprobado por Uruguay por Ley 17.269 del 11.4.2003, a través de las “Opiniones Consultivas” a cargo del Tribunal Permanente de Revisión, Capítulo III.