

Paredes, Sebastián: “La visión y trascendencia del Protocolo adicional y del tratado de Derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 para la aplicación e información del derecho extranjero” en: Fresnedo de Aguirre, Cecilia y Lorenzo Idiarte, Gonzalo (coords.), Jornadas 130 aniversario. Tratados de Montevideo. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, pp. 339-352.

La visión y trascendencia del Protocolo adicional y del Tratado de Derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 para la aplicación e información del derecho extranjero

Sebastián Paredes *

“Nación alguna concede al extranjero tales y cuales derechos privados porque pertenezca tal o cual nacionalidad -esto sucede porque el derecho privado es un derecho humano, patrimonio de todos los hombres, cualquiera que sea la patria a que pertenezcan.”

Gonzalo Ramírez¹

Resumen²

Los Tratados de Montevideo de 1889, especialmente su Protocolo adicional dieron la pauta definitiva a los países americanos a la forma en que debe tratarse el derecho extranjero cuando es aplicado por un juez en un caso con elementos internacionales. La

* Profesor de Derecho internacional privado, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de José C. Paz y Universidad Kennedy (Argentina). Coordinador de la Maestría de Derecho penal y justicia internacional (Universidad Kennedy- UNICRI) Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Secretario general adjunto de la ASADIP (2016-2019). E-mail: mparedes@derecho.uba.ar

¹ Extracto de la carta escrita por Gonzalo Ramírez fechada en Buenos Aires el 21 de junio de 1887 en la cual se dirige -en su carácter de Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de la República Oriental del Uruguay en Argentina- al Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, Julio Herrera y Obes, en ocasión en la que le propone presentar al gobierno argentino en nombre del Uruguay un tratado de Derecho internacional privado que resultará el antecedente directo del Congreso Sudamericano de Derecho internacional privado de 1888-1889. Ver: G. RAMÍREZ, *Proyecto de Código de Derecho internacional privado y su comentario*, Buenos Aires, Félix Lafouane Editor, 1888, p. 7.

² Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación UBACyT 2016-18 20020150100116BA “La cooperación jurisdiccional internacional como piedra angular de un nuevo concepto del Derecho internacional privado”. Información disponible en el sitio web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2016_noodt.php (último acceso 14 de abril de 2019)

aplicación de oficio del derecho extranjero fue un aporte muy valioso como el faro que iluminó a otras convenciones, entre otras -las firmadas en el marco de CIDIP- para encarar la forma del tratamiento de la ley extranjera. Si bien no fue regulado en forma expresa, en los Protocolos adicionales de 1889 y 1940 puede verse un indicio del deber de informar el derecho extranjero.

Abstract:

The Montevideo Private International Treaties signed 1889, especially its Additional Protocol gave the definitive guideline on how the foreign law should be treated in a case with international connections. The *ex officio* application of the foreign law was an enormous contribution to the Private International Law practice and was a beacon for all the new treaties to come to improve the treatment of the foreign law. For the Access to the contents of foreign law there were no rules in the Protocols of 1889 and 1940 but It can be seen a sign of the States' duty to inform the contents of the law.

Sumario:

I – Introducción. II – Aplicación del derecho extranjero. 1. El derecho extranjero como derecho. 2. Interpretación del derecho extranjero. III – Información y prueba del derecho extranjero. 1. Acceso al contenido del derecho extranjero. 2. Autoridades centrales. IV - Principios generales de la ley aplicable en el proceso. V - ¿Quo vadis cooperación interamericana?

I – Introducción

El derecho procesal internacional desde la firma de los tratados de Montevideo de 1889, desde su rol de auxilio judicial internacional dentro del Derecho internacional privado experimentó cambios profundos.

El Derecho internacional privado posmoderno que está influido por el Derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos y de otras ramas del Derecho, y la vida en la sociedad multicultural³ y desde hace algunas décadas es entendido con una personalidad de cooperación internacional, que engloba nuevas

³ E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, Vol. 251, pp. 49.

materias y redefine sus conceptos. Entre los factores que empujan a una nueva configuración aparece la necesidad de protección a diversos sectores especialmente vulnerables de las relaciones privadas internacionales y que influye en todos los aspectos que hacen al DIPr, tanto a la jurisdicción internacional, la ley aplicable y también a la cooperación jurisdiccional internacional.

De esta forma queda atrás aquella concepción de mera colaboración ante solicitudes de auxilio jurisdiccional por las autoridades de otros Estados, que venía acompañada -cual rémora- con una exigencia de reciprocidad o cortesía internacional o la otraora expresión de actitudes estatales realizadas con una cierta espontaneidad⁴.

La cooperación jurisdiccional internacional cumple con un rol mucho más importante en la búsqueda de soluciones para los casos DIPr, ya que su idea y su fundamento, es la obligatoriedad. Transitamos una época en la que se hace imperativo a los Estados prestar cooperación en distintas materias, ya sea cuando existen tratados internacionales que vinculan a los países en cuestión, pero también cuando la asistencia queda regulada por las normas de dimensión autónoma del DIPr o en la costumbre internacional⁵.

La base de la prestación de la cooperación ya es una práctica suficientemente asentada entre las naciones, y se presenta en etapas simples del caso de derecho internacional privado. El tratamiento que se le da en el proceso al derecho extranjero y su naturaleza jurídica si bien no son cuestiones estrictas de cooperación interrogan las cuestiones procesales del juez.

Sí forma parte esencial de la cooperación proporcionar o acceder a los contenidos del derecho extranjero, que se presentan cada vez más necesarios y esa información, como la cooperación como un todo, demanda facilidades. Es nuestra obligación buscar y explorar prácticas cada vez más favorables e impedir que las fronteras nacionales restrinjan el acceso a la información de los particulares.

⁴ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado” en: D.P. Fernández Arroyo, (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 70 ss.

⁵ M.B. NOODT TAQUELA, “El principio de la aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional”, *IX Anuário Brasileiro de Direito Internacional Brazilian Yearbook of International Law*, Belo Horizonte, CEDIN, Vol. 1, 2014, pp. 228 ss., especialmente pp. 241-42.

II – Aplicación del derecho extranjero

1. El derecho extranjero como derecho

La cuestión del derecho aplicable es uno de los tres sectores a resolver -junto con la jurisdicción internacional y la cooperación internacional- en los casos de derecho privado que presenten vínculos de extranjería o elementos multinacionales relevantes.

Cuando una norma de conflicto indica a través de su punto de conexión que debe aplicarse un derecho extranjero surge la pregunta ¿de qué forma aplicará ese juez el derecho extranjero indicado por la norma indirecta? Goldschmidt decía que la respuesta a esta pregunta y el carácter que se le dé al derecho extranjero es una cuestión meramente procesal⁶.

Los Tratados de Montevideo de 1889 abordaron la cuestión de la aplicación del derecho extranjero en el artículo 2 del Protocolo adicional⁷ que expresa:

“Su aplicación [de las leyes de los Estados contratantes] será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada”

En este tema, la visión iluminadora del legislador montevideano definió una cuestión de radical importancia: el derecho extranjero es un derecho y como tal debe ser aplicado de oficio por el juez competente, es decir que su aplicación no dependerá de que las partes interesadas aleguen y prueben el contenido del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto del sistema jurídico del juez.⁸

⁶ W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 8^{va} edición, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 511.

⁷ Protocolo adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 vincula a Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. En Argentina fueron aprobados por la ley 3192 del 6 de diciembre de 1894. El Protocolo adicional, originalmente iba a ser aprobado como “Tratado sobre aplicación de leyes extrangeras (*sic*)” más en el Acta número 34 de la sesión del 13 de febrero de 1889 se optó consignarlo como Protocolo adicional. Ver CONGRESO SUD-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Instalado en Montevideo el 25 de agosto de 1888 y clausurado el 18 de febrero de 1889, *Actas de las Sesiones*, Buenos Aires, Taller tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1894, pp. 635-36 y 662.

⁸ La discusión acerca de la naturaleza jurídica del derecho extranjero se expandió a lo largo de muchas obras de la materia, entre “derecho” o “hecho”, si esta última fuese tal la consideración, sin dudas deberá ser alegado y eventualmente probado por las partes. Esta posición es la que sostienen países influidos por el *common law*. Ver: Y. NISHITANI, “General Report” en: Y. Nishitani (ed.), *Treatment of Foreign Law*.

La discusión de la naturaleza jurídica del derecho extranjero para el cónclave montevideano de 1888-1889 no era novedosa ya que Gonzalo Ramírez en su Proyecto de Código de Derecho internacional privado había previsto una solución similar

“Artículo 94. La aplicación de las leyes de un país por los Tribunales de otro, en los casos en que este tratado lo autorice, es de rigoroso precepto, aun cuando la parte interesada no haya producido prueba sobre la existencia de dichas leyes”⁹

La aplicación *ex officio* del derecho extranjero se replica en el artículo 408 del Código de Bustamante y en el artículo 2 del Protocolo adicional a los tratados de 1940.¹⁰

No quedan dudas que el deseo del legislador montevideano de 1889 fue que, naturalmente, las partes que lo estimen conveniente alegarán y probaran cuestiones referidas al contenido de la ley extranjera en función de sus intereses y pretensiones en el caso multinacional. Serán colaboradores de los jueces, más queda reservado las autoridades jurisdiccionales competentes en la esfera internacional establecer el contenido adecuado para la solución del caso.¹¹

Curiosamente en el sistema de Derecho internacional privado argentino el abordaje del Protocolo adicional convivió con uno totalmente opuesto en su dimensión autónoma ya que el artículo 13 del Código Civil -hoy ya derogado- establecía lo contrario y remarcaba que ‘nunca’ el derecho extranjero sería aplicado de oficio y que debía ser solicitado y probado por las partes interesadas.¹²

Dynamics towards Convergence? Paris, Académie Internationale de Droit Comparé-Springer, 2017, pp. 18-19.

⁹ G. RAMÍREZ, (nota 1), p. 58. Una versión digitalizada de esta obra es accesible a través del sitio web de la Biblioteca digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Argentina) en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/> (último acceso 14 de abril de 2019)

¹⁰ Para un análisis de otras normas interamericanas ver: Y. PÉREZ PACHECO/ M. GÓMEZ BASTIDAS, “Tratamiento procesal del Derecho extranjero. Especial referencia al sistema interamericano” en: *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 87-105.

¹¹ C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Sistemas de derecho aplicable de los Estados mercosureños” en: D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 367.

¹² “Artículo 13. La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúense las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”. Este era el texto del Código Civil argentino desde su entrada en

La ‘curiosidad’ se debe a que Argentina ratificó convenciones posteriores a los tratados de 1889 que seguían la misma tónica de aplicación de oficio, criterio que fue prevaleciendo incluso cuando era necesaria la utilización de normas de fuente interna.¹³ Sin embargo, es importante mencionar que la posición ampliamente mayoritaria de la doctrina -con diversos abordajes- y la jurisprudencia argentina señalaron en infinidad de casos que el derecho extranjero debía ser aplicado de oficio por los jueces argentinos dejando sin efecto las previsiones del artículo 13.¹⁴

En Uruguay, antes de 1988 no había una norma expresa que dijera que el derecho extranjero debe aplicarse de oficio, más la jurisprudencia y la doctrina habían sido favorables a esta posición ya sea por interpretación de las normas o analogía con los Protocolos adicionales de 1889 y 1940, en la actualidad la dimensión autónoma del Derecho internacional privado uruguayo regula la materia en el artículo 525.3 del Código General de Proceso.¹⁵

Además, creemos necesario señalar que la aplicación del derecho extranjero es obligatoria para los jueces competentes. Si bien es cierto que nada se dice al respecto en el Protocolo adicional, como sí sucede en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre normas

vigencia en 1871 hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en 2014 y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

¹³ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / P.M. ALL, “Proof and information about Foreign Law” en: Asociación Argentina de Derecho Comparado, *Reports of the Argentine Association of Comparative Law to the XIX Congress of the International Academy of Comparative Law*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 2014, pp. 103-132, especialmente p. 112-113.

¹⁴ De esta forma, Goldschmidt elaboró el concepto de “hecho notorio” y que por ello la prueba del derecho no ni siquiera necesaria, incluso habló luego de la aprobación de CIDIP II de normas generales que la aplicación de oficio y la teoría del uso jurídico eran principios universales. Antonio Boggiano utilizaba la norma del artículo 377 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que habilita a los jueces a investigar el derecho extranjero sin importar si había sido o no invocado, A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado y Derechos humanos*, 7^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, p. 311. El Profesor Fermé hablaba de una derogación orgánica de la norma del artículo 13 una vez aprobada por Argentina la CIDIP II de normas generales, ver: E. FERMÉ, “Derecho Internacional Privado. Convención Interamericana sobre Normas Generales”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice, t. V, Buenos Aires, 1987, pp. 209-217, entre muchos otros.

¹⁵ Ver: C. FRESENDO DE AGUIRRE, (nota 11), p. 343. Artículo 525.3 “Los tribunales deberán aplicar de oficio el derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harán los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva. Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.”

generales de Derecho internacional privado firmada en el marco de la CIDIP II de Montevideo de 1979¹⁶ creemos que la obligatoriedad es más que lógica.

En primer lugar, porque debe aplicarse el derecho indicado por la norma de conflicto, que son las normas que prevalecen en el caso, no existe posibilidad de dejar de lado las normas de indirectas y sus puntos de conexión, salvo en los casos de autonomía de la voluntad ejercida por las partes, no por los jueces.

En segundo orden, porque la aplicación de oficio del derecho extranjero exige a las autoridades jurisdiccionales averiguar y determinar el contenido y aplicarlo a la situación que se presenta en el caso independientemente de las soluciones que presente, incluso con la alegación y prueba aportadas por las partes durante el proceso, con el único límite - excepcional- del orden público internacional de los jueces con competencia en la esfera internacional.¹⁷

2. Interpretación del derecho extranjero

En relación a en qué forma deberá ser interpretado el derecho extranjero no se encuentran pautas específicas en el Protocolo adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 ni en el de 1940. El mandato definitivo y de fundamental importancia se consagró normativamente 80 años después con la Convención interamericana de normas generales que en su artículo 2 que introduce la teoría del uso jurídico que obliga a las autoridades jurisdiccionales competentes la forma de interpretarlos:

“Artículo 2: Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.”

¹⁶ En vigencia desde el 6 de octubre de 1981 y de la que forman los Estados contratantes del Protocolo adicional de 1889 con excepción de Bolivia con quien continúa aplicándose el Protocolo de 1889. Actualmente son Estados contratantes de la Convención de Normas generales: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Información disponible online en el sitio web de la CIDIP II – Departamento de Derecho internacional de la Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html> (último acceso 14 de abril de 2019)

¹⁷ Creemos que esta es la posición que debe adoptarse con el artículo 2595 del Código Civil y Comercial argentino que tampoco menciona la obligatoriedad ni la aplicación de oficio, pero se desprende de su contexto.

El mandato es claro, primero, existe una obligación de aplicar el derecho de oficio, pero además agrega que la interpretación se hará utilizando el postulado central de la *teoría del uso jurídico* propuesta por el delegado de la representación argentina, Werner Goldschmidt. Siguiendo esta pauta obligatoria el juez competente aplicará el derecho indicado por la norma de conflicto imitando la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero si tuviera que fallar en el mismo caso^{18 19}.

Esta forma en la que debe interpretarse el derecho extranjero es la mayoritaria en las codificaciones más modernas y es receptada por el artículo 2595 del Código Civil y comercial de la Nación argentino (2014)²⁰, artículos 80 y 82 de la Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana (2014), el artículo 2 del Proyecto de ley general de Derecho internacional privado de Uruguay (2016) entre otros²¹

Creemos que esta debe ser la forma en la que debe ser interpretado el derecho extranjero en el marco del Protocolo adicional de 1889 aunque la norma del artículo 2 no lo prevea

¹⁸ W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, 1^a edición, Buenos Aires, El Derecho, 1970, p. 501 y ss.

¹⁹ Para un análisis comparativo del tema recomendamos el excelente trabajo de M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign Law in National Courts. A comparative perspective”, *Recueil des Cours*, Vol. 304, Den Haag, Brill, 2003, pp. 181-385, especialmente, pp. 230-235.

²⁰ “Artículo 2595: Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino; [...]”

Si bien no se encuentra indicado expresamente en el texto, entendemos sin embargo que esta norma indica a los jueces la obligación de aplicar el derecho extranjero de oficio, que es la regla general. La última parte del primer párrafo señala que si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica la *lex fori*. Mas allá que resulta hoy en día muy difícil imaginar en no conseguir las normas de un Estado en 2019 (¿quizá Corea del Norte?) más esa imposibilidad no elimina la obligación. Además, creemos que hubiese sido mejor introducir una conexión flexible a falta de averiguación del derecho, como podría ser la ley del Estado con vínculos más estrechos -prevista en el mismo Código en artículo 2597 para cuando la norma indirecta vincula a un derecho con lazos pocos relevantes- que vincularlo residualmente al derecho sustancial argentino por la competencia de los tribunales nacionales.

²¹ República Dominicana, Ley 544-14 de Derecho internacional privado, 15 de octubre de 2014. Disponible online en el sitio web de la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo de la República Dominicana en: <http://www.consultoria.gov.do/consulta/>. Uruguay, Proyecto de Ley general de Derecho internacional privado, disponible en el sitio web del Parlamento de la República Oriental del Uruguay disponible online en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/2922534.PDF> También pueden agregarse normas de *soft-law* como los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS) aprobados en Buenos Aires en noviembre de 2016 y que en su artículo 1.4 establecen las mismas pautas, disponibles en el sitio web de la ASADIP en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf> (último acceso a todos, 14 de abril de 2019).

explícitamente y entendemos que a esta altura ya configura un principio general del Derecho internacional privado argentino y sudamericano.²²

III – Información y prueba del derecho extranjero

1. Acceso al contenido del derecho extranjero

El acceso al contenido del derecho extranjero puede suponer actos desarrollados por los operadores jurídicos, partes interesadas, autoridades jurisdiccionales y agencias estatales en brindar el contenido en sí mismo, sus normas de derecho internacional privado o las de fondo del derecho extranjero.

Esta cuestión que forma parte de los temas que comprenden un concepto amplio de cooperación internacional²³ tiene normas específicas en las diversas fuentes normativas, que a veces coinciden en el mismo cuerpo normativo y en otras encuentran su regulación en forma separada.

El Protocolo adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 tiene una norma específica que pone en cabeza de los Estados una obligación:

“Artículo 5.- De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los Gobiernos se obligan a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países.”

Esta norma que tiene un noble propósito y es producto de los medios de la época y se repite casi textualmente en el artículo 6 del Protocolo adicional de 1940²⁴

²² P.M. ALL / J.R. ALBORNOZ, “Disposiciones de Derecho internacional privado. Capítulo 2– Disposiciones generales” en: J.C. Rivera/ G. Medina (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. VI, Buenos Aires, Thomson Reuters- La Ley, 2014, pp. 780-781.

²³ Junto con el reconocimiento de decisiones: sentencias y laudos arbitrales, la traba de medidas cautelares dictadas en el extranjero, exhortos de prueba y de mero trámite, la validez de los documentos públicos extranjeros y las condiciones para el litigante extranjero en los procesos y aquellas previstas para cuestiones específicas, como por ejemplo las de restitución de niños y niñas. Ver: M.B. NOODT TAQUELA, “Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional” en: Asociación Argentina de Derecho internacional, *XXII Anuario argentino de Derecho internacional*, Córdoba, Lerner-AADI, 2013, pp. 163-224, especialmente p. 167-169.

²⁴ “Artículo 6. De acuerdo con lo estipulado en este protocolo, los gobiernos se comprometen a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos Estados.”

lamentablemente en la práctica se vio frustrado por la inexistencia en la época de órganos especializados encargados de la información del derecho.²⁵

Una norma similar fue prevista en el artículo 411 del Código Bustamante que resulta aplicable a Bolivia y Perú, que son parte del Protocolo de 1889. No existen en el marco de los Tratados de Montevideo normas adicionales específicas para la información del derecho extranjero, quizá sea posible utilizar las normas de exhortos del Tratado de Derecho procesal internacional en su artículo 9 cuando se refiere a “otra diligencia de carácter judicial” aunque parece algo forzado.

El Código Bustamante de 1928 contiene algunas disposiciones acerca de la información del derecho extranjero, así los artículos 409 y 410 prevén la posibilidad que dos abogados en ejercicio en el Estado del que se trate la legislación en cuestión podrán hacerlo a través de certificaciones legalizadas que indiquen el texto, la vigencia y el sentido del derecho extranjero. Asimismo, las autoridades jurisdiccionales podrán -de oficio- solicitar informes vía diplomática acerca del contenido del derecho extranjero.

La mayoría de los Estados contratantes de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 recién vieron una codificación específica al tema en la Convención interamericana sobre Prueba e Información acerca del derecho extranjero, firmada en Montevideo en 1979 en el marco de la CIDIP II.²⁶

La Convención establece los medios de prueba que considera idóneos para acreditar el contenido del derecho extranjero receptados en el artículo 3 y son los informes por autoridades de los Estados parte, la prueba documental con el texto debidamente legalizado y los informes de abogados matriculados en el Estado del derecho informado. La novedad radica en la inserción de la posibilidad que expertos en la materia puedan ser designados como peritos del derecho extranjero.²⁷

²⁵ E. TELLECHEA BERGMAN, *Derecho internacional privado*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2010, p.171.

²⁶ Son contratantes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Todos son parte de la Convención de normas generales a excepción de Chile y España. Información disponible online en el sitio web de la CIDIP II – Departamento de Derecho internacional de la Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-43.html> (último acceso 14 de abril de 2019)

²⁷ Ver E. TELLECHEA BERGMAN, (nota 25), p. 190 quien señala que esta cuestión fue planteada por Werner Goldschmidt en los estudios preparativos de la CIDIP II. Una pericia sobre derecho uruguayo realizada en

Para los Estados del MERCOSUR, también resulta aplicable el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa firmado en Las Leñas, el 27 de junio de 1992 y que se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que en sus artículos 28 a 30 establece que el contenido derecho extranjero podrá ser informado -y eventualmente probado- respecto a su texto, vigencia sentido y alcance a través de informes gratuitos emitidos por las Autoridades Centrales de los Estados contratantes.²⁸

2. Autoridades centrales

Los actos tendientes a la averiguación del contenido del Derecho extranjero no solo dependerán de las partes, sino que también se otorga un rol decisivo a las Autoridades centrales de los Estados en la labor de cooperar con los jueces competentes en los casos de derecho privado con elementos multinacionales.

Si bien los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 nada dicen de las Autoridades centrales, como hemos visto *ut-supra* ponen en cabeza de los Estados la obligación de remitir copias de la legislación a los Estados partes de los tratados a fin de actualizar sus archivos sobre el derecho extranjero, en tiempos en los que la forma de comunicarse era costosa e insumía demasiado tiempo la espera de una respuesta. Si se los piensa con un criterio de actualidad, pero con un anclaje en las circunstancias pretéritas, quizá no sea tan arriesgado decir que pueden pensarse esa obligación en proto-actividades de las futuras Autoridades centrales.

Las Convenciones interamericanas, y en el tema que nos convoca, la Convención sobre prueba e información del Derecho extranjero, es de las primeras en el ámbito interamericano en las que se involucraron los Estados de los encuentros montevideanos

1980 por el jurista germano-argentino puede ser encontrada en M.B. NOODT TAQUELA, *Derecho internacional privado. Libro de casos*, 2^a edición, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 33-35.

²⁸ La cuestión también se encuentra regulada en similar forma en los artículos 28 a 30 del Acuerdo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la Republica de Chile, firmado en Buenos Aires el 5 de julio de 2002, vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Chile, con adhesiones de Ecuador (2008) y Perú (2012). Para más información sobre la vigencia y el estado de ratificaciones, consultar con el sitio web del Ministerio de Relaciones exteriores de Paraguay: http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx (último acceso 14 de abril de 2019).

de 1888-89 y 1939-40 que establece un rol importante a las Autoridades centrales de los Estados partes en una norma convencional específica en la materia.

A nuestro entender el aporte mas importante de la CIDIP II sobre prueba e información es la obligación que tienen los Estados en responder las consultas en cuanto al contenido del derecho propio ²⁹, y que se les impone de las autoridades centrales de los estados, quedando siempre la opción para los justiciables a producir la prueba en forma privada a través de peritos o dictámenes de abogados del numeral b) del artículo 3.

El sistema del Protocolo de Las Leñas también se asienta en la función de cooperación de las Autoridades centrales, que es la única vía de transmisión de los pedidos de cooperación prevista en la norma mercosureña y garantiza gratuitad de las solicitudes de los Estados parte. En la Enmienda al Protocolo de Las Leñas de 2002 se agregan las vías de transmisión privada, diplomática o consular a los pedidos de cooperación en materia civil, comercial, laboral y administrativa pero aún no se encuentra plenamente operativo ³⁰

El Convenio bilateral entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero, firmado en Buenos Aires en 1980 también establece a las Autoridades centrales -en este caso los Ministerios de Justicia- ³¹, que en el Uruguay en la actualidad- con soluciones casi idénticas a las previstas en las normas interamericanas.

En la dimensión autónoma argentina, el Código civil y comercial, no se encuentran normas referidas a la información y prueba del derecho extranjero. Dadas las

²⁹ “Artículo 6. Cada Estado parte quedará obligado a responder las consultas de los demás Estados partes conforme a esta Convención a través de su Autoridad central, la cual podrá transmitir dicha consulta a otros órganos del mismo Estado. [...]”.

³⁰ La Enmienda al Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los estados partes del Mercosur fue firmado el 5 de julio de 2002 en Buenos Aires no se encuentra vigente ya que exige la ratificación de los cuatro Estados parte, quedando pendiente el depósito uruguayo.

³¹ En Argentina es una excepción pues para casi todos los asuntos civiles y comerciales la Autoridad central es el Ministerio de Relaciones exteriores, En Uruguay, la Autoridad central depende de la Dirección de Asuntos constitucionales, legales y registrales del Ministerio de Educación y Cultura: <https://mec.gub.uy/innovaportal/v/1196/9/mec/materia-civil-y-comercial>

particularidades del ordenamiento jurídico argentino³², la única norma que complementa el tema es el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que fue pensada para otros temas.³³ En Uruguay la cuestión se encuentra regulada en el artículo 143 del Código General del Proceso que establece que el derecho a aplicar sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo.³⁴

IV. Principios generales de la ley aplicable en el proceso

En los casos de derecho privado con elementos internacionales se presenta un principio general que impregna casi todas las cuestiones procesales que se dan en los tribunales nacionales que entienden en estos casos: la preponderancia del principio general, que es aplicación de la *lex fori* al proceso.

Esta única norma indirecta, para Goldschmidt se impone porque el derecho procesal al ser parte del derecho público es meramente territorial y por tanto se transforma en una norma indirecta fundamental.³⁵

³² El Código Civil y Comercial de la Nación incorpora algunos principios sobre cooperación jurisdiccional internacional, materia que se encontraba totalmente ausente en el Código Civil sustituido. Su recepción no se produce en forma completa, pues no se reglamentan cuestiones referentes a la cooperación jurisdiccional internacional. Diversos han sido los motivos por los que las herramientas de este pilar del Derecho internacional privado habían estado históricamente excluidas de las regulaciones anteriores. La supuesta falta de atribuciones del Congreso de la Nación para regular cuestiones procesales a nivel nacional ha sido el principal fundamento, y por esa razón las normas de cooperación quedaban sujetas a las facultades legislativas provinciales, es decir cada uno de los Códigos procesales, los cada una de las 23 provincias y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que se aplica en la Capital de Argentina -léase la Ciudad de Buenos Aires- y en asuntos de jurisdicción federal que comprenden algunas materias y actores. Al respecto, ya abordamos este tema con más profundidad y especialmente en temas de cooperación internacional en nuestro trabajo: S. PAREDES, “La cooperación jurisdiccional internacional en el nuevo Código civil y comercial de la Nación Argentina” en A: Amaral Júnior A. / L. Klein Vieira, (dirs.): *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, pp. 839-862.

³³ “Artículo 377. - Incumbe a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

³⁴ Similar provisión se encuentra en el Proyecto de ley general de Derecho internacional privado en su artículo 3.2 (nota 21)

³⁵ W. GOLDSCHMIDT, (nota 6), p. 429. Goldschmidt trataba al derecho procesal internacional -que hoy nosotros llamamos cooperación internacional- como materia afín al Derecho internacional privado.

El Proyecto de Código de Derecho internacional privado de 1888 de Gonzalo Ramírez, postulaba:

“Artículo 67. El procedimiento a que deben subordinarse todos los juicios es el fijado por la ley procesal de la Nación en que esos juicios tienen lugar. Con arreglo a esa misma ley apreciarán los Tribunales la eficacia de los medios probatorios de que hagan uso los litigantes para justificar los derechos que respectivamente se atribuyan. Exceptuase de esa disposición los medios probatorios que constituyan el instrumento o la forma que la ley impone ciertos contratos, en lo que se estará a lo dispuesto en el artículo 82.”³⁶

Se aprecia que la norma sometía las cuestiones procesales a la ley del Estado en donde se desarrolla el proceso sin ninguna excepción de relevancia.

Ahora bien, el enfoque de los Tratados de Derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 y 1940 en sus artículos 1 y 2 difiere de las previsiones del Proyecto

“Artículo 1 – Los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la Nación, en cuyo territorio se promuevan.”

Esta norma, que es idéntica en ambos tratados procesales, torna decisiva la determinación de la jurisdicción que le imprimirá el trámite al caso con elementos internacionales y recepta el principio de que la ley del Estado donde se sigue adelante el proceso rige el trámite.

Si bien es cierto que los casos de Derecho internacional privado suelen presentar más de un orden jurídico involucrado, el desafío es la determinación de los aspectos procesales y los de fondo.³⁷

³⁶ G. RAMÍREZ, (nota 1), p. 47. La referencia al artículo 82 es para la forma de los contratos que estaban sujetas al lugar de ejecución, con excepción de los que constaban en instrumento público que se regían por la ley del lugar de otorgamiento.

³⁷ E. VESCOVI, “Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional” en: D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 354.

Es aquí donde el artículo 2 del Tratado de Derecho procesal de 1889, marca una diferencia:

“Artículo 2 – Las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso. Se exceptúan el género de pruebas que por su naturaleza no autorice la ley del lugar en que se sigue el juicio.”³⁸

Esta norma, que parece separar las cuestiones del imperio de la *lex fori*, debe ser analizado con precaución ya que un análisis apresurado podría llevar a pensar que se aplican distintas leyes en el procedimiento.

Vescovi con gran acierto señala que, en relación con las pruebas, los Tratados de Montevideo separan las cuestiones de la prueba. Por un lado, entre las sustanciales, entre las que se encuentran las admisiones de determinados medios de prueba y la valoración y que tienen íntima relación al derecho que resulte aplicable a la relación jurídica, estos son los comprendidos en las disposiciones en el artículo 2.

Del otro lado, se encuentran los asuntos “realmente procesales” o procedimentales que se someten a la ley del proceso como por ejemplo forma de presentación, solicitud, plazos, oposiciones, etc. que se van a regir desde luego por la ley del Estado donde se desarrolla el proceso.³⁹

V. *¿Quo vadis cooperación interamericana?*

*I don't think we've seen the tip of the iceberg
I think the potential of what the internet is going to do
to society, both good and bad, is unimaginable
I think we're actually on the cusp of something
Exhilarating and terrifying [...]*

³⁸ El artículo 2 del Tratado de 1940, es casi idéntico y establece: “Las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso. Se exceptúan aquellas pruebas que por su naturaleza no están autorizadas por la ley del lugar en donde se sigue el juicio”

³⁹ E. VESCOVI, (nota 37), pp. 355-356.

David Bowie, entrevista a la BBC, 1999⁴⁰

Los tratados de Montevideo de 1889 y la obra de Gonzalo Ramírez encuentran a ciento treinta años de la celebración del Congreso sudamericano la permanencia del Derecho internacional privado como facilitadora y herramienta de soluciones justas en las relaciones privadas de las relaciones de derecho privado con elementos internacionales.

En los últimos años además encuentra varios desafíos, la irrupción de los derechos humanos y sus regulaciones en el derecho privado⁴¹, la búsqueda de una verdadera influencia del Derecho internacional privado en la gobernanza global⁴² y la expansión desmesurada de las relaciones privadas transfronterizas.

En este contexto de comunicaciones digitales, la cooperación internacional que desde hace años se transformó en una obligación y un mandato para las autoridades estatales para garantizar a las personas sus libertades, sus bienes y sus derechos exige a los operadores del derecho la implementación de vías de comunicación eficaces y que respeten las particularidades que presentan las solicitudes y leyes extranjeras.

La cooperación judicial/jurisdiccional/jurídica internacional sea la calificación que se le dé, demanda el compromiso de los Estados, -que persisten y existen desde la época de los Tratados de 1889- a garantizar igualdad de trato procesal, el derecho de acceso a la justicia y obtener normas facilitadoras y más favorables a la cooperación internacional.⁴³

Esa visión quizá puede verse en una idea primigenia de Gonzalo Ramírez en su Proyecto de Código de 1888 en el artículo 93: “Las disposiciones de los artículos anteriores no alteran lo establecido en los tratados vigentes con otras naciones”.

⁴⁰ Entrevista de Jeremy Paxman a David Bowie en BBC Newsnight. Disponible en el canal de Youtube de BBC Newsnight https://www.youtube.com/watch?v=FiK7s_0tGsg (ultimo acceso 14 de abril de 2019.)

⁴¹ C. FRESNEDO DE AGUIRRE, Public policy: Common principles in the American States, *Recueil des Cours*, Vol. 379, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396.

⁴² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo” en: *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 17-35.

⁴³ M.B. NOODT TAQUELA, “Applying the most favourable treaty or domestic rules to facilitate Private International Law Co-operation”, *Recueil des Cours*, Vol. 377, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 121-317.

La interpretación que se le dé a esa idea y a todo el pensamiento iluminador de Gonzalo Ramírez, como el orden público internacional exigirá un análisis con un criterio de actualidad, no bastará con un “¿Qué hubiera hecho Ramírez?” que será referencia, pero exigirá tener en cuenta que, para los operadores del derecho, el Derecho internacional privado es un derecho de las personas, un derecho humano.