

## EL CONTROL DE LA COMPETENCIA EN EL AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL

Por Ilse Ellerman<sup>1</sup>

Sumario: I. El principio de cooperación internacional, el auxilio judicial internacional y sus límites. II. El auxilio judicial internacional: 1. Auxilio judicial internacional y derecho internacional privado; 2. Fundamentos del auxilio judicial internacional; 3. Modelos y grados de cooperación internacional. III. El problema: alcances del control de competencia en el auxilio judicial internacional: 1. La jurisdicción internacional y los procesos internacionales; 2. El control de competencia en el auxilio judicial internacional y la jurisdicción internacional. IV. Las soluciones en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia: 1. Las soluciones en la doctrina; 2. Las soluciones en la legislación; 3. Las soluciones en la jurisprudencia. V. Nuestra opinión: 1. *De lege lata*; 2. *De lege ferenda*. VI. Conclusiones.

### I. El principio de cooperación internacional, el auxilio judicial internacional y sus límites

Las relaciones internacionales, en general, y el derecho internacional privado, en particular, han transitado históricamente un camino de creciente cooperación y colaboración entre los diversos Estados.

<sup>1</sup> Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica de Córdoba.

En este contexto, la realización de determinadas actividades solicitadas por órganos o poderes de Estados extranjeros ha dejado de ser una cuestión de cortesía internacional o de reciprocidad<sup>2</sup>, para convertirse en un deber impuesto por el principio de cooperación internacional.

No obstante, es preciso destacar que dicha cooperación, valiosa en sí misma por las consecuencias que ofrece y por suponer una cabal realización de la solidaridad internacional y del respeto a los Estados extranjeros, encuentra determinados límites que deben establecerse en cada caso.

Los límites referidos deben delimitarse buscando equilibrio y armonía entre dicha cooperación internacional y la protección de los intereses del Estado a que se solicita la misma y los derechos de sus habitantes.

Dentro de ese esquema general se plantea la problemática del control de competencia en el auxilio judicial internacional<sup>3</sup>, puesto que en él se presenta (además de la cuestión práctica-operativa implicada) una característica oposición entre deber de asistencia (cooperación) y adecuado resguardo de los intereses nacionales.

Dicha cuestión ha sido objeto de un sinnúmero de debates y significativas controversias, caracterizadas por posiciones antagónicas que oscilan desde el absoluto privilegio de la cooperación internacional (con el consiguiente riesgo para los intereses nacionales) hasta la protección a ultranza de los intereses locales (con la esterilización del auxilio judicial internacional).

El presente trabajo apunta a la búsqueda del equilibrio entre tales valores.

## II. El auxilio judicial internacional

### 1. Auxilio judicial internacional y derecho internacional privado

El auxilio judicial internacional pertenece al ámbito del derecho internacional privado en general, y en particular al derecho procesal civil

<sup>2</sup> Es un criterio obsoleto, que se encuentra casi en retirada en el D.I.Pr. Existe algún vestigio de este instituto en el marco del derecho comercial internacional, más concretamente en el caso de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (art. 4°, tercer párrafo).

<sup>3</sup> Indistintamente llamado cooperación, ayuda, comunicación o asistencia judicial internacional.

internacional, entendido éste como la regulación atributiva de eficacia de determinados actos del proceso extranjero<sup>4</sup>.

Entiende Goldschmidt<sup>5</sup> que el auxilio judicial consiste en que los jueces del proceso (denominados exhortantes o requeridos) soliciten que otros jueces (denominados exhortados o requeridos) les ayuden en su tramitación, por ejemplo, notificando resoluciones a personas domiciliadas en la jurisdicción de estos últimos, o tomando declaración a testigos en análoga situación, etcétera.

De este modo, cuando el auxilio judicial se presta entre jueces de distintos Estados, se está en presencia del auxilio judicial internacional.

Señala Quintín Alfonsín<sup>6</sup> que la cooperación judicial en sentido amplio comprende tres capítulos tradicionales: 1) la atribución o distribución de la competencia internacional entre las distintas jurisdicciones de los Estados; 2) el cumplimiento extraterritorial de medidas procesales dictadas por la judicatura de un Estado, y 3) el reconocimiento y la ejecución extraterritorial de las sentencias pronunciadas por jueces de un Estado extranjero.

Es preciso introducir una salvedad a los fines de superar concepciones restrictivas o insuficientes de la cooperación judicial internacional: si bien, en principio, la solicitud de la misma debe partir y recibirse por organismos judiciales<sup>7</sup>, ello no es necesario, pues igualmente pueden

<sup>4</sup> Adriana Dreyzin de Klor, "El Mercosur". *Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Zavallía, Buenos Aires, 1997, pág. 260.

<sup>5</sup> Werner Goldschmidt, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 472.

<sup>6</sup> Quintín Alfonsín, "El auxilio judicial internacional", *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, Año IX, N° 20, 1979, pág. 35.

<sup>7</sup> Así, la Corte Suprema de Justicia de Chile, en sentencia del 7 de enero de 1957, resolvió no transferir a la Argentina los bienes de Perón sitos en Chile, conforme se lo había pedido la Junta Nacional de Recuperación Patrimonial por un exhorto tramitado por la Cancillería Argentina, por disponer el art. 16 del Código Civil chileno que los bienes sitos en Chile están sujetos a las leyes chilenas, lo cual es de orden público y coloca los referidos bienes fuera de la jurisdicción de los tribunales extranjeros. Sin embargo, la jurisprudencia uruguaya ha dado cumplimiento a exhortos argentinos dimanantes de la citada Junta Nacional de Recuperación Patrimonial y de la Cámara Regional Paritaria de Conciliación y Arbitraje Obligatorio de la Dirección de Arrendamientos y Aparcerías Rurales. Se trata de sentencias no publicadas del juez Civil 4 de Montevideo, del 8 de junio de 1959, en el caso "Junta Nacional de Recuperación Patrimonial, República Argentina, c/ Jacobo Lohaks", y del

intervenir organismos administrativos<sup>8</sup>. Esto motiva que parte de la doctrina<sup>9</sup> prefiera hablar de *auxilio jurídico internacional*.

Así las cosas, el exhorto debe proceder o de una autoridad judicial propiamente dicha, o de un organismo administrativo de carácter jurisdiccional cuyos pronunciamientos queden sujetos a control judicial suficiente para impedir que tales órganos ejerzan un poder absolutamente discrecional sustraído a toda revisión ulterior<sup>10</sup>. No obstante ello, si el exhorto dimana de un tribunal de un Estado con el que el Estado del juez exhortado mantiene relaciones diplomáticas, es suficiente a los fines de cumplimentar la rogatoria<sup>11</sup>, salvo, por supuesto, que lo solicitado atente contra el orden público internacional.

El auxilio jurisdiccional comprende, en definitiva, toda la actividad de naturaleza procesal llevada a cabo en un procedimiento judicial o administrativo tramitado o a ventilarse ante un Estado extranjero, de modo que incluye la información del derecho extranjero, los actos de mero trámite como las intimaciones, citaciones, etc., el diligenciamiento de pruebas por solicitud de autoridades extranjeras, la traba de medidas cautelares y el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros<sup>12</sup>.

## 2. Fundamentos del auxilio judicial internacional

En virtud de que la jurisdicción del juez se circunscribe a determinada porción del territorio y no puede ejercerla más allá, sucede que algunas veces es necesario practicar un acto procesal en algún lugar

<sup>8</sup> 28 de setiembre de 1959, en el caso "Casas viuda de López, Josefa c/ Juan Lizarraga", todo lo cual ha sido citado por Werner Goldschmidt, *Derecho internacional...*, pág. 477.

<sup>9</sup> Por ejemplo, entre autoridades centrales designadas por los Estados.

<sup>10</sup> Entre otros, Adriana Dreyzin de Klor, "El Mercosur"..., pág. 263.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio José, suc.", Fallos 247:646, del 19 de setiembre de 1960.

<sup>12</sup> Señala Goldschmidt que en este caso el juez exhortado no debe averiguar si en el país exhortante existe formal y materialmente el principio de la independencia del Poder Judicial (*Derecho internacional...*, pág. 480).

<sup>13</sup> También comprende los llamados actos de jurisdicción voluntaria (apertura de testamentos, tasaciones, etc.). Abarca los casos de protección internacional de menores (restitución y tráfico) y se extiende al supuesto multidisciplinario de la extradición.

diverso de dicho territorio, en cuyo caso es forzoso acudir a la autoridad judicial competente solicitando su cooperación. De esta necesidad han nacido los exhortos, los despachos y las cartas rogatorias, que constituyen, en definitiva, el instrumento por medio del cual se vehiculiza o efectiviza el auxilio judicial internacional.

Se trata de cooperar en cuestiones atinentes a trámites jurídicos. Es por ello que mediante convenios internacionales se intenta facilitar la cooperación que en la práctica jurisdiccional resulta sumamente útil, ya que por una parte se evitan traslados y disminuyen las costas y gastos que se ocasionan, en tanto que por otra se crean lazos entre los Estados que ven de este modo fortalecidas las relaciones entre ellos.

## 3. Modelos y grados de cooperación internacional

Avanzando en la comprensión del auxilio judicial internacional, es necesario destacar la existencia de diversos modelos históricos desarrollados a los fines de su materialización, por una parte, y de distintos grados o niveles que dicha cooperación puede presentar en la práctica, por la otra. Ambas problemáticas se refieren a los alcances o extensión de la cooperación judicial internacional.

### 3.1. Modelos de cooperación internacional

Desde el punto de vista histórico se considera se han verificado tres modelos o formas de concreción<sup>13</sup>:

a) El modelo más antiguo estaba inspirado en el principio de la soberanía nacional. En su seno no se preveía la hipótesis de litispendencia internacional. Por supuesto que dentro de este modelo no tienen cabida, en principio, las medidas cautelares ni ninguna otra resolución judicial que no sean las sentencias firmes.

b) El segundo modelo, que puede calificarse como de transición, procuró atemperar la rigidez del primero. Éste se constituyó principalmente con base en pactos o acuerdos internacionales.

c) El tercer modelo es el de "integración transnacional", propio de la Unión Europea y de todo el derecho comunitario evolucionado.

<sup>13</sup> Jorge W. Peyrano, "Las medidas cautelares decretadas a título de cooperación judicial internacional en el ámbito de los países del Mercosur", *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

### 3.2. Grados de cooperación

Desde el punto de vista de los niveles de cooperación, examinamos sus distintos grados:

a) La cooperación de *primer grado* comprende los pedidos para cumplir providencias de mero trámite, aquellas que no deciden la cuestión controvertida sino que impulsan el proceso a través de citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones, rendición de prueba y otras semejantes. No obstante ser las de menor envergadura, desde el punto de vista cuantitativo son las más importantes, siendo que en el derecho comparado abarcan, aproximadamente, el ochenta por ciento de la cooperación judicial<sup>14</sup>.

La concepción general en materia de cooperación judicial internacional admite la realización de actos de cooperación de primer grado sin un control riguroso de competencia, en virtud de la escasa entidad de los mismos y de la no generación de efectos perjudiciales para terceros.

b) La cooperación de *segundo grado* está integrada por las medidas cautelares.

La traba de medidas cautelares en el extranjero es, quizás, el aspecto más difícil de la cooperación judicial internacional, por cuanto supone el ejercicio de medidas de coerción sobre las cosas y las personas<sup>15</sup> sin que se haya dirimido definitivamente la controversia de fondo, todo ello con una potencialidad generadora de perjuicios respecto de quien padece la medida y de terceros.

Por ello, resulta sumamente controvertido el nivel o la intensidad del control de competencia que debe ejercerse respecto de la cooperación judicial internacional de segundo grado, ubicada a mitad de camino entre la inocua cooperación de primer grado y la significativa cooperación de tercer grado.

c) Finalmente, y en el nivel más alto, encontramos la llamada cooperación de *tercer grado*, referida al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros.

Éste es, sin hesitación alguna, el supuesto más importante de la jurisdicción indirecta. En este caso ya se ha hecho justicia, existe un

<sup>14</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, "Los protocolos de cooperación jurisdiccional y de medidas cautelares del Mercosur", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 592.

<sup>15</sup> Eduardo Tellechea Bergman, "La cooperación judicial internacional de mero trámite y probatoria", en *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur*, pág. 154, citado por Jorge W. Peyrano, ob. cit., pág. 325.

pronunciamiento de un juez extranjero. En todo caso el problema consiste ahora en determinar si los jueces de nuestro Estado reconocerán<sup>16</sup> o eventualmente ejecutarán<sup>17</sup> la sentencia cuyo reconocimiento y/o ejecución se pretende. El reconocimiento y la eventual ejecución de las sentencias extranjeras son necesarios para realizar la armonía internacional de las decisiones, principio fundamental del derecho internacional privado comparado.

Sin embargo, el valor de la justa solución uniforme exige cierto control de la decisión extranjera, porque es razonable que los Estados no reconozcan cualquier solución foránea dispuesta aun por sentencia judicial. El control de las sentencias extranjeras es universalmente admitido en el derecho comparado<sup>18</sup>. El reconocimiento y/o ejecución se lleva a cabo mediante el cumplimiento de determinados requisitos<sup>19</sup>.

La cooperación de tercer grado exige un riguroso control de competencia, pudiendo suscitarse discrepancias en orden a la manera de practicarlo, pero no en cuanto a la necesidad de hacerlo.

## III. El problema: alcances del control de competencia en el auxilio judicial internacional

### 1. La jurisdicción internacional y los procesos internacionales

En el ámbito del derecho internacional privado, la jurisdicción con respecto a un caso iusprivatista mixto puede manifestarse de tres formas:

<sup>16</sup> Este acto jurídico corresponde para toda clase de sentencias: declarativas, constitutivas y de condena. Absolutamente todas las sentencias son susceptibles de reconocimiento.

<sup>17</sup> Este supuesto queda estrictamente reservado para las sentencias de condena. Mientras que todas las sentencias son susceptibles de reconocimiento, sólo son susceptibles de ejecución las sentencias de condena.

<sup>18</sup> Batiffol-Lagarde, *Derecho internacional privado*, t. II, 6ª ed., 1976, N° 711, pág. 466, citado por Antonio Boggiano, *Curso de derecho internacional privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

<sup>19</sup> Estos requisitos son de tres tipos: *formales* (legalización, autenticación y traducción), *procesales* (competencia del exhortante, carácter de cosa juzgada de la sentencia, respeto del derecho de defensa del demandado y resguardo del debido proceso) y *sustanciales* (no vulneración del orden público internacional del Estado del requerido).

a) Como *jurisdicción exclusiva local*: en estos casos cada país reivindica para sí la jurisdicción con fundamento en el orden público internacional<sup>20</sup>. La litis está sujeta a la jurisdicción local, lo que implica que ninguna sentencia extranjera sobre ella se reconocerá localmente.

b) Como *jurisdicción concurrente*: existe cuando las reglas respectivas la confieren de manera alternativa a dos o más países<sup>21</sup>. Existe al mismo tiempo jurisdicción local y posibilidad de reconocimiento de la sentencia extranjera.

c) Como *jurisdicción exclusiva extranjera*<sup>22</sup>: no existe jurisdicción local y sí posibilidad de reconocimiento de la sentencia extranjera.

Tales precisiones resultan imprescindibles a los fines de dirimir el grado de control que el juez requerido está facultado a practicar respecto de las peticiones de cooperación judicial realizadas por un tribunal extranjero.

## 2. El control de competencia en el auxilio judicial internacional y la jurisdicción internacional

Conforme los conceptos antes señalados, ingresamos al problema objeto de estudio. Tal la dinámica descripta, un juez nacional (exhortado) recibe de un juez extranjero (exhortante) una solicitud enmarcada en el contexto del auxilio judicial internacional, y que deberá cumplirse en su propio Estado en virtud de una decisión provisoria o definitiva recaída en un proceso extranjero.

Para el caso de las resoluciones definitivas (sentencias) no existe discusión posible: el juez requerido debe, previamente a ordenar su reconocimiento y/o ejecución, practicar un control de competencia respecto de aquéllas. Entendemos por control de competencia al análisis de las apti-

<sup>20</sup> En nuestro país tal el caso de las acciones reales respecto de los inmuebles (art. 10, Código Civil argentino).

<sup>21</sup> Por ejemplo: art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, arts. 227, 1215 y 1216 del Código Civil, etcétera.

<sup>22</sup> Tal el caso de que las partes hubieran pactado la jurisdicción exclusiva de los jueces de determinado tribunal extranjero, sobre la base del art. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Aquí será insusceptible de reconocimiento la sentencia dictada por otro tribunal extranjero sin el consentimiento del demandado.

tudes jurisdiccionales del órgano requirente, con la correlativa admisión o denegación del reconocimiento o la ejecución de la sentencia solicitada.

En este supuesto el requisito de control de competencia aparece como imprescindible<sup>23</sup>. Sólo existen discrepancias, en el derecho comparado, en cuanto al modo de realizar el control. Así, siguiendo a Boggiano<sup>24</sup> existen distintos sistemas o criterios de control:

a) *Criterio de la unilateralidad simple*: considera que el juez requerido debe aplicar las normas de jurisdicción internacional del Estado del juez sentenciante<sup>25</sup>.

b) *Criterio de la unilateralidad doble*: sólo desconoce la jurisdicción del juez extranjero cuando éste hubiese invadido la jurisdicción internacional del juez requerido.

c) *Criterio de la bilateralidad*: controla la jurisdicción internacional del juez extranjero según las normas de jurisdicción internacional que el juez requerido aplicaría para asumir jurisdicción. En esta concepción se encuentra alineado el derecho argentino, al establecer un control sobre la base de las "normas argentinas de jurisdicción internacional".

La crítica que se le formula a la concepción bilateralista radica en que puede conducir al desconocimiento de una sentencia extranjera fundada en una conexión jurisdiccional razonable, pero no admitida o regulada por las normas de jurisdicción internacional del juez requerido<sup>26</sup>.

Ahora bien: distinta es la situación de solicitudes de auxilio internacional de primer y segundo grado. Allí no es absolutamente clara la necesidad de realizar un riguroso examen de la competencia del órgano requirente, y no existen parámetros normativos estables y uniformes

<sup>23</sup> Véanse al respecto: art. 5°, inc. a, del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940; art. 2°, inc. d, de la CIDIP II sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, y art. 20, inc. c, del Protocolo de Las Leñas en el ámbito del Mercosur.

<sup>24</sup> Antonio Boggiano, ob. cit., pág. 261.

<sup>25</sup> Según Boggiano este criterio conduce al abandono total de la jurisdicción del juez extranjero.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, supóngase que se dicta sentencia por el juez del lugar donde se negoció y celebró un contrato internacional. No estaría basada esa jurisdicción en las normas argentinas del art. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni en los arts. 1215 y 1216 del Código Civil. Habría que desconocerla. Pero esto podría resultar gravoso. La misma debería demostrar que el foro extranjero fue inapropiado para hacer justicia en el caso, y que el debido proceso no fue razonablemente garantizado. Si hubiere consentido la jurisdicción nada podría argumentar (art. 1°, CPCCN).

que indiquen si el órgano jurisdiccional requerido puede realizar tal análisis, denegando eventualmente la medida o acto procesal solicitado.

La medida de dichas potestades resultará del tipo de control de competencia que se autorice al tribunal requerido. A estos efectos, cabe determinar: a) si el requerido está facultado a analizar o no la competencia del requirente, y b) si el requerido, en virtud del resultado de dicho análisis, puede denegar la medida solicitada. Englobamos ambos aspectos dentro de la noción de control de competencia.

Suponiéndose que el requerido estuviera autorizado a practicar un análisis de competencia, éste podría encontrarse con tres hipótesis: a) la inexistencia de competencia exclusiva del tribunal nacional, en cuyo caso no habría óbice a practicar la medida; b) la de competencia concurrente entre tribunal extranjero y nacional, caso en que igualmente deberá ordenarla, y c) la de competencia exclusiva del tribunal nacional.

Este supuesto (jurisdicción exclusiva local) plantea un problema de difícil solución: ¿puede el juez exhortado negarse a cumplir el exhorto en defensa de su propia jurisdicción internacional?<sup>27</sup> En el caso planteado se encuentran dos grandes valores en juego: por un lado la cooperación judicial internacional, que impone a los jueces de otros Estados el deber de colaborar y cooperar en la realización de actos de esta naturaleza, y por otro lado la defensa de la propia jurisdicción.

Sin duda alguna el problema no es menor y ha generado, en el marco de la doctrina y la jurisprudencia, no pocas discusiones, que aún hoy se mantienen.

Planteada la problemática en estos términos, intentaremos examinar las distintas propuestas de solución que se han dado a los dos aspectos indicados: si puede el juez requerido por auxilio judicial internacional de primer y segundo grados examinar la competencia del requirente y, practicado ese examen, si puede denegar la medida solicitada, y en qué casos.

#### IV. Las soluciones en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia

Planteado el problema en el apartado anterior, examinaremos las soluciones ofrecidas por la doctrina, la legislación (tanto de fuente convencional cuanto de fuente interna) y la jurisprudencia.

<sup>27</sup> Berta Kaller de Orchansky, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1995, pág. 454.

## 1. Las soluciones en la doctrina

### 1.1. Las distintas posturas

En esta dimensión las opiniones han sido, y son, sin dudas, muy dispares. En términos generales podemos identificar cuatro posiciones:

a) Para la primera, el juez requerido, tenga o no competencia exclusiva internacional y previo análisis de competencia, no debe cumplir requerimientos de jueces extranjeros incompetentes según sus propias reglas<sup>28</sup>.

b) Para la segunda, el juez requerido, previo análisis de competencia, no debe cumplir requerimientos de jueces extranjeros cuando su competencia internacional (la del requerido) es exclusiva.

c) Para la tercera, el juez requerido, previo análisis de competencia, no debe cumplir requerimientos de jueces extranjeros cuando su competencia internacional (la del requerido) es exclusiva o cuando los actos solicitados (por su naturaleza o envergadura) son susceptibles de causar algún perjuicio<sup>29</sup> en el Estado del juez requerido.

d) Para la cuarta, el juez requerido, tenga o no competencia exclusiva internacional y sin necesidad de un previo análisis de competencia, debe cumplir todos los requerimientos de jueces extranjeros, con la única salvedad de aquellos que vulneren el orden público internacional del Estado del requerido<sup>30</sup>.

Sintetizando y simplificando dichas posiciones, es posible agruparlas en dos grandes tesis:

a) Una tesis que permite al juez exhortado rechazar solicitudes del exhortante en virtud de su falta de competencia internacional. Comprende a las posiciones señaladas como a, b y c, y es denominada *am-*

<sup>28</sup> Criterio de la bilateralización.

<sup>29</sup> Tal el caso de las medidas cautelares.

<sup>30</sup> El orden público internacional es un remedio excepcional de aplicación de la ley extranjera. Este instituto funciona cuando falta un mínimo de equivalencia de legislaciones, lo que supone una investigación de cuáles son los principios fundamentales de la ley del foro de una comparación entre ésta y el ordenamiento extranjero indicado como aplicable por la norma de conflicto, del que surge una verdadera incompatibilidad. A diferencia del orden público interno, el orden público internacional constituye un conjunto de principios que se aplica *a posteriori* y funciona como una verdadera cláusula de reserva.

plia en virtud de la extensión del control de competencia que permite al juez exhortado.

b) Una tesis que no permite al juez exhortado rechazar solicitudes del exhortante en virtud de su falta de competencia internacional. Comprende la posición señalada como d, y es denominada *restringida*, dado que no autoriza al juez exhortado a controlar la competencia del requirente.

Examinamos las distintas posiciones.

### 1.2. Examen de la tesis amplia

**Planteo y posiciones.** Para Tellechea<sup>31</sup> y Operti<sup>32</sup> en la doctrina uruguaya, y Boggiano<sup>33</sup> en nuestro país, debería analizarse la jurisdicción indirecta (no sólo en exhortos sobre medidas cautelares, sino en todo requerimiento extranjero) y proceder a su rechazo cuando se trate de un asunto de jurisdicción exclusiva del juez al que se solicita la traba de la medida cautelar. Igual postura toma en el derecho argentino Goldschmidt<sup>34</sup>, aunque interpretando las normas de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940.

La tesis amplia comprende las posiciones señaladas anteriormente como a, b y c. Explicaremos críticamente tales propuestas.

<sup>31</sup> Eduardo Tellechea Bergman, "Sobre las normas procesales internacionales del C.G.P.", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 4, Montevideo, 1988, págs. 536 y 537.

<sup>32</sup> "Creemos que el juez exhortado sólo podrá dar cabida a la excepción de incompetencia cuando se trate manifestamente de un asunto de su jurisdicción exclusiva, pues de no hacerlo estaría renunciando al deber de defensa de su propia jurisdicción". Didier Operti, "Medidas cautelares con especial referencia al derecho procesal internacional", *III Jornadas de Derecho Procesal* (Rivera, 1985), pág. 8, citado por Eduardo Tellechea Bergman, "Sobre las normas...", ob. cit., pág. 537.

<sup>33</sup> Boggiano opina que "admitir lo contrario implicaría un dispendio judicial, una incongruencia jurídica interna, al ejecutar un exhorto de un juez que consideramos carente de jurisdicción para dictar la medida que nos solicita ejecutar. Además entrañaría consentir la invasión de la justicia argentina" (ob. cit., t. II, pág. 1307).

<sup>34</sup> "La oposición al exhorto por la causal indicada (jurisdicción argentina del juez argentino) sólo se justifica si la jurisdicción internacional propia reclamada es exclusiva; en caso contrario no debe alegar la falta de jurisdicción del juez exhortante". Werner Goldschmidt, *Derecho internacional...*, pág. 479.

Para la tesis puntualizada en a, de carácter extremo, en todos los casos el juez exhortado puede y debe analizar la competencia del juez exhortante, exista o no jurisdicción exclusiva del juez exhortado, debiendo negarse a dar cumplimiento a un requerimiento de un juez extranjero por el solo hecho de ser éste incompetente con total prescindencia de su propia jurisdicción exclusiva.

Esta postura implica, en el fondo, un aniquilamiento de la cooperación judicial internacional.

Para la tesis indicada en b, algo más flexible que la anterior, el juez exhortado puede y debe analizar la competencia del juez requirente, negándose a dar cumplimiento al requerimiento sólo cuando aquél tuviera jurisdicción exclusiva sobre el caso.

Así, por ejemplo, cuando se solicitare a un juez argentino la realización de un determinado acto procesal en materia de bienes raíces situados en nuestro país, el juez argentino podría y debería negarse a su cumplimiento, en virtud de la competencia exclusiva que le asiste en esta materia<sup>35</sup>.

Esta postura, a diferencia de la anterior, se caracteriza por ser más flexible, y ha tenido mucha adhesión no sólo dentro de la doctrina sino también en la jurisprudencia, como se analizará seguidamente.

Para la tesis expresada en c, sostenida entre nosotros por Smith<sup>36</sup>, el juez requerido podrá negarse a dar cumplimiento al requerimiento no sólo en aquellos casos en que tenga competencia exclusiva sobre un caso iusprivatista mixto, sino también en todos aquellos casos en que la medida solicitada sea susceptible de generar algún perjuicio al Estado del juez requerido.

Así, según la postura bajo análisis, frente a un requerimiento concreto habrá que estar a la naturaleza del acto solicitado. Está claro que no todos los actos que un juez extranjero puede solicitar vía exhorto a otro juez extranjero son iguales. Existen actos que revisten mayor envergadura que otros, siendo en consecuencia actos que podrían llegar a

<sup>35</sup> Dispone el art. 19 del Código Civil: "Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar estos actos. El título, por tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

<sup>36</sup> Juan Carlos Smith, "Notificaciones de demanda y medidas cautelares requeridas por jueces extranjeros incompetentes", *ED*, 98-961/968.

causar un perjuicio. Así, por ejemplo, no será lo mismo la solicitud de una citación o emplazamiento que la traba de una medida cautelar<sup>37</sup>.

**Argumentos a favor.** En general, a favor de la tesis amplia se han desarrolado los siguientes argumentos:

a) La jurisdicción, como función del Estado y expresión de su soberanía, es amplia e ilimitada, y es una función que el Estado ejerce cuan-

<sup>37</sup> Para estos casos, Smith sostiene que la aplicación de las reglas sobre reconocimiento de sentencias resulta insuficiente para resguardar en toda su extensión los derechos e intereses de los afectados por la medida requerida, en razón de los graves perjuicios que podría generar, con anterioridad al diligenciamiento del exequátur, la notificación de la demanda a personas domiciliadas en la República o la efectivización de medidas cautelares que afecten a bienes situados en su territorio. En tal sentido, señala que "[...] la suposición de que la persona domiciliada o residente en nuestro país a quien se notifica una demanda promovida en el extranjero, o quien por distintas vías llega a tomar conocimiento de una medida cautelar decretada por un juez extranjero incompetente y cumplimentada en el territorio de la república, podrá en el momento oportuno plantear ante él la pertinente excepción de incompetencia territorial aduciendo que tal competencia corresponde a los tribunales argentinos, no constituye un criterio de solución eficaz. Pues nada asegura que las leyes de ese Estado extranjero donde se ha promovido el juicio confieran validez extraterritorial a la impropiedad jurisdiccional establecida en ciertas materias por las leyes de nuestro país. Y aún cuando la sentencia del tribunal extranjero rechazare la demanda, ninguna base existe para pensar que ese rechazo tendrá la suficiente eficacia para resarcir al demandado de los perjuicios producidos por la tramitación del proceso ante un tribunal carente de jurisdicción, según las normas vigentes en nuestro país [...] En síntesis la problemática enmarcada en el tema de este trabajo puede ser resumida en los siguientes términos: quien, no obstante la jurisdicción exclusiva o la impropiedad de la competencia territorial de los jueces argentinos se ve forzado con una notificación de una demanda promovida ante un tribunal extranjero incompetente o la efectivización de una medida cautelar decretada por dicho tribunal a ocurrir y litigar ante la jurisdicción judicial distinta de la que atribuyen las propias leyes argentinas, debe soportar los consiguientes perjuicios patrimoniales, y, lo que es más grave aún, el riesgo siempre virtual de que su posición jurídica resulte desmejorada cuando no perdida, sea por las dificultades de probar a distancia hechos que podría demostrar con facilidad e intermediación ante nuestros tribunales, sea por la distinta conceptualización legal o jurisprudencial con que los jueces extranjeros puedan juzgar la existencia y alcance de derechos que en nuestro país podría invocar con claridad y ejercer con amplitud" (Juan Carlos Smith, ob. cit., págs. 961/968).

do entre dos partes media en un conflicto de intereses para resolverlo como tercero imparcial, ejerciendo una actividad única e indivisible que se posee o no, y que sólo cuando se tiene funciona. Por ello, en expresión de soberanía, la jurisdicción no puede, en sí misma y como función estatal, ser delegada por un juez a otro, pues ambos están investidos por su Estado de su propia potestad.

Así, por tanto, cada magistrado actúa soberanamente dentro de la materia cuyo conocimiento le confiere el Estado. Sólo la ley puede darle competencia; ésta no es un atributo del que se pueda disponer a voluntad, y no es lícito delegarla aunque sí lo sea comisionar a otros jueces de otro lugar para la práctica de diligencias<sup>38</sup>.

Debe tenerse presente que estos recaudos son extendidos por parte de la doctrina al cumplimiento por los jueces exhortados de cualquier requerimiento de los jueces extranjeros, y no sólo de los referidos al cumplimiento de sentencias solicitadas previo exequátur<sup>39</sup>, por cuanto practicar actos requeridos por jueces extranjeros (sean de la naturaleza que fueran) supondría un reconocimiento tácito de la jurisdicción de éstos. Este planteo se contraponen con el principio de autonomía procesal internacional que seguidamente se analizará.

b) La traba de medidas cautelares requeridas por un juez extranjero importa uno de los escalones más altos de la cooperación judicial internacional y afecta en forma intensa el orden público del juez requerido<sup>40</sup>.

Por ello, el afectado por la medida puede impugnar la resolución del juez exhortado que dispone la medida cautelar en virtud de la falta de competencia del juez exhortante, lo cual implica un evidente análisis de la jurisdicción indirecta.

<sup>38</sup> Carlos Alberto Lascano, "Cuestiones de competencia en un exhorto extranjero", *LL*, t. 71, comentando el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba del 27 de abril de 1953.

<sup>39</sup> Literalmente "cúmplase" o "ejecútese". El exequátur consiste en un procedimiento especial que tiene por objeto el análisis de los requisitos que debe reunir una sentencia de condena para ser ejecutada. Da el "visto bueno" o "pase", es la fuente de conversión de la sentencia extranjera en título ejecutivo. En cuanto al alcance de este instituto, no implica un análisis de la relación sustancial debatida en el proceso cuya sentencia se pretende hacer reconocer y ejecutar, sino que consiste en un examen de índole procesal tendiente a verificar su idoneidad para producir efectos ejecutorios en el país.

<sup>40</sup> Enrique Vescovi, *Derecho procesal civil internacional*, Ediciones Idea, Montevideo, 2000, pág. 132.



c) Durante la Conferencia de la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) sobre Medidas Cautelares<sup>41</sup>, el delegado de Venezuela, Gonzalo Parra-Aranguren, sostuvo que "resulta absurdo que si un juez sabe de antemano que no va a reconocer la sentencia que en definitiva dictará el juez extranjero por falta de competencia internacional, sin embargo tenga que estar dando cumplimiento a medidas precautelares, que es lo que va a asegurar el cumplimiento del fallo que va a dictar"<sup>42</sup>.

Por ello propuso en el seno de la Conferencia, durante los debates de la Comisión, la necesidad de fijar unas reglas básicas de competencia internacional, en igual sentido que en la materia de reconocimiento de sentencias extranjeras, criterio que fue desechado en la Comisión.

d) Con apoyo en el texto del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889<sup>43</sup> y 1940<sup>44</sup> se han formulado diversos argumentos intranormativos que justifican esta tesis.

Uno de ellos se apoya en los arts. 9° y 11 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 respectivamente, conforme a los cuales "*Los actos de jurisdicción voluntaria, como son los inventarios, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás Estados el mismo valor que si hubiesen sido realizados en su propio territorio, con tal de que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores*"<sup>45</sup>. En virtud de esta última parte del artículo transcrito, algunos autores<sup>46</sup> interpretan que esto implica una remisión al art. 5° del mismo Tratado, que se refiere a los requisitos que deben reunir las sentencias y laudos extranjeros a los fines de su reconocimiento y ejecución, requisitos entre los cuales se encuentra la exigencia de que la

<sup>41</sup> Realizada en Montevideo, Uruguay, en 1979; ratificada por nuestro país por ley 22.921.

<sup>42</sup> *Actas y Documentos de la CIDIP II*, vol. II, Washington, OEA, 1980, Acta de la 5ª Sesión de la Comisión I, págs. 97/121, especialmente pág. 114, citado por Oscar González Pereira, "Cooperación cautelar en el derecho internacional privado", *ED*, 2000-II-1243/1262.

<sup>43</sup> Ratificado por ley 3192 del 11 de diciembre de 1894. Este Tratado vincula a nuestro país con Paraguay, Uruguay, Perú y Bolivia.

<sup>44</sup> Este Tratado vincula a nuestro país con Uruguay y Paraguay.

<sup>45</sup> El resaltado nos pertenece.

<sup>46</sup> Werner Goldschmidt y Juan Carlos Smith, entre otros.

sentencia haya sido dictada por un tribunal competente en "la esfera internacional"<sup>47</sup> (art. 5°, inc. a).

Por otra parte, en el caso del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, la delegación de la República Argentina formuló la siguiente reserva: "*Entiende que cuando al diligenciarse un exhorto se opusieran ante el juez requerido las excepciones de litispendencia o incompetencia de jurisdicción, atribuyendo el conocimiento de la causa a los tribunales del Estado a que dicho juez pertenece, puede éste negarse a diligenciarlo total o parcialmente, en defensa de su propia jurisdicción*".

En virtud de esta reserva, existen autores que consideran que el juez argentino (exhortado), frente a una solicitud de un juez extranjero, debe analizar la jurisdicción (del exhortante) y denegar el auxilio solicitado en caso de incompetencia del requirente.

No obstante ello, la doctrina no es pacífica en cuanto al alcance atribuido a esta reserva. Así, hay quienes<sup>48</sup> consideran que la misma funciona sólo para aquellos casos en que nuestro país tuviera jurisdicción exclusiva. Otro sector de la doctrina<sup>49</sup>, por el contrario, considera que la reserva se extiende a todos los supuestos, exista o no en el caso jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos.

e) Como argumentos intranormativos dentro del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994<sup>50</sup> en el ámbito del Mercosur, interpretando el art. 4° (que manda dar "*cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los jueces o tribunales de los otros Estados parte, competentes en la esfera internacional*") se ha entendido<sup>51</sup> que el juez requerido deber examinar la jurisdicción internacional del juez

<sup>47</sup> Expresión bastante vaga y ambigua la que utiliza el Tratado de Montevideo. La doctrina interpreta en forma unánime que la competencia se juzga conforme las leyes del juez requerido (criterio de la bilateralización). Así se pronuncian la CIDIP II, el Código de Procedimiento y el Protocolo de Las Leñas.

<sup>48</sup> Berta Kaller de Orchansky, ob. cit., pág. 479. "*La reserva argentina procura proteger la jurisdicción patria cuando ésta es exclusiva. No debe acudirse a ella, por tanto, en los casos de jurisdicción concurrente*".

<sup>49</sup> Juan Carlos Smith, ob. cit., pág. 965.

<sup>50</sup> Suscripto el 16 de diciembre de 1994, ratificado por nuestro país por ley 24.579 del 25 de octubre de 1995.

<sup>51</sup> Adriana Dreyzin de Klor, "Algunas reflexiones al Protocolo de Medidas Cautelares", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 8, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, pág. 530.

exhortante, o sea la jurisdicción internacional indirecta, toda vez que su obligación de dar cumplimiento a la medida cautelar deriva de la competencia del juez requirente. Sin perjuicio de ello, la efectivización del auxilio judicial no implica el compromiso de reconocer o ejecutar la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal.

A su vez, se ha sostenido<sup>52</sup> respecto del art. 8° (que ordena al juez "rehusar el cumplimiento de la medida o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia") que si nos interrogamos acerca de cuándo se puede rechazar la medida, conforme establece el análisis, una de las posibles soluciones puede ser su absoluta improcedencia. Así se interpreta que la absoluta improcedencia de la medida se puede aducir cuando se invoca la incompetencia del juez que la dictó, o sea la falta de jurisdicción del Estado de origen de la medida. Más aún se ha dicho que existiría un deber por parte del juez exhortado, consistente en controlar la competencia en la esfera internacional del requirente<sup>53</sup>. Sin embargo no es ésta una postura dirimente, conforme existe también prestigiosa doctrina que interpreta que dentro del ámbito de las medidas cautelares, y más específicamente dentro de esta Convención, el juez exhortado no puede ni debe analizar la competencia del juez requirente<sup>54</sup>.

f) También en el campo de las medidas cautelares algunos autores, como Boggiano, interpretan que el juez exhortante ha de ser competente en la esfera internacional (art. 2°, CIDIP II de Cumplimiento de Medidas Cautelares), y que la competencia debe ser juzgada según la ley del Estado donde deba surtir efectos la medida cautelar, por aplicación de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros<sup>55</sup>. Para el autor citado, el cumplimiento de la cautelar por el tribunal requirente no implicará compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se

<sup>52</sup> Adriana Dreyzin de Klor, "Algunas reflexiones...", ob. cit., pág. 531.

<sup>53</sup> Así lo aseveró Gualberto Lucas Sosa en su exposición sobre medidas cautelares en el Mercosur, realizada el 14 de mayo de 1998, en Mendoza, en el marco de las *Jornadas sobre Modernidad del Derecho Procesal*, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, citado por Jorge W. Peyrano, "Las medidas cautelares en el ámbito del Mercosur", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

<sup>54</sup> Véanse los argumentos de González Pereira expuestos *supra*.

<sup>55</sup> Montevideo, 1979: art. 2°, inc. d.

dicte, pero la jurisdicción quedaría reconocida por haberse analizado al disponer la medida cautelar<sup>56</sup>.

### 1.3. Examen de la tesis restringida

**Planteo.** Conforme a esta postura, el juez exhortado, frente a un requerimiento de un juez extranjero, no puede ni debe en ningún caso cuestionar la competencia del juez requirente, dando cumplimiento al requerimiento en todos los casos. Es decir que en este caso se prescinde totalmente de la competencia exclusiva que pueda o no tener el juez requirente en el caso.

Se privilegia, a todas luces, la cooperación judicial internacional por sobre la protección de la propia jurisdicción. Sin perjuicio de lo dicho, corresponde aclarar que esto sólo corre para los casos del auxilio judicial de primer y segundo grados, ya que es evidente que para el caso del reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros, el análisis de la competencia es una condición *sine qua non*.

Además, es evidente que en todos aquellos casos en que el requerimiento implique una violación al orden público internacional<sup>57</sup> del juez requirente, éste se negará a dar cumplimiento al exhorto.

**Argumentos a favor.** Anotamos los siguientes:

a) La circunstancia de que el Estado del juez exhortado posea competencia exclusiva en un determinado caso iusprivatista mixto, no es argumento suficiente para denegar la solicitud del juez exhortante, toda vez que debe primar en todos los casos el auxilio judicial internacional, que impone a los Estados el deber insoslayable de prestar un eficaz apoyo a la cooperación judicial internacional, que se logra más acabadamente cuando se prescinde del análisis de la jurisdicción internacional indirecta. El valor de la cooperación judicial internacional sólo debe ceder ante motivos graves, evidentes y manifiestos de afectación del orden público internacional del juez requirente<sup>58</sup>.

b) Dar cumplimiento al requerimiento de los jueces extranjeros no entraña ningún peligro para el Estado del juez requirente, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque si el tribunal requirente carece de jurisdicción internacional, su citación y emplazamiento no

<sup>56</sup> Antonio Boggiano, ob. cit., t. I, pág. 443.

<sup>57</sup> La cuestión debe valorarse con alcance restrictivo.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, cuando se solicita la traba de una medida cautelar de un bien que resulta inembargable conforme las reglas del Estado del juez requirente.

producen efectos, aunque hubiesen sido tramitados por exhorto, ya que nadie puede ser sustraído a su juez natural<sup>59</sup>.

En segundo término, el tiempo oportuno para oponerse a la actividad judicial extranjera llega si se pide reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera, resultando, en caso contrario, dicha actividad inofensiva para la Nación. El momento oportuno llega, en definitiva, con motivo de analizar el exequátur.

Avala esta posición el hecho de que el cumplimiento de la rogatoria no entraña ningún perjuicio para el Estado requerido, ya que bien podría ocurrir que en el caso nunca se llegue a dictar sentencia<sup>60</sup>.

c) Tratándose de una diligencia de cooperación, no sería pertinente la apreciación de la competencia del juez que la dicta, pues ello equivaldría a pronunciarse en el proceso de asistencia sobre un requisito de fondo indiferente para el juez nacional<sup>61</sup>.

d) Para el caso de las medidas cautelares, parte de la doctrina considera que las convenciones no incluyen la jurisdicción indirecta entre los requisitos para dar curso al exhorto (arts. 14 y 15, CIDIP II; arts. 21 a 23, Protocolo de Medidas Cautelares). Si el propósito hubiera sido que el juez exhortado analizara la jurisdicción indirecta, esto se habría incluido entre los requisitos, como ocurre en los tratados que regulan el reconocimiento de sentencias que establecen expresamente el análisis de la jurisdicción indirecta (art. 5º, Tratados de Derecho Procesal Interamericano de Montevideo de 1889 y 1940; art. 2º, inc. d, Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo (CIDIP II de 1979); art. 20, inc. c, Protocolo sobre Asistencia y Cooperación Judicial de Las Leñas de 1992).<sup>62</sup>

<sup>59</sup> "Rosenblit" (JA, 39-397), en donde se invoca como fundamento a esta postura el art. 18 de la Constitución Nacional.

<sup>60</sup> No pocas veces ocurre que los procesos judiciales quedan truncos. Esto obedece a diversos factores: prescripción de la acción, perención de instancia, acuerdos extrajudiciales celebrados entre las partes, etc. Repárese en el hecho de que litigar en el ámbito internacional resulta más oneroso que en el ámbito interno, con lo cual la posibilidad de dejar procesos judiciales sin conclusión es mucho mayor.

<sup>61</sup> Didier Operti Badan, *Exhorto y embargo de bienes extranjeros. Medios de cooperación judicial internacional*, Montevideo, 1976, pág. 329, citado por Oscar González Pereira, "La cooperación cautelar en el derecho internacional privado", *ED*, 2000-III-1258.

<sup>62</sup> Oscar González Pereira, ob. cit., pág. 1257.

e) La CIDIP II sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y el Protocolo de Ouro Preto al referirse a autoridades jurisdiccionales competentes (arts. 2º y 4º respectivamente) hacen hincapié en que se trate de órganos que desempeñen función jurisdiccional habitual, tanto el que dispone la medida como el que debe ejecutarla. La mención de que se trate de jueces competentes no significa que el juez exhortado pueda analizar la competencia del órgano requirente.

Esto significa que la cooperación debe ser requerida por tribunales de justicia, lo que supone la actuación de órganos independientes (foramen o no parte del Poder Judicial) capaces de resolver con autoridad de cosa juzgada. La notoria falta de independencia del rogante lesiona principios procesales básicos del Estado requerido, ya que normalmente en ese caso los interesados se hallan en imposibilidad o grave dificultad de defender sus derechos<sup>63</sup>.

f) La aplicación de las convenciones sobre reconocimiento de sentencias para analizar la jurisdicción indirecta de las medidas cautelares no tiene sustento normativo ni explicación lógica, en virtud de las diferencias existentes entre la ejecución de una sentencia extranjera y la traba de una medida cautelar, ya que ésta no causa estado y puede ser dejada sin efecto en cualquier momento, en tanto el reconocimiento de una sentencia extranjera tiene carácter definitivo<sup>64</sup>.

g) Tampoco corresponde interpretar que la voluntad de los delegados en la CIDIP II haya sido la de autorizar el análisis de la jurisdicción indirecta del juez requirente por parte del juez rogado, pues la posición de Parra-Aranguren no fue receptada en el texto del Tratado, el que se aprobó (en este aspecto) en los términos proyectados por el grupo de trabajo, que nada menciona sobre esta cuestión<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, "Los protocolos de cooperación jurisdiccional y de medidas cautelares del Mercosur", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 570/609, citada por Oscar González Pereira, ob. cit., pág. 1257. En contra Goldschmidt.

<sup>64</sup> Oscar González Pereira, ob. cit., pág. 1258.

<sup>65</sup> Así, acogiendo la postura del delegado argentino Alberto Pardo, en el seno de la Conferencia la postura de Parra Aranguren no sólo no fue receptada, sino que resolvió que las reglas de competencia fuesen tratadas por separado en un proyecto de protocolo o de convención independiente en futuras conferencias. Lo que se discutió en la Comisión de la CIDIP II fue la necesidad de contar, en el ámbito de las Conferencias Interamericanas, con un elemento

Esto último se ve avalado con el dictado de la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (CIDIP III, La Paz, 1984)<sup>66</sup>, que fijó reglas de competencia internacional exclusivamente para el análisis de la jurisdicción indirecta en el reconocimiento de sentencias extranjeras, omitiendo (por considerarlo innecesario) todo lo referente a medidas cautelares.

h) También se acude, a los fines de fundamentar esta postura, al denominado principio procesal de autonomía de la cooperación judicial internacional (art. 6º, CIDIP II; art. 8º, Protocolo de Las Leñas; art. 10, Protocolo de Ouro Preto; art. 7º, Convenio Argentino-Uruguayo sobre Igualdad de Trato Procesal), que significa que el cumplimiento de la medida solicitada en modo alguno implica el reconocimiento de la competencia del juez exhortante, ni mucho menos el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dictara en el mismo proceso.

Señala González Pereira<sup>67</sup> que resulta evidente que las convenciones citadas adhieren al criterio que venimos analizando, en el sentido de que no obligan al juez exhortado a aceptar la jurisdicción internacional donde tramita el proceso principal, en el supuesto de que posteriormente se intentare el reconocimiento de la sentencia que se dicte en el mismo caso; concluye el autor citado en que ¿qué sentido tendría establecer esta cláusula de salvaguarda si el juez exhortado pudiera analizar la jurisdicción indirecta? Indudablemente, ninguno.

autónomo y uniforme en materia de competencia internacional para todos los jueces o tribunales de los Estados parte, pero en modo alguno el decidir sobre la obligación de proceder al análisis de la jurisdicción indirecta en el tema de las medidas cautelares. Inclusive el delegado del Uruguay, el Dr. Ronald Helbert, manifestó la posición de su país contraria al control de la competencia internacional en materia de cooperación cautelar. *Actas y Documentos de la CIDIP II*, vol. II, Washington, OEA, 1980, Acta 5ª Sesión de la Comisión I, pág. 109, citado por Oscar González Pereira, ob. cit., pág. 1258.

<sup>66</sup> Aprobada en la Quinta Sesión plenaria de la ciudad de La Paz, Bolivia, con fecha 24 de mayo de 1984. Esta Convención no ha sido ratificada por nuestro país.

<sup>67</sup> Oscar González Pereira, ob. cit., pág. 1258.

## 2. Las soluciones en la legislación

### 2.1. Normas de derecho internacional privado convencional

Examinamos diversas normas convencionales internacionales<sup>68</sup> advirtiendo que no existe entre ellas coincidencia acerca del punto.

a) La Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias<sup>69</sup> regula todo lo atinente a los requisitos que deben reunir los exhortos y las cartas rogatorias en los arts. 5º a 9º. Sin embargo, en ningún momento menciona el requisito de la competencia.

b) En el ámbito del Mercosur, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, más conocido como Protocolo de Las Leñas<sup>70</sup>, al regular en el Capítulo 4 la cooperación en actividades de mero trámite y probatorias, nada prevé respecto del tema de la competencia.

Sin embargo, en el Capítulo 5 referido al reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos arbitrales, en el art. 20 prevé que para que las sentencias y laudos arbitrales posean reconocimiento extraterritorial en los demás Estados parte deben reunir, entre otros requisitos de caracteres formales, procesales y sustanciales, el de que éstas "emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido"<sup>71</sup> sobre jurisdicción internacional" (art. 20, inc. c).

c) Más polémica, sin embargo, resulta la cuestión en torno a las convenciones que regulan las medidas cautelares.

Así, el Protocolo de Ouro Preto de 1994 en su art. 4º dispone: "Las autoridades jurisdiccionales de los Estados parte del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los jueces o tribunales de los otros Estados parte, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde están situados los bienes o residen las personas objeto de la medida".

<sup>68</sup> Siendo que en este caso existe más de un convenio suscripto con algunos países, deberá atenderse a los criterios clásicos de aplicación de las fuentes (cronológico, especialidad y favor negocio).

<sup>69</sup> Panamá, 1975; ratificada por nuestro país por ley 23.503.

<sup>70</sup> Suscripto en Las Leñas el 27 de junio de 1992, aprobado por Argentina por ley 24.578 del 25 de octubre de 1995.

<sup>71</sup> La Convención sigue el criterio de la bilateralización.

También reafirmaría el examen de la competencia internacional del juez requerido por el art. 8° de la Convención que venimos analizando: "El juez o tribunal del Estado requerido podrá *rehusar el cumplimiento de la medida o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia, de conformidad con los términos de este Protocolo*".

Estas normas han dado lugar a las interpretaciones doctrinarias oportunamente señaladas.

d) La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, a los efectos de determinar la jurisdicción, establece en su art. 2° que las medidas cautelares deberán emanar de "jueces competentes en la esfera internacional". Asimismo establece que tienen competencia internacional para pedir una medida cautelar los jueces del Estado con competencia sobre el fondo de la cuestión que ha dado origen a la controversia (art. 3°).

El art. 10 de la Convención bajo análisis contempla un supuesto muy especial, denominado por la doctrina<sup>72</sup> "competencia de urgencia". Este mecanismo habilita a los jueces del Estado donde se encuentra el bien o persona a cautelar, adoptar medidas conservatorias o de urgencia, a solicitud fundada de parte. Es precisamente el hecho de que el bien o persona a cautelar se encuentran en su territorio lo que legitima la intervención del juez, otorgándole competencia de urgencia y no la solicitud de un juez extranjero. La extraterritorialidad de la medida se produce cuando, luego de cumplida, se incorpora, como toda medida de cooperación, al proceso principal de que se trate. Este instituto se conoce también con el nombre de "principio de jurisdicción más próxima"<sup>73</sup>.

El Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994 lamentablemente no hace referencia a este punto<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Jorge W. Peyrano, ob. cit., pág. 333.

<sup>73</sup> Así, procede aplicar el instituto aunque no mediere requerimiento del tribunal competente en el principal y aun cuando ni tan siquiera estuviera éste en trámite. Por supuesto que la diligencia, luego de concretada, se incorpora al proceso principal correspondiente. Esta facultad es frecuentemente utilizada para detener buques de bandera extranjera al entrar en aguas territoriales.

<sup>74</sup> Se ha señalado que la CIDIP II sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares es más abierta a la cooperación internacional que el Protocolo de Ouro Preto, no sólo porque esta última no prevé el principio de la jurisdicción más próxima, sino porque además es más rigurosa (Protocolo de Ouro Preto) en cuanto a los requisitos que deben observarse para los exhortos.

Se le asigna tanta importancia en los tiempos que corren al principio de jurisdicción más próxima, incorporado expresamente al Código General del Proceso del Uruguay, que se ha propuesto que sea una de las pautas directrices a tener en cuenta en miras al perfeccionamiento del auxilio judicial internacional cautelar en el ámbito del Mercosur. Por supuesto que la competencia de urgencia no elimina la competencia natural sobre el asunto<sup>75</sup>.

e) El Convenio Argentino-Uruguayo sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos<sup>76</sup> nada prevé respecto del análisis de la competencia del juez exhortante por parte del juez requerido.

f) Los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, conforme ya hemos analizado, adhieren a la tesis amplia, permitiendo al juez realizar el control de competencia del exhortante, y en su caso denegar el auxilio solicitado por motivos de incompetencia del exhortante. Nos remitimos a lo ya explicado sobre el punto.

## 2.2. Normas de derecho internacional privado interno<sup>77</sup>

Examinamos las normas procedimentales nacional y local, anticipando que ambas adhieren a la tesis amplia.

a) El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Capítulo 5 referido a oficios y exhortos, en el art. 132 establece que "Las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras se harán mediante exhorto.

*Se dará cumplimiento a las medidas solicitadas por autoridades judiciales extranjeras, cuando de la comunicación que así lo requiera resulte que han sido dispuestas por tribunales competentes<sup>78</sup> según las reglas argentinas de jurisdicción internacional y siempre que la resolución que las ordene no afecte principios de orden público del derecho argentino. En su caso se aplicarán los demás recaudos esta-*

<sup>75</sup> Peyrano ejemplifica de la siguiente manera: "si se ha arrestado y embargado un buque en mérito del principio de la jurisdicción más próxima, ello no elimina la competencia, que en definitiva le corresponde en el asunto al juez del país de la matrícula del buque respectivo".

<sup>76</sup> Suscripto en Buenos Aires el 20 de noviembre de 1980, por ley 22.410 (B.O. del 6 de marzo de 1981).

<sup>77</sup> Estas normas se aplican para aquellos Estados con los cuales nuestro país no ha suscripto tratados o convenciones.

<sup>78</sup> El resaltado nos pertenece.

blecidos en los tratados y acuerdos internacionales, así como la reglamentación de superintendencia".

Este Código, a diferencia del provincial, no regula lo relativo a exhortos dirigidos desde nuestro país hacia el extranjero.

b) El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba regula la cuestión que estamos tratando en la Sección Cuarta referida a oficios y exhortos, en los arts. 66 y 67.

El art. 67 regula los exhortos procedentes del extranjero y dispone al respecto que "Los exhortos procedentes del extranjero se diligenciarán ante el tribunal de primera instancia<sup>79</sup> que corresponda, con intervención del Ministerio Fiscal<sup>80</sup>."

Las medidas solicitadas en ellos serán cumplidas cuando de la comunicación que así lo requiera resulte que han sido dispuestas por tribunales competentes según las reglas argentinas de jurisdicción internacional<sup>81</sup> y siempre que la resolución que las ordene no afecte principios de orden público del derecho argentino.

Contra la resolución que admita o deniegue el despacho del exhorto procederá el recurso de apelación directamente ante el Tribunal Superior de Justicia".

Es decir que las autoridades argentinas no sólo están facultadas para analizar los requisitos formales de los exhortos provenientes del extranjero, sino que están obligadas a analizar la competencia de los jueces extranjeros requirentes. En definitiva, resulta fundamental la competencia del exhortante.

<sup>79</sup> Oscar Hugo Vénica, *Derecho concursal y procesal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1995, págs. 338/340. Allí observa que el art. 134 del Código anterior indicaba como competente al Superior Tribunal de Justicia; sin embargo, esto era inconstitucional al ampliar la competencia del máximo órgano judicial más allá de las disposiciones pertinentes de las constituciones provinciales de 1883, 1923 y 1987.

<sup>80</sup> Esto en virtud de que el art. 172, inc. 2, de la Constitución de la Provincia de Córdoba, establece que "El Ministerio Público tiene las siguientes funciones [...] 2. Custodiar la jurisdicción y competencia de los tribunales provinciales y las normas prestación del servicio de justicia y procurar ante aquéllos la satisfacción del interés social [...]".

<sup>81</sup> El resultado nos pertenece. Obsérvese que el Código Procesal de la Provincia de Córdoba sigue el mismo criterio que el de la Nación.

Este dispositivo es congruente con lo previsto en el art. 825 y siguientes en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en el extranjero<sup>82</sup>.

Más aún, resulta sumamente interesante que el art. 66, al prever los requisitos que deben reunir los exhortos para remitir al extranjero, en el inc. 4 establece: "la expresión de las circunstancias y normas que justifiquen, prima facie, la competencia del tribunal exhortante". Es decir, en este caso, de los tribunales argentinos.

### 3. Las soluciones en la jurisprudencia

Al igual que en los casos anteriores, las respuestas jurisprudenciales ofrecidas no resultan concordantes (aunque puede advertirse un predominio de la posición amplia), existiendo algunos fallos que se pronuncian por la tesis amplia, en tanto que otros se inclinan por la tesis restringida.

#### 3.1. Fallos que siguen la tesis amplia

**Justicia federal.** En el ámbito federal encontramos las siguientes resoluciones:

a) La Cámara Nacional Civil, Sala F<sup>83</sup>, ha considerado que en todos aquellos casos en que nuestro país tiene jurisdicción exclusiva respecto de una determinada materia no corresponde dar trámite a exhortos provenientes del extranjero. Lo contrario implicaría flagrante violación de la jurisdicción local.

b) En igual sentido y acudiendo a argumentos semejantes, la Cámara Nacional Civil, Sala D<sup>84</sup>, ha resuelto denegar el cumplimiento de exhortos provenientes de tribunales extranjeros incompetentes<sup>85</sup> según nuestras propias reglas de jurisdicción, por considerar que de esa forma se estaría "usurpando el poder jurisdiccional local, contrariando

<sup>82</sup> Rogelio Ferrer Martínez, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2000, pág. 186.

<sup>83</sup> CNCiv., Sala F, 28/12/1987, ED, 127-601.

<sup>84</sup> CNCiv., Sala D, 18/02/1977, ED, 73-754.

<sup>85</sup> Lo llamativo es que en el caso de marras la Cámara consideró que el auxilio judicial internacional debe no sólo denegarse en los casos en que se invada la jurisdicción exclusiva de nuestro país, sino de cualquier otro Estado.

así el orden público del Estado requerido<sup>86</sup>. En el mismo caso la Cámara además consideró que "no puede argumentarse que el tiempo oportuno para oponerse a la actividad judicial extranjera llega cuando se pide el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, ya que contraería el orden público prestar ayuda al poder jurisdiccional extranjero que lo está violando, e importaría un tácito reconocimiento de la competencia del tribunal extranjero que es inadmisibles por los jueces argentinos con jurisdicción internacional exclusiva, pues no es siempre el juez exhortante necesita el auxilio del juez argentino para ejecutar la sentencia y el remedio previsto para evitar el menoscabo de la autoridad de ésta, sería ineficaz".

c) La Cámara Nacional Civil, Sala I<sup>87</sup>, entendió que si la litis que se dice pendiente tramita ante un juez uruguayo, para que proceda la excepción de litispendencia es necesario que ambos tribunales puedan considerarse competentes, desde que la litispendencia y su progreso como excepción sólo resultan concebibles en el supuesto de jurisdicciones internacionalmente concurrentes. En caso de tratarse de jurisdicción exclusiva, no se reconocerá competencia en el orden internacional al juez de la litispendiente, obstáculo que condenará al fracaso tanto a la excepción como eventualmente al reconocimiento de la futura sentencia extranjera.

d) En autos "Zanón - Exhorto del juez de Río de Janeiro - Brasil", la misma Sala D<sup>88</sup> decretó la nulidad de una notificación ya practicada. Se trataba de un juicio de divorcio iniciado en Brasil, encontrándose el último domicilio de los cónyuges en la República Argentina. El fallo sostuvo que, fuera de la órbita de los Tratados de Montevideo, se deben aplicar a los exhortos, por analogía, las disposiciones que rigen el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras. Dado que los tribunales argentinos tenían jurisdicción exclusiva para entender en el juicio de divorcio, no pueden prestar auxilio a quienes están violando su poder jurisdiccional.

**Justicia provincial.** En el ámbito de la Provincia de Córdoba, el Superior Tribunal de Justicia siempre ha adherido a la tesis amplia, pronunciándose en todos los casos a favor de la facultad y el deber de los jueces argentinos de analizar la competencia de los jueces extranjeros exhortantes, a fin de dar cumplimiento a los actos solicitados.

<sup>86</sup> Textualmente, fallo citado.

<sup>87</sup> CNCiv., Sala I, 10/10/1991 (R. 80.797).

<sup>88</sup> CNCiv., Sala D, 17/02/1977, JA, 1977-II-558.

a) Este criterio, que podríamos denominar clásico, ha sido sostenido por el máximo tribunal de la Provincia de Córdoba desde el caso "Aramayo, María Luisa c/ Capuano, Miguel Angel (Exhorto del juez del Partido Segundo en lo Civil de La Paz, Bolivia)<sup>89</sup>", en el cual mediante un exhorto proveniente de Bolivia, país en el cual se estaba tramitando un juicio de divorcio, se pretende la notificación de la demanda de divorcio y separación de bienes al marido, que se encontraba domiciliado en la República Argentina.<sup>90</sup> Los argumentos más importantes del caso fueron los siguientes:

- Cuando de las reglas de competencia general vigentes en la Argentina surge que sus tribunales son competentes para resolver un pleito determinado, todos los otros tribunales extranjeros resultan incompetentes para entender en el mismo, y las sentencias que éstos dictan en tal pleito carecen de eficacia en la Argentina, la que puede negar el auxilio que se le pida para realizar cualquier diligencia de esa causa.

- El juez exhortado debe examinar no solamente si la rogatoria está revestida de las formalidades necesarias de autenticidad, sino también si lo pedido no vulnera su jurisdicción.

- La jurisdicción en sí misma, como función estadual, no puede ser delegada por un juez en otro juez, puesto que tanto uno como otro están revestidos por el Estado de potestad jurisdiccional, con la plenitud de fuerzas que le es inherente para el eficaz desarrollo de su actividad funcional.

- La competencia es la porción jurisdiccional poseída por un magistrado. El pedido de un juez a otro de igual grado para que realice actos jurisdiccionales no implica una delegación de competencia.

b) Más recientemente, en autos "Exhorto diplomático del Tribunal Popular de Kuznetsky - Ciudad de Novokuznersk (Federación Rusia) en autos Viktor c/ Arcuz S.A. - nulidad de contrato - recurso de apelación"<sup>91</sup>, el máximo tribunal confirmó el criterio que siempre sostuvo en esta materia. En el caso de marras se trataba de un exhorto proveniente de la ciudad de Novokuznersk (Federación Rusia), por el cual se solicitaba la traba de una medida cautelar a una sociedad argentina. El

<sup>89</sup> STJ de Córdoba, 27/04/1953, JA, 1953-III-377.

<sup>90</sup> La vieja ley de matrimonio 2393 en su art. 104 confería jurisdicción exclusiva a los tribunales de nuestro país. A partir del dictado de la ley 23.515 la jurisdicción en esta materia ha pasado a ser concurrente (art. 227, CC).

<sup>91</sup> STJ de Córdoba, Sala CC, 02/05/2001, *Semanario Jurídico*, edición del 15/11/2001, Año XXIX, N° 1367, págs. 617/622.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba resuelve no dar trámite a la medida. Algunos de los argumentos más importantes del caso son los siguientes:

- El tribunal declara aplicable al caso la Convención sobre Procedimiento Civil de La Haya de 1954<sup>92</sup>, y el art. 67 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba. Si bien el art. 11 de la Convención de La Haya no habilita expresamente al juez exhortado a verificar la competencia del exhortante, una adecuada y sistemática inteligencia del ordenamiento impone interpretar extensivamente el art. 11 de la Convención, atribuyéndole un alcance compatible con el art. 67 del Código Procesal de Córdoba<sup>93</sup>. Así lo sugiere, en primer término, la gravitación que necesariamente tiene la norma de jerarquía inferior en la interpretación de la superior, con base en la presunción de constitucionalidad de que está investida y, en segundo lugar, el hecho de que la Convención de La Haya regula esencialmente las notificaciones y citaciones en materia civil y comercial, no el exhorto por medidas cautelares, aun cuando éste no está excluido por los términos amplios del art. 8°.

- Ante la rogatoria de medidas cautelares es necesario interpretar el articulado en función de principios que, aunque no expresos en el texto de la Convención sobre Procedimiento Civil de La Haya, son propios de esta materia y tienen recepción expresa en los tratados que específicamente regulan el cumplimiento de medidas cautelares, tales como la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Montevideo, 1979) o el Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto, 1994). Esta interpretación extensiva conduce a admitir que el juez exhortado puede y debe analizar la competencia del exhortante, y en especial que no haya sido indebidamente desplazada la jurisdicción de los tribunales argentinos, entendiéndose que tal desplazamiento atentaría contra la soberanía nacional en los términos del art. 11, inc. 3, de la Convención de La Haya.

- Respecto al cuestionamiento de la competencia del juez exhortante, conforme buena doctrina, se debe empezar con la jurisdicción radica en el país en el que el demandado posee su domicilio<sup>94</sup>. (En el caso, el demandado se encontraba domiciliado en nuestro país.)

<sup>92</sup> Ratificada por nuestro país por ley 23.502.

<sup>93</sup> Este artículo impone a los jueces el deber de analizar la competencia del juez exhortante.

<sup>94</sup> Este criterio se justifica en el hecho de que brinda a la persona atacada la comodidad de litigar en el lugar donde tiene todo al alcance de su mano. Por

- La medida cautelar ordenada por el juez requirente es lesiva del ordenamiento de orden público aplicable a nuestro país, y por tanto corresponde rechazar el pedido contenido en el exhorto de que se trata. La más notoria de esas lesiones radica en el hecho de que la cautelar solicitada es de una suma millonaria, y dispone prohibir a las sociedades demandadas la transferencia de todo tipo de bienes o créditos, incluidos productos que hacen a su giro comercial, al tiempo que les exige la presentación de una lista de deudores. Ello importaría un cuasidesapoderamiento, de hecho frustrante del objeto comercial para el cual han sido constituidas las sociedades demandadas, claramente lesivo de las garantías consagradas en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional. Además, y con efectos invalidantes aún del mero embargo, la medida ha sido ordenada sin contracautela alguna, resguardo éste que hace al derecho de propiedad del demandado (art. 17, CN) y a la igualdad de las partes en el proceso (art. 16, CN).

- Las normas de derecho internacional privado expresan estos principios y disponen, en orden a la ejecución de la medida y a la contracautela, que será aplicable la ley del lugar en que la medida debe ser practicada por el tribunal exhortado.<sup>95</sup>

- La Convención aplicable al presente caso (La Haya, 1954) no contiene una norma similar, ya que fue concebida esencialmente para regular meras notificaciones. Sin embargo, tal omisión no impide que la regla se visualice implícita en el art. 11. Este artículo dispone que "la autoridad judicial a quien se ha dirigido el exhorto deberá ejecutarlo, empleando los mismos medios de compulsión que hubiera empleado para cumplir un mandato de las autoridades del Estado requerido o una petición formulada a dicho efecto por una de las partes interesadas". Si la medida requerida, compulsiva por su propia naturaleza, no

otro lado, se supone que donde alguien está domiciliado posee también bienes que el actor puede hacer presa, en caso de que venciera en el litigio.

<sup>95</sup> El art. 3° de la Convención Interamericana de Medidas Cautelares (Montevideo, 1979) establece: "La procedencia de la medida cautelar se decretará conforme a las leyes y por los jueces del lugar del proceso. Pero la ejecución de la misma, así como la contracautela o garantía, serán resueltas por los jueces del lugar donde se solicita su cumplimiento, conforme a las leyes de este último lugar. La garantía que debe prestar el solicitante, así como la que ofrezca prestar el afectado en el lugar en que se haga la medida, se regirán por la ley de cumplimiento de la medida". En el mismo sentido pueden leerse los arts. 5° y 6° del Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto, 1994).



sería admisible ante la petición que el actor pudiera haber formulado en esta sede, tampoco puede serlo ante el requerimiento del juez extranjero. Esta elemental salvaguarda de los derechos esenciales de los habitantes del país hace a la soberanía nacional y a la seguridad jurídica, en términos que justifican denegar la ejecución de la medida cautelar requerida, por aplicación del art. 11, inc. 3, de la Convención sobre Procedimiento Civil (La Haya, 1954).

Obsérvese que casi cincuenta años después el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba mantiene el mismo criterio en esta materia.

c) Merece especial atención el renombrado fallo que por estos días dictó el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia con motivo del denominado "corralito financiero"<sup>96</sup>. Dicha resolución resulta de interés desde que en la misma se examinan las potestades del órgano requerido a los fines de practicar el control de competencia del requirente, por lo que sus conceptos pueden extenderse analógicamente a la órbita internacional.

El caso, si bien cabe aclarar corresponde al ámbito interno<sup>97</sup>, se produjo a raíz de una serie de reclamos judiciales de ahorristas (personas físicas en algunos casos, y jurídicas en otros) domiciliados en Córdoba, accionando contra entidades bancarias situadas en esta provincia, por ante tribunales del Poder Judicial de las provincias del Chaco y Santiago del Estero, procurando la liberación de los fondos alcanzados por el corralito financiero. Ello motivó, por parte de los tribunales del Chaco y de Santiago del Estero, la expedición de oficios ley hacia los tribunales de la provincia de Córdoba regulados por la ley 22.172<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Denominación que casi peyorativamente ha recibido la retención compulsiva de fondos en el marco de las entidades financieras, operada a partir del dictado del decreto 1570/01, y modificada posteriormente por numerosas disposiciones del Poder Legislativo, del Ejecutivo, del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina.

<sup>97</sup> El caso de marras no reviste el carácter de iusprivatista mixto, por no contener ningún elemento personal, real ni conductista de carácter extranjero.

<sup>98</sup> Sancionada y promulgada el 25/02/80 (B.O. del 29 de febrero de 1980). La provincia de Córdoba adhirió a sus previsiones mediante ley 6425. Esta ley regula todo lo atinente a comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción territorial.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>99</sup> resolvió no diligenciar los oficios ley 22.172, provenientes de las provincias antes nombradas, que disponían la restitución en moneda estadounidense de entidades bancarias situadas en Córdoba, fundamentándose el tribunal en lo siguiente:

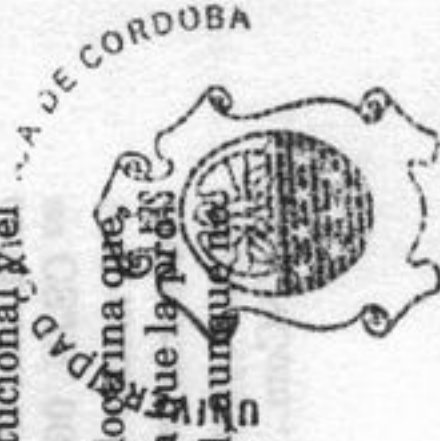
- Por resultar, de forma palmaria, la incompetencia de los tribunales que admiten la medida autosatisfactiva, por cuanto la materia sobre la que versa la medida cautelar que motiva el oficio es extraña a su jurisdicción. Ello toda vez que las normas que se impugnan en este caso, por ser contrarias al orden constitucional, forman parte del "derecho federal", correspondiendo en consecuencia la habilitación de la competencia de excepción de los tribunales federales.

- Aun cuando la competencia violada sea la de los tribunales federales, la actuación solicitada a los tribunales de la Provincia importa la afectación del orden público local y justifica la negativa de prestar la colaboración requerida.

- Si bien la competencia territorial es por esencia prorrogable, entiende el tribunal que la prórroga de competencia territorial sólo debe ser utilizada y validada judicialmente cuanto ella moviliza la actuación judicial hacia aquellas variables y elementos que las leyes procesales determinan al efecto (domicilio de las partes, lugar de celebración del contrato, de realización del acto, donde se producen los efectos del acto, etc.). Trátase siempre de un "punto de conexión" de una circunstancia variable que es propia del negocio, acto, hecho, o de las partes, pero nunca absolutamente ajena a los mismos<sup>100</sup>. En el caso, tanto los acto-

<sup>99</sup> El máximo órgano judicial de la Provincia de Córdoba justificó su intervención en el caso aduciendo el carácter de garante principal de la correcta y adecuada prestación del servicio de justicia (art. 166, inc. 2, CCba., y art. 12, incs. 1 y cc., Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia N° 8435), y en su condición de intérprete final en la instancia local en la consideración y decisión de las controversias de competencia entre los tribunales inferiores de las provincias (art. 165, inc. 1, apartado B) disponer las medidas adecuadas para evitar la consumación en el territorio provincial de los actos logrados en fraude a la ley, y así mantener la plena vigencia del orden institucional, y el respeto de las autonomías locales.

<sup>100</sup> Sin embargo, la doctrina no es unánime en este punto. Existe doctrina que, en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad, considera que la prórroga de jurisdicción puede hacerse a favor de cualquier tribunal, aun cuando guarde relación alguna con el caso.



res como las entidades bancarias que deben proveer a los fondos judicialmente requeridos se domicilian en la provincia de Córdoba. Ningún punto de relación, vínculo o nexo se da en la provincia del Chaco o de Santiago del Estero, razón por la cual la ocurrencia ante dichos estrados sólo puede ser entendida en fraude a la ley<sup>101</sup> que rige la competencia territorial.

### 3.2. Fallos que siguen la tesis restringida

- a) La Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>102</sup> ha considerado que al analizar un exhorto proveniente del extranjero, los jueces argentinos sólo están facultados a examinar si se encuentran satisfechos los requisitos formales que todo exhorto debe reunir<sup>103</sup>.
- b) La Cámara Nacional Comercial, Sala A<sup>104</sup>, ha entendido que si a juicio del impugnante del exhorto de un juez extranjero no ha sido cumplimentado el Tratado de Montevideo, puede objetar el trámite formal, pero no las cuestiones de fondo relativas a la improcedencia de la intromisión y al embargo, decretadas por el juez exhortante.

Asimismo entendió que el juez exhortado debe limitarse en principio al cumplimiento estricto del exhorto del juez extranjero, en el que se cumplen los requisitos establecidos por el Tratado de Montevideo de 1940, debiendo cuestionarse por el afectado la medida dispuesta ante el juez requirente.

<sup>101</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba definió, en el caso que venimos comentando, al fraude a la ley como el remedio necesario para que las leyes conserven su carácter imperativo, y en mayor grado se justifica su aplicación cuando está comprometido el orden público. El fraude a la ley se verifica cuando los particulares acogen deliberadamente a un ordenamiento jurídico cuya reglamentación de ciertas situaciones les resulta más favorable que otra a la cual están normalmente sujetos. Para lograr su propósito alteran voluntaria y maliciosamente el punto de conexión utilizado por la norma que determina el ordenamiento que regula la situación jurídica. El efecto del fraude a la ley consiste en negar todas las consecuencias derivadas de las conductas fraudulentas.

<sup>102</sup> CSJN, 06/05/1970, ED, 32-126.

<sup>103</sup> A menos que lo que se pretenda sea el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, en cuyo caso el análisis de la competencia se convierte en un requisito esencial.

<sup>104</sup> CNCom., Sala A, 02/10/1961, ED, 2-262.

## V. Nuestra opinión

Planteamos nuestro punto de vista entendiendo que debe distinguirse la solución ofrecida al problema por las normas vigentes (análisis *de lege lata*) de la propuesta como ideal de regulación, a asumirse para futuras reformas legislativas (análisis *de lege ferendae*).

### 1. De lege lata

Entendemos que es preciso diferenciar la respuesta conforme a las normas aplicables al caso.

Para los países suscriptores del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1989, es de aplicación la tesis amplia, por lo que el juez requirente debe examinar la competencia del requirente para solicitudes de auxilio internacional de primer y segundo grados.

Entendemos que en relación a los Estados miembros de la CIDIP I sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, por el contrario, es de aplicación la tesis restringida para solicitudes de auxilio internacional de primer grado, no admitiéndose el control de competencia.

La CIDIP II sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares adhiere a la tesis amplia, exigiendo en consecuencia el control de competencia por parte del juez requirente.

Para el ámbito del Mercosur, si bien es discutible, adherimos a la posición conforme a la cual el Protocolo de Ouro Preto recepta la tesis amplia para medidas de auxilio judicial internacional de segundo grado. En cambio, para el auxilio judicial de primer grado rige el Protocolo de Las Leñas, por lo que al respecto es de aplicación la tesis restrictiva.

Para aquellos Estados respecto de los cuales no es de aplicación el derecho de fuente convencional, la tesis prevalente, al menos respecto del fuero federal y en la provincia de Córdoba, es la amplia, tanto para solicitudes de auxilio internacional de primer como de segundo grado (art. 132, CPCCN, y arts. 66 y 67, CPCC).

### 2. De lege ferendae

Al margen de los textos legales vigentes, entendemos que la cuestión debería resolverse siguiendo los siguientes principios:

a) Para el caso de solicitudes de auxilio internacional de primer grado, el juez no puede realizar ningún control de competencia, debiendo cumplir la medida solicitada (tesis restringida).

Así lo impone el principio de cooperación internacional, sin que tales actos (de mero trámite) puedan generar perjuicios en el Estado del requerido que obliguen a un tratamiento más riguroso de la solicitud.

b) Para el caso de solicitud de auxilio internacional de segundo grado, el juez debe analizar su propia competencia y la del exhortante (tesis amplia):

- Si el juez nacional tiene jurisdicción exclusiva, no deberá diligenciar la medida.

- Si el juez nacional carece de jurisdicción exclusiva (vgr., por existir jurisdicción concurrente o tener jurisdicción exclusiva el exhortante), deberá diligenciar la medida.

Esta solución se impone dado que las medidas adoptadas en virtud del auxilio judicial internacional de segundo grado pueden generar perjuicios en el Estado del juez exhortado insusceptibles de repararse con motivo de la tramitación del exequátur inherente a la resolución de la sentencia definitiva recaída en el proceso.

c) Tanto respecto de solicitudes de auxilio internacional de primer como de segundo grado, debe tenerse presente que:

- La medida solicitada no se practicará en caso de que vulnere los principios del orden público internacional del Estado del juez requerido.

- La medida solicitada no se practicará en caso de que haya sido ordenada en fraude a la ley del Estado del juez requerido.

- El cumplimiento de la medida solicitada no importará reconocimiento de la jurisdicción del tribunal requirente ni declinación de la jurisdicción del requerido, no comportando una garantía, seguridad o aceptación de que posteriormente se reconocerá y/o ejecutará la sentencia dictada por el primero, la que será sometida al trámite de exequátur respectivo.

## VI. Conclusiones

1. El auxilio judicial internacional de primer grado (actos de mero trámite), y en especial el de segundo grado (medidas cautelares), plantean dudas en torno a las facultades de control de competencia del juez requerido, siendo que éstas no se encuentran sujetas a discusión respecto del auxilio judicial internacional de tercer grado (reconocimiento y/o ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros).

2. La doctrina se encuentra dividida entre aquellos que entienden que el juez requerido no puede examinar la competencia del requirente y denegar la cooperación con base en tal análisis (tesis restringida) y aquellos que acuerdan dicha facultad al requerido (tesis amplia).

3. La legislación de fuente convencional se pronuncia en algunos casos por la tesis restringida, en otros por la amplia y en otros guarda silencio sobre el punto. La legislación de fuente interna adopta la tesis amplia.

4. La jurisprudencia se encuentra dividida, aunque prevalece la tesis amplia. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha adoptado esa posición invariablemente.

5. Conforme el derecho vigente, siguen la tesis amplia: la CIDIP II sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, el Protocolo de Ouro Preto, los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1989 y 1940, y los códigos procesales civiles y comerciales, tanto de la Provincia como de la Nación. Por el contrario, siguen la tesis restringida el Protocolo de Las Leñas, la CIDIP I sobre Exhortos y Cartas Rogatorias y el Convenio Argentino-Uruguayo de Igualdad de Trato Procesal.

6. Como criterio general, para el caso de auxilio judicial de primer grado, debería aceptarse la tesis restrictiva, y para el auxilio judicial de segundo grado, la tesis amplia, denegándose la solicitud de existir jurisdicción exclusiva del Estado del juez requerido.

7. Para ambos grados de auxilio judicial internacional no deberá practicarse la medida requerida si ésta vulnera el orden público internacional o se establece en fraude a la ley del Estado del juez requerido.

8. La realización de actos de auxilio judicial internacional de primer y segundo grados no implica asumir ninguna posición respecto de la competencia del juez exhortante, que deberá examinarse mediante el exequátur respectivo al momento de requerirse el auxilio internacional de tercer grado.

## Bibliografía

ALFONSO, QUINTIN, "El auxilio judicial internacional", *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, Año IX, N° 20, 1979.

BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de derecho internacional privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, "El Mercosur". *Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Zavalia, Buenos Aires, 1997.

- DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, "Algunas reflexiones sobre el Protocolo de Medidas Cautelares", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 8, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.
- FERRER MARTÍNEZ, ROGELIO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2000.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- \_\_\_\_\_, "Jurisdicción internacional directa e indirecta", en *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires, agosto de 1980.
- GONZÁLEZ PEREIRA, OSCAR, "La cooperación cautelar en el derecho internacional privado", *ED*, 2000-III.
- KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1995.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Los protocolos de cooperación jurisdiccional y de medidas cautelares del Mercosur", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- LASCANO, CARLOS ALBERTO, "Cuestiones de competencia en un exhorto extranjero", *LL*, t. 71 (1953).
- NOODT TAQUELA, MARÍA B., "Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el Mercosur", en *Voces Jurídicas*, Año 3, N° 5, octubre de 1998.
- PALLARES, BEATRIZ, "El auxilio judicial internacional en el ámbito de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado", ponencia presentada en las *Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado*, Rosario, 15 y 16 de agosto de 1986.
- PEYRANO, JORGE W., "Las medidas cautelares decretadas a título de cooperación judicial internacional en el ámbito de los países del Mercosur", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- \_\_\_\_\_, "Régimen de las medidas cautelares en el Mercosur y anotaciones complementarias", en *JA*, 1997-IV.
- SMITH, JUAN CARLOS, "Notificaciones de demanda y medidas cautelares requeridas por jueces extranjeros incompetentes", *ED*, t. 98 (1982).
- VÉNICA, OSCAR HUGO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465*, t. I, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999.

- VÉNICA, OSCAR HUGO, *Derecho concursal y procesal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1995.
- VESCOVI, ENRIQUE, *Derecho procesal civil internacional*, Ediciones Idea, Montevideo, 2000.
- WEINBERG DE ROCA, INÉS, *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Astrea, Buenos Aires, 1994.