

Jornada Rioplatense de Derecho Internacional Privado

Cooperación Jurisdiccional Internacional en el Ámbito Regional (Mercosur), realidad actual, futuros desarrollos

La Plata, 25 de setiembre de 2013

Acceso al Derecho Extranjero en materia Civil y Comercial: cooperación judicial y no judicial

Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE

I. Vigencia y relevancia del tema

La Conferencia sobre el acceso al derecho extranjero en materia civil y comercial organizada en forma conjunta por la Comisión Europea y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada en Bruselas en febrero de 2012, así como el XIX Congreso Internacional de Derecho Comparado a celebrarse en Viena en 2014, incluyeron en sus agendas el tema del acceso, la prueba e información acerca del derecho extranjero. Ello demuestra que el tema tiene plena vigencia y reviste importancia técnica y práctica en pleno siglo XXI. Lo anterior se infiere también de las manifestaciones del director del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, Gherardo Casini, quien destaca, con un alcance más amplio, el derecho de acceso a la información, incluyendo la información jurídica, especialmente a la luz de las potencialidades de las modernas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (*Information and Communication Technologies –ICT*)¹.

En la referida Conferencia de Bruselas se observó una clara tendencia a reconocer que debido a la globalización, la migración y el incremento del comercio transfronterizo existe una necesidad creciente de acceder al derecho extranjero, lo que constituye un elemento fundamental para una adecuada administración de justicia. Para ello se necesitan mecanismos globales de cooperación, respecto de los cuales cobran especial relevancia las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones².

Nuestra subregión, por su parte, cuenta con soluciones convencionales de avanzada desde el siglo XIX, que se fueron desarrollando, perfeccionando y complementando a lo largo del tiempo.

II. Aplicación preceptiva y de oficio del derecho extranjero

1. Protocolo de Montevideo de 1889

Desde 1889 (**art. 2** del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1889) nuestras normas imponen a los jueces la obligación de aplicar **de oficio** el

¹ Meeting Report, Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters, www.hcch.net, p. 4

² Meeting Report, Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters, www.hcch.net, p. 1

derecho extranjero, independientemente de cuál sea la actitud de las partes al respecto. Se adoptó así en el Primer Congreso de Montevideo, la solución que proponía Gonzalo Ramírez en el art. 94 de su Proyecto de Código de DIPr.³, que establecía: "*La aplicación de las leyes de un país por los Tribunales de otro, en los casos en que este tratado lo autorice, es de riguroso precepto, aún cuando la parte interesada no haya producido prueba sobre la existencia de dichas leyes.*"

El texto del art. 2 del Protocolo de 1889 finalmente aprobado dice: "*Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar o probar la existencia y contenido de la ley invocada.*" **Las partes pueden "alegar y probar el contenido de la ley invocada" pero no están obligadas a ello.** Si lo hacen, obviamente le van a facilitar la tarea al juez, pero en caso contrario éste deberá realizar las averiguaciones necesarias para cumplir con su deber de aplicar de oficio el derecho extranjero, recurriendo a los mecanismos que su sistema jurídico le proporciona para ello. Téngase presente que aún cuando las partes aleguen y prueben el derecho extranjero, el juez no se limitará a esa información, sino que la corroborará por los medios de que dispone.

2. Protocolo de Montevideo de 1940

En 1940 se ratifica la solución del 89, sin modificarse el texto del artículo 2 del Protocolo respectivo.

Esta ha sido una solución muy inteligente, que parte de la base de que el juez no puede conocer todos los derechos extranjeros, y por eso deja en libertad a las partes para que colaboren con él. Además, si bien la solución adoptada implica una previa toma de posición respecto a la naturaleza del derecho extranjero (a favor de la teoría del derecho), los delegados a los Congresos de Montevideo de 1889 y de 1940 no incursionan directamente en el polémico tema de la determinación de la naturaleza jurídica del derecho extranjero, sino que simplemente establecen normativamente una solución pragmática: que el derecho extranjero se aplica de oficio.

3. Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, CIDIP II, Montevideo, 1979

En 1979, dentro del proceso codificador de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, se mantiene básicamente el mismo principio de la aplicación de oficio del derecho extranjero, independientemente de la facultad de las partes de alegar y probar su existencia y contenido (art. 2 CNG).

Pero se incorpora además un mandato de fundamental importancia: "*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 resulte aplicable...*" (art. 2, CNG).

Este agregado no es casual, sino que se introdujo con una **finalidad** muy precisa, y es que el juez **no cambie** ese derecho extranjero remitido por la norma de conflicto, sino que lo aplique tal como lo haría el juez del Estado al que esa norma remitida pertenece.

Si bien esta solución **reduce el margen de maniobra del juez**, que parecería a primera vista estar obligado a limitarse a imitar lo que se hace en el Estado al que pertenece la norma aplicable, sin apartarse de los informes que de allí recibe acerca del contenido, vigencia, alcance e interpretación de esa norma, esto no es inflexiblemente así: esta norma no convierte al juez en un autómatas que deba aplicar el derecho

³Ramírez, Gonzalo, "Proyecto de Código de D. Internacional Privado y su Comentario, Bs. As., Ed. Félix Lajouane, 1888.

extranjero en forma mecánica. La **independencia del juez** ha sido salvaguardada por el artículo 6, inc. 3 de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, CIDIP II, Mdeo., 1979, que dice: *"El Estado que recibe los informes a que alude el artículo 3 (c) no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta recibida."*

La fórmula consagrada en el art. 2 de la CNG ("aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable") no implica, como a veces se ha sostenido⁴, la consagración del **reenvío**. Por el contrario, surge claramente no sólo del sentido literal corriente del texto aprobado sino también de los antecedentes del mismo, que se dejó de lado la regulación del instituto del reenvío, dada la disparidad de criterios evidenciada en la Segunda Conferencia en relación a este tema⁵. El reenvío no fue regulado expresamente en la CNG porque no hubo acuerdo acerca de su prohibición o admisión genérica, por lo cual el punto queda librado a la interpretación de los jueces en cada caso, la cual deberá enmarcarse en los parámetros del art. 9 de la propia Convención.

4. Convenio Bilateral Uruguayo-Argentino sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero de 1980

La misma solución del art. 2 de la Convención Interamericana fue recogida en el artículo 1 del Convenio Bilateral Uruguayo-Argentino sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, del 20 de noviembre de 1980, ratificado por Uruguay por ley N° 15.109 de 1981. Este Convenio ha sido, en principio, sustituido por el Protocolo de Las Leñas. Esta solución se basa en la **"teoría del uso jurídico"** de Goldschmidt⁶, la cual parte de la necesidad de tratar con respeto al caso con uno o más elementos jurídicos extranjeros. Ese respeto consiste en *"hacer con el caso lo que presumiblemente con él harían en el país al que pertenece"*⁷.

Y agrega Goldschmidt más adelante: *"Si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país."*⁸

Esta idea está en la base de la fórmula del artículo 2 de la Convención de Normas Generales, así como en la del art. 1 del Convenio uruguayo-argentino, e implica que el

⁴Parra Aranguren ha sostenido que el art. 2 de la CNG "por vía de consecuencia, acepta el reenvío desde una perspectiva sociológica, es decir, cuando se encuentre encapsulado en la solución fáctica extranjera que debe tratarse de reproducir", en PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)", p. 172. En el mismo sentido se pronuncia GOLDSCHMIDT, en "Normas Generales de la CIDIP-II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano", p. 151.

⁵Ver sobre este tema: arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; Informe del Relator de la Comisión II de la CIDIP-II, Dr. Didier Operti Badán, en "Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre D.I.Pr.", V. II, p. 290; y TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "Aplicación, tratamiento e información del derecho extranjero y su regulación en nuestro derecho internacional privado de fuente convencional y nacional", en *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, Montevideo, Ed. Amalio M. Fernández, 1982, pp. 42 a 44.

⁶Goldschmidt, op.cit., p. 16, N° 17.

⁷Goldschmidt, op.cit., p. 15, ° 17.

⁸Goldschmidt, op.cit., p. 137, N° 142 y Goldschmidt, "Normas Generales de la CIDIP-II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano", p. 151.

juez aplique el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable.

5. Convenio bilateral de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay y Convenio bilateral sobre Cooperación Judicial en materia Civil y Comercial entre la Rca. O. del Uruguay y la Rca. Francesa

El **art. 25 del Convenio con Francia**⁹ establece: “Las Autoridades Centrales, previa solicitud, comunicarán toda la información sobre la legislación y jurisprudencia en vigor en el correspondiente Estado Parte, así como las copias debidamente certificadas de las decisiones judiciales emitidas por los tribunales del mismo”.

El **art. 27 del Convenio con España**¹⁰ establece: “1. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia del Reino de España en calidad de Autoridad Central y la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura de la Rca. O. del Uruguay en la misma calidad, podrán solicitarse información y documentación sobre aspectos generales de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Los Estados Partes se comprometen a comunicarse por vía diplomática cualquier cambio de Autoridad Central. 2. Los órganos jurisdiccionales, de cualquier grado y orden y el Ministerio Fiscal, podrán solicitar a través de las Autoridades Centrales, información sobre aspectos jurídicos precisos, en relación a procesos existentes. La solicitud irá acompañada de una relación de hechos relevantes y de preguntas precisas”.

6. Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurídica en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de 1992

El Protocolo de Las Leñas no regula la forma en que el juez debe aplicar el derecho extranjero por no estar este punto comprendido en su ámbito material de aplicación. Sus soluciones refieren específicamente a la “información del derecho extranjero” y las analizaremos oportunamente.

7. Normas de fuente nacional: el Código General del Proceso

En cuanto a las normas de fuente nacional uruguaya¹¹, el art. 525.3 del Código General del Proceso (Ley 15.982)¹², recoge básicamente la misma solución de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, aunque con una formulación más precisa y completa, estableciendo así soluciones armónicas en la regulación de fuente nacional e internacional de nuestro orden jurídico respecto a un punto de tal importancia.

8. Constitución de la República

La Constitución de la República, que en su artículo 23 establece que los jueces *"son responsables ante la ley... por separarse del orden de proceder que en ella se*

⁹ Aprobado por Ley N° 17.110 del 12/5/1999

¹⁰ Aprobado por Ley N° 16.864 del 10/9/1997

¹¹ En cuanto a la situación imperante con anterioridad a la entrada en vigencia del C.G.P., ver Alfonsín, op.cit., p. 532 y ss., N° 352.

¹² Art. 525.3 “Los tribunales deberán aplicar de oficio el derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva. Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.”

establezca." Por tanto los jueces deben cumplir con lo que establece la norma de conflicto, incurriendo en responsabilidad constitucional si se apartaran *"del orden de proceder que en ella se establezca."*¹³

III. Prueba e información del derecho extranjero

En nuestra región contamos con normas convencionales –y también de fuente nacional en algunos de nuestros países- que proporcionan al juez los mecanismos para cumplir con el mandato de los arts. 2 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, art. 2 de la CNG de 1979, art. 1 del Convenio Argentino - Uruguayo de 1980 y en Uruguay del art. 525.3 del CGP.

En términos generales, cabe señalar que rige el principio *iura novit curia*, aunque con un alcance parcial y a posteriori del caso, a diferencia de lo que ocurre respecto del derecho interno del juez.

1. Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

Los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, arts. 5 y 6 respectivamente, consagran la obligación de los gobiernos de los Estados parte de *"transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países"*.

No obstante, esta fórmula ha resultado inoperante en la práctica por carecerse del imprescindible apoyo de órganos a cargo de la remisión y sistematización de esas informaciones¹⁴.

2. Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, CIDIP-II, 1979

La Convención Interamericana sobre Prueba¹⁵ e Información acerca del Derecho Extranjero, CIDIP-II, 1979, establece en su art. 2 la obligación de las autoridades de cada uno de los Estados parte de proporcionar a las autoridades de los demás que lo solicitaren, *"los elementos de prueba e informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho"*.

Obviamente la información no puede limitarse al texto de las normas y a su vigencia, pues para poder el juez cumplir con el mandato del art. 2 de la CNG y textos análogos, de aplicar el derecho extranjero *"tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable"*, deberá conocer las distintas interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia de ese Estado dan a ese derecho extranjero aplicable.

La Convención adopta un criterio amplio en cuanto a los **medios de prueba** admitidos: *"cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente como del Estado requerido"* (art. 3). A continuación, el mismo artículo enumera de manera **no taxativa** los medios idóneos a los efectos de la Convención: la **prueba documental, la prueba pericial y los informes del Estado requerido**, sin atribuirles apriorísticamente mayor o menor importancia según el tipo de

¹³Cfr. Tellechea, op.cit. (1982), p. 65.

¹⁴Tellechea, op.cit. (1982), p. 28.

¹⁵Como bien señalan Tellechea (op.cit. (1982), p. 47) y Parra Aranguren (CIDIP II/82, p. 4, citado por Tellechea), el término "prueba" no es adecuado ni se corresponde con la concepción seguida por esta Convención y por la CNG de atribuirle naturaleza jurídica y no fáctica al derecho extranjero.

prueba de que se trate. Esta solución coincide con la recomendación de Zajtay¹⁶, quien sostiene que sería erróneo atribuir una prioridad absoluta a uno u otro de los diferentes medios de prueba empleados en materia de derecho extranjero, ya que su valor es relativo y depende de las circunstancias en las cuales esos medios sean aplicados.

Con respecto a la prueba pericial, resulta compartible la apreciación de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo¹⁷, quienes afirman que "no cabe duda de que la prueba pericial debe ser objeto de mayor sospecha que la prueba documental, por la eventual "imparcialidad" de uno de los peritos cuyo concurso solicita, pero también remunera, la parte interesada. De ahí que deba extremarse el control de la capacidad e independencia del perito, e incluso deba tenderse al nombramiento libre del perito por el juez, teniendo en cuenta las garantías de capacidad e independencia que ofrece".

El art. 4 establece que son las **autoridades jurisdiccionales** las que **pueden solicitar los informes a que refiere el art. 3, inc. c.** O sea que los pedidos de informes cursados al Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de determinados aspectos de su derecho, corresponde en principio solamente a las autoridades jurisdiccionales del Estado requirente, no a los particulares. Estos tienen sí la posibilidad de utilizar los medios previstos en los incisos a y b del art. 3 (prueba documental y pericial) y también de solicitar información indirectamente a la Autoridad Central pidiéndole a los jueces que así lo hagan. Claro que esta última vía sólo procede en la esfera judicial. Nótese que la referencia a "*autoridades jurisdiccionales*" es más amplia que "autoridades judiciales", ya que incluye a cualquiera que desarrolle una actividad jurisdiccional, lo cual implica que se trata de órganos independientes y con potestad de fallar con autoridad de cosa juzgada¹⁸; en palabras de Operti, "*toda autoridad que actúe como verdadero tribunal de justicia*"¹⁹.

El inc. 2 del art. 4 autoriza a los Estados partes a "*extender la aplicación de esta Convención a la petición de informes de otras autoridades*".

Señala Tellechea²⁰ que esta es una "solución flexible, que permite beneficiar a todos los aplicadores de la ley extranjera con el más eficaz de los procedimientos previstos de cooperación informativa."

El art. 5 establece los **requisitos que preceptivamente deberán contener las solicitudes de informes.**

El inc. a) exige que se indique cuál es la autoridad de la que proviene la solicitud; lo cual tiene su explicación en lo establecido en el art. 4, que establece que sólo las autoridades jurisdiccionales podrán solicitar los informes a los que refiere el art. 3, inc. c)²¹.

Tellechea²² entiende que el inc. c) del art. 5 "excluye en su parte final toda posibilidad de calificar *lex fori*, debiéndose en cambio determinar la solución aplicable por la calificación que realice el Estado requerido."

Respecto a este punto, Alfonsín²³ sostiene: "*Si todas las normas indirectas de derecho privado internacional señalaran con precisión la norma extranjera de derecho*

¹⁶Zajtay, op.cit., p. 252, N° 16.

¹⁷Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, op.cit., p. 529.

¹⁸Tellechea, op.cit. (1982), p. 50.

¹⁹Operti Badán, Didier, "Exhortos y embargos de bienes en el extranjero", 1976, p. 181.

²⁰Tellechea, op.cit. (1982), p. 50.

²¹Tellechea, op.cit. (1982), p. 50-51.

²²El art. 5 exige, entre otras cosas, que la solicitud esté acompañada "de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión". Ver al respecto, Tellechea, op.cit., p. 51.

privado que se debe aplicar, bastaría una sola calificación de la relación extranacional para descubrir a la vez cuál norma del derecho privado internacional y cuál norma del derecho privado extranjero son las aplicables a la relación."

*"Pero como las normas indirectas suelen señalar tal o cual derecho extranjero sin otra especificación, prácticamente **serán necesarias dos calificaciones sucesivas de la relación para descubrir cuál es la norma extranjera de derecho privado que debemos aplicarle.**"*

La primera calificación de la relación extranacional debe ser efectuada conforme la técnica del derecho privado internacional aplicable, para determinar cuál norma de ese derecho debe aplicarse; la segunda debe realizarse una vez concluida la primera y por consiguiente cuando ya se ha determinado cuál es el derecho privado nacional aplicable. Esta segunda calificación, que tiene por finalidad determinar qué norma específica de ese orden jurídico remitido por la norma de conflicto debe regular en definitiva la relación, debe realizarse conforme la técnica de ese orden jurídico remitido²⁴. O sea que la calificación siempre debe ser *in ordine*.

El **art. 6** establece por un lado la obligación de los Estados de responder a las consultas formuladas por los demás Estados parte; pero por otro, el carácter de **no vinculante** de la respuesta. Esta solicitud tiene como finalidad facilitar la cooperación en esta materia, ya que al no quedar obligado el Estado que brinda la información a aplicar el derecho según el contenido de la respuesta proporcionada, el Estado requerido estará mejor dispuesto a brindar la información que se le solicite²⁵.

Por su parte la autoridad jurisdiccional que solicitó la información, no estará obligada *"a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta recibida"* (art. 6, inc. 3), salvaguardándose así la independencia de los jueces.

Las solicitudes de informes sólo podrán ser diligenciadas de dos formas, previstas por el art. 7: 1) *"directamente por las autoridades jurisdiccionales"* o 2) *"a través de la autoridad central del Estado requirente, a la correspondiente autoridad central del Estado requerido"*.

El art. 10 establece dos excepciones a la obligación de los Estados parte de responder a las consultas que les formularen otros Estados parte: 1° que los interesados del Estado requerido estuvieren afectados por la cuestión que diere origen a la petición de información; 2° que la respuesta pudiese afectar su seguridad o soberanía.

El art. 9 dispone que cada Estado parte deberá crear una **Autoridad Central**. Uruguay, en cumplimiento de la obligación contraída, designó al Ministerio de Justicia en calidad de Autoridad Central por Decreto 419/80, creándose la División Autoridad Central por Decreto 68/81.

En 1985, ante la eliminación del Ministerio de Justicia (Ley 15.751, de 24/6/85), se entendió adecuado que la Autoridad Central pasase a la órbita del Ministerio de Educación y Cultura, y no a la del Poder Judicial. La finalidad perseguida fue la de salvaguardar la independencia de los jueces, establecida en las normas ya citadas. Fue así que el Decreto 407/85, de 31/7/85, creó como dependencia del Ministerio de

²³Alfonsín, op.cit., p. 549, N° 362.

²⁴Alfonsín, op.cit., p. 546, N° 361.

²⁵Tellechea, op.cit. (1982), p. 55.

Educación y Cultura la "**Asesoría Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional**".

Los **objetivos, funciones y cometidos** de la Autoridad Central son los siguientes:

"a) Responder por sí o cometiendo la respuesta, las consultas provenientes del exterior acerca del Derecho Interno e Internacional Privado de la República, así como aquellas provenientes de organismos públicos nacionales referidas al contenido y vigencia del Derecho Internacional Privado del país o de un Derecho Extranjero."

"b) Actuar como órgano de recepción y expedición de rogatorias desde y hacia el exterior."

"c) Asesorar, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la elaboración de normas de Derecho Internacional Privado y en convenios internacionales de cooperación cultural." (art. 3 del Decreto 407/85).

3. Convenio Uruguayo - Argentino sobre aplicación e información del Derecho Extranjero

Como ya vimos, el Convenio Uruguayo - Argentino sobre aplicación e información del Derecho Extranjero, ratificado por Uruguay por ley 15.109 del 17/3/81 y por Argentina por ley 22.411 del 27/2/81, que entró en vigencia el 12/5/81, fecha en que se intercambiaron los respectivos instrumentos de ratificación en Montevideo, sintetiza en pocos artículos la doctrina consagrada en los textos de las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1979²⁶ ya analizadas.

El art. 3 establece que "A los efectos del conocimiento del derecho de una Parte aplicable en otra, sin perjuicio de otros medios de información admitidos por la ley del foro, cada Parte por intermedio de su Ministerio de Justicia remitirá directamente a pedido del otro, la información que sea necesaria para lograr la correcta aplicación de las leyes vigentes de su país, por los órganos competentes del requirente".

Aunque con otra redacción, el art. 4 es equivalente al art. 5 de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero²⁷.

El art. 5 establece, de manera más específica y detallada que la Convención Interamericana, que "El Ministerio de Justicia requerido responderá a la brevedad sobre los siguientes aspectos que se le soliciten relativos al asunto sometido a consulta, siempre que con ello no se afecte la seguridad o el interés del Estado que integra:

- a) Legislación vigente aplicable;
- b) Reseña de los fallos de los Tribunales de Justicia o de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales;
- c) Usos y costumbres del lugar, cuando constituyen fuente o elemento de derecho;
- d) Reseña de doctrina nacional.

El informe podrá contener, además, la opinión fundada de oficinas técnicas o de asesores 'ad hoc' acerca de la interpretación del derecho aplicable al asunto en cuestión".

En cuanto al principio de la cooperación no vinculante, el art. 6 de este Convenio sigue la solución de la Convención Interamericana respectiva.

²⁶Tellechea, op.cit. (1982), p. 57 a 64.

²⁷ Art. 4: "El pedido de informes deberá indicar con precisión los elementos que se soliciten, así como la naturaleza del asunto sometido a decisión, debiendo ser acompañado de una exposición de los hechos pertinentes que permita su comprensión, cuando fuere necesario o conveniente para su correcta calificación".

El art. 7 establece la gratuidad de esta cooperación, y la exoneración del requisito de la legalización. Asimismo, prevé para el caso de urgencia que los pedidos de informes se formulen y sean respondidos por servicios telegráficos, télex u otros medios igualmente idóneos, por lo que hoy día pueden considerarse incluidos los medios informáticos.

4. Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurídica en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de 1992

El Protocolo sigue la línea de las soluciones anteriores, estableciendo la obligación de las Autoridades Centrales de los Estados partes de suministrarse informes, en concepto de cooperación judicial, en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, dejando a salvo el orden público. Extiende al ámbito del Mercosur la gratuidad acordada en el Convenio bilateral argentino-uruguayo (art. 28).

El art. 29 prevé el suministro de información por las **autoridades diplomáticas** o consulares del Estado parte de cuyo derecho se trate.

El art. 30 mantiene el criterio de la cooperación **no vinculante** establecido en textos anteriores.

5. Código General del Proceso

El Código General del Proceso establece en su art. 143: *"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."* Esta solución amplia en materia de mecanismos de información acerca del derecho extranjero parece sumamente adecuada, no sólo desde el punto de vista teórico -por recoger en una fórmula clara y sintética la doctrina más recibida y las soluciones interamericanas vigentes- sino también práctico, ya que le permite al juez un amplio margen de maniobra frente a situaciones concretas para utilizar todos los medios a su alcance a efectos de cumplir su cometido de aplicar el derecho extranjero tal como lo haría el juez del Estado al que pertenece la norma, pero sin perder su independencia como decisor.

IV. Interpretación del derecho extranjero

Tanto el artículo 2 de la Convención de Normas Generales, como el art. 525.3 del C.G.P. y el art. 1° del Convenio Argentino-Uruguayo, implican la obligación del juez de tener en cuenta no sólo el texto de la norma extranjera (para lo cual sería suficiente que el juez obtuviera una fotocopia del texto), sino también la aplicación que de él hace la jurisprudencia del Estado al que pertenece. O sea que **el juez debe interpretar la norma extranjera conforme a los principios del sistema jurídico al que ella pertenece**²⁸, y no a los del foro²⁹, como ocurriría conforme los postulados de la teoría del derecho propio, en sus dos variantes, de la incorporación y de la recreación.

Téngase presente, como señala Aguilar Navarro³⁰, que debe distinguirse entre la **interpretación de la norma de conflicto del foro**, cuya interpretación debe hacerse

²⁸Rigaux, François, Derecho Internacional Privado, Parte General, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1985, p. 336, N° 400. En el mismo sentido, Aguilar Navarro, op.cit., p. 247, quien afirma: "todo nos conduce a postular como criterio general la necesidad de que el Foro interprete y conciba las categorías jurídicas de que se sirve la norma material extranjera de acuerdo al lenguaje jurídico del ordenamiento extranjero reclamado". Y Alfonsín, op.cit., p. 496-7, ° 318.

²⁹Ver sobre este punto: Tellechea, op.cit. (1982), p. 38-9.

³⁰Aguilar Navarro, op.cit., p. 249.

conforme a los criterios interpretativos del foro, y las normas materiales extranjeras remitidas por dicha norma de conflicto, las cuales a su vez deben interpretarse conforme a los criterios del ordenamiento jurídico a que ellas pertenecen.

En el mismo sentido, Zajtay³¹ afirma que *"cuando la regla de conflicto ordena la aplicación de derecho extranjero, ella exige evidentemente que esa aplicación sea exacta, es decir que la regla extranjera sea aplicada tal como está vigente en su país de origen. Esto significa antes que nada que el juez debe tener en cuenta no sólo los textos sino también la aplicación que de ellos hace la jurisprudencia del país extranjero. Eso significa también que el juez del foro que aplica el derecho extranjero, de alguna manera, se pone en el lugar del juez del país extranjero y debe interpretar la regla extranjera aplicable conforme a los principios del sistema jurídico en cuestión."*

No obstante, **esta regla de interpretación no es absoluta**, ya que, por ejemplo, en los casos en que haya **más de una posición jurisprudencial** -lo cual es frecuente- el juez podrá optar por la que considere más adecuada según su propio criterio.

Señala Alfonsín³² que cuando haya **errores evidentes en la jurisprudencia extranjera**, el juez podría "arriesgar una interpretación verdaderamente personal".

En este sentido, Aguilar Navarro³³ sostiene que "el foro tiene que poseer una libertad de apreciación en función de su misión relevante en el Derecho internacional privado".

Asimismo, Ortiz de la Torre³⁴ afirma que cuando la jurisprudencia de los tribunales inferiores del Estado extranjero al que pertenece la norma aplicable sea discrepante y el Tribunal Supremo de dicho Estado no se ha pronunciado nunca sobre el punto debatido (ya que entre la jurisprudencia del Tribunal Superior y la de los inferiores, debe prevalecer la primera), el juez tiene dos opciones: o bien no tener en cuenta dicha jurisprudencia contradictoria, e interpretar el derecho con toda libertad, o bien "inclinarse por el sector jurisprudencial más afín al criterio interpretativo personal del juzgador". Podría ocurrir que la decisión del Tribunal Supremo extranjero que se invoca como jurisprudencia fuera tan antigua que no correspondiera a la realidad social del momento en que debe ser tenida en cuenta, en cuyo caso el juez deberá tener en cuenta la aplicación que de tal norma realizan los tribunales extranjeros en la actualidad³⁵.

V. ¿"Ley" o "Derecho" extranjero?

En los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940 se utiliza el término "ley", mientras que en la Convención Interamericana, el Convenio Argentino - Uruguayo y en el C.G.P. se hace referencia al "derecho" extranjero, siendo esta última expresión más amplia, ya que incluye a todas las fuentes de derecho³⁶, lo cual es más correcto técnicamente, ya

³¹Zajtay, op.cit., p. 271, N° 23.

³²Alfonsín, op.cit., p. 499, N° 318.

³³Aguilar Navarro, op.cit., p. 549-50.

³⁴Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás, "Derecho Internacional Privado, Parte General, Vol II, Técnica Aplicativa de la Regla de Conflicto", 2ª Ed., Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1990, p. 227-28.

³⁵Ortiz de la Torre, op.cit., p. 228.

³⁶Informe del Relator de la Comisión II, CIDIP-II, y Tellechea, op.cit. (1982), p. 34.

que como sostiene Alfonsín³⁷, "el derecho privado aplicable a la relación comprende normas *escritas* (leyes, decretos ..), *consuetudinarias* (costumbres, usos ...) y *jurisprudenciales*.

Esta diferencia terminológica no podría conducir a interpretar que la expresión "ley" en los Protocolos excluye las otras fuentes de derecho (costumbre y jurisprudencia), ya que como señala Alfonsín³⁸, esta locución es sinónima de derecho aplicable e incluye las normas consuetudinarias y jurisprudenciales. Ello está establecido a texto expreso en el art. 5 del Convenio bilateral argentino-uruguayo, ya comentado.

VI. ¿Qué ocurre cuando no existe o no es posible obtener prueba del derecho extranjero aplicable?

El problema que se le plantea al juez en estos casos, que aunque excepcionales, existen, es particularmente grave, si tenemos en cuenta el mandato del art. 15 de nuestro Código Civil: "*Los Jueces no pueden dejar de fallar en materia civil, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*".

La doctrina ha planteado distintas soluciones: a) la más frecuente de ellas -aunque no por eso adecuada- es **la aplicación de la *lex fori***³⁹. ZAJTAY sostiene que sin ser perfecta, la aplicación subsidiaria de la *lex fori* es la solución más práctica, y que su principal ventaja es asegurar un procedimiento uniforme y previsible para los casos en que el derecho extranjero competente no puede ser establecido. A su vez el defecto es que no tiene en cuenta el mandato de la norma de conflicto; este defecto no obstante es común a todas las demás alternativas que se verán a continuación⁴⁰.

Otras soluciones utilizadas en el derecho comparado son: b) **el rechazo de la demanda por falta de prueba del derecho extranjero aplicable**, lo cual es criticable porque constituye una denegación de justicia⁴¹.

c) **La aplicación de otro derecho extranjero**, considerado como semejante al derecho extranjero aplicable tampoco constituye una solución satisfactoria, porque corre el riesgo de ser arbitraria; además, aunque parecidos, es difícil que se trate de derechos idénticos⁴².

d) Otra solución ha sido recurrir a "**los principios jurídicos comunes a los pueblos civilizados**"; si bien estos pueden constituir una guía para el juez en cuestiones generales, no serán de gran ayuda frente a cuestiones de detalle⁴³.

³⁷Alfonsín, op.cit., p. 493, N° 315.

³⁸Alfonsín, op.cit., p. 493, N° 315.

³⁹Ver a este respecto, entre otros: Ortiz de la Torre, op.cit., p. 259 y ss.; Pérez Vera, Elisa, "Derecho Internacional Privado" (4ª Ed. revisada, 1993), Vol. 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, p. 150-1; Tellechea, op.cit. (1982), p. 35 y ss.

⁴⁰Zajtay, op.cit., p. 270.

⁴¹Zajtay, op.cit., p. 269.

⁴²Zajtay, op.cit., p. 270.

⁴³Zajtay, op.cit., p. 270.

VII. Otros fundamentos jurídicos de la aplicación de oficio del derecho extranjero

Además de todas estas normas específicas con respecto a cómo se aplica el derecho extranjero, hay otras más generales que proporcionan un sólido fundamento jurídico a la obligatoriedad de la aplicación de oficio del derecho extranjero.

Afirma Tellechea⁴⁴ que podríamos ir hasta la propia Constitución de la República, que en su artículo 23 establece que los jueces "*son responsables ante la ley... por separarse del orden de proceder que en ella se establezca.*" Por tanto los jueces deben cumplir con lo que establece la norma de conflicto, incurriendo en responsabilidad constitucional si se apartaran "*del orden de proceder que en ella se establezca.*"

VIII. ¿Cuál sería la consecuencia en nuestro Derecho de la falta de pruebas en el Derecho Extranjero por las partes?

Conforme a nuestro derecho positivo, la colaboración de las partes con el juez a efectos de proporcionarle información acerca del derecho extranjero aplicable es una **mera facultad**, y no una obligación. En consecuencia, la falta de colaboración de las partes es jurídicamente **irrelevante**, ya que no exime al juez de su obligación de aplicar preceptivamente el derecho extranjero que resulte competente en virtud de la norma de conflicto. Desde el **punto de vista práctico**, se le podría dificultar un poco la tarea al juez pero no de manera significativa, ya que éste deberá siempre corroborar la información que le presenten las partes⁴⁵. Es habitual que cada una de las partes trate de demostrar que el texto, vigencia, interpretación, contenido, alcance y demás del derecho extranjero aplicable es la que más conviene a sus intereses, por lo cual el juez, en la diaria realidad, no se libera de su tarea de averiguar por sí mismo y recurriendo a los medios que el sistema jurídico pone a su alcance, cuál es el contenido de ese derecho extranjero.

En el derecho comparado y en aquellos sistemas en que el juez no está obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero, si las partes no lo alegan y prueban, se han dado distintas soluciones para el caso de defecto de prueba del derecho extranjero⁴⁶, de las cuales la más habitual y práctica es la aplicación de la *lex fori* en forma subsidiaria. La más criticable es el rechazo de la demanda, pues equivale a una denegación de justicia; implica asimilar la prueba del derecho extranjero a la prueba de los hechos. Esta solución ha sido adoptada en Estados Unidos, con el argumento de que el actor ha fracasado en la tarea de probar una parte esencial de su caso⁴⁷.

⁴⁴Tellechea, op.cit. (1982), p. 65.

⁴⁵Ver al respecto, Alfonsín, op.cit., p. 543-4, N° 358.

⁴⁶Zajtay, op.cit., p. 269 a 271, N° 22.

⁴⁷Cfr. Leflar, McDougal & Felix, op.cit., que citan los siguientes ejs.: Walton v. Arabian Am. Oil Co., 233 F.2d 541 (2d Cir.), cert. denied, 352 U.S. 872 (1956), en que un actor de Arkansas sufrió heridas en Arabia Saudita; como no probó el derecho de dicho país, la demanda fue rechazada. Riley V. Pierce Oil Corp., 245 N.Y. 152, 156 N.E. 647 (1927), en que ocurrió lo mismo por no haberse probado el derecho mexicano.

IX. Recursos

En cuanto a los recursos, el artículo 3 de ambos Protocolos de los Tratados de Montevideo, el artículo 4 de la Convención de Normas Generales, el art. 525.4 del C.G.P. y el art. 2 del Convenio Argentino - Uruguayo establecen la **admisibilidad de todos los recursos** otorgados por la ley procesal del foro contra la mala aplicación o interpretación del derecho, ya sea que se haya aplicado el del foro o el de cualquier otro Estado.

En otras palabras, si la parte considera que el juez ha interpretado o aplicado incorrectamente el derecho material que resultó aplicable en virtud de la norma de conflicto, tiene a su alcance todos los recursos previstos por el derecho procesal del Estado del foro, incluyendo el de casación, ya que este ha sido "establecido por la norma procesal nacional en forma genérica -sin limitarlo a las infracciones de la *lex fori*-"⁴⁸.

Cabe destacar que, como señala la doctrina, "atento a la finalidad perseguida por la casación -uniformizar y asegurar la correcta aplicación del derecho- su interposición no puede quedar limitada al estrecho recinto de la ley foral, sino que debe alcanzar a todas las normas jurídicas, inclusive a las extranjeras, que no sólo deben ser aplicadas, sino que además deben serlo en forma correcta"⁴⁹.

En este mismo sentido Parra Aranguren⁵⁰ sostiene que "parece indiscutible que el precepto no pretende abandonar al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados partes la admisibilidad del recurso de casación por infracción de la ley extranjera; y de acuerdo con sus propios términos equipara el derecho foráneo con las normas nacionales en los diversos aspectos relativos al funcionamiento del mencionado instituto; por tanto no sería aceptable que existieran regímenes distintos, establecidos *ad libitum* en cada uno de los países vinculados por la Convención". Goldschmidt⁵¹ en cambio sostiene que en última instancia la aplicabilidad o no del recurso de casación en caso de aplicación de derecho extranjero, dependerá de lo que establezca cada ley nacional con relación a dicho recurso.

X. Acceso al Derecho Extranjero por Autoridades No-Judiciales

No sólo los jueces están obligados a aplicar derecho extranjero cuando así lo establecen las normas de DIPr; también lo están otras autoridades públicas no judiciales (art. 1 del Convenio bilateral argentino-uruguayo sobre aplicación e información del derecho extranjero, por ej., refiere expresamente a la obligación de "los jueces y autoridades"):

- Los registradores del Registro de Estado Civil, por ejemplo, deben controlar que una sentencia extranjera de divorcio cumple con todos los requisitos

⁴⁸Tellechea, op.cit. (1982), p. 46.

⁴⁹Tellechea, op.cit. (1982), p. 46, y Goldschmidt y Operti, CIDIP II/62, p. 15, citados por Tellechea.

⁵⁰ Parra Aranguren, Gonzalo, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)", en *Anuario Jurídico Interamericano 1979*, Washington, OEA, pp. 157-186

⁵¹ Goldschmidt, Werner, "Normas Generales de la CIDIP-II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano", en *Anuario Jurídico Interamericano 1979*, Washington, OEA, pp. 141-155

legales necesarios para surtir efectos en el país y así habilitar el nuevo matrimonio de uno de los ex cónyuges.

- El Banco Hipotecario del Uruguay, cuando frente a una solicitud de préstamo por parte de un matrimonio con primer domicilio matrimonial en el extranjero, debe obtener y analizar ese derecho extranjero aplicable.

Dichas autoridades están habilitadas para solicitar información a la Autoridad Central y así lo han establecido las normas convencionales (art. 4.2 de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero) y nacionales (Decreto N° 95-96/1996, modificativo del Decreto N° 407/1985).

Los notarios públicos, al igual que los abogados y otros actores interesados (los árbitros, por ej.), deben acceder a la información sobre derecho extranjero por los medios privados a su alcance, con la excepción hecha de los casos en que actúan en la esfera judicial y pueden acceder a la Autoridad Central a través de los jueces.

XI. Jurisprudencia Uruguaya reciente

Con respecto a la aplicación del derecho extranjero por nuestra jurisprudencia, cabe mencionar los siguientes casos, simplemente a vía de ejemplo y no pretendiendo constituir un relevamiento exhaustivo al respecto.

Los derechos extranjeros que se aplican con mayor frecuencia en Uruguay son los de Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, China, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Paraguay, Perú, México, Suiza. Excepcionalmente se han aplicado los de India, Turquía y Namibia.

1. El caso del buque “Xiang-Cheng”⁵²

a) Identificación del derecho material aplicable

El caso refiere a un contrato de transporte marítimo en una exportación de Uruguay a China. El transportador demandado recibió 109 bultos con lana y nunca los entregó en destino, por lo que se le reclamó la indemnización correspondiente.

Siendo el lugar de cumplimiento la República Popular China, el art. 2399 Código Civil uruguayo nos remitía al derecho chino, por lo que se agregaron los textos legales chinos autenticados además de profusa documentación y opiniones periciales.

Ambas partes coincidieron en que, de acuerdo con el art. 525.3 CGP, la ley extranjera debía aplicarse como lo harían **"los tribunales del Estado a cuyo derecho pertenezca la norma respectiva"**.

En consecuencia, ante un tribunal chino habría sido válida la remisión del conocimiento de embarque a la Convención de Bruselas de 1924, siendo por tanto ésta el derecho aplicable (material supranacional), y no el derecho interno chino. Tal remi-

⁵² Ver las sentencias N°42/94 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17° Turno y N°8/96 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno; Consulta del Prof. Dr. Didier Operti Badán, “Ley aplicable y pautas para la aplicación de un derecho extranjero”; y Nota de jurisprudencia de la Prof. Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, “Aplicación de derecho extranjero: sentido y alcance del art. 525.3 C.G.P.”, en la *Revista de Transporte y Seguros* N° 10, págs. 99 a 115, 100 a 110 y 116 a 124 respectivamente. También puede verse el caso “*La Mannheim v. Uniglory Marine Corp.*” (buque Uniforward), Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil 1°, sent. N° 8, 4/04/97 (Simón), revocada por el Tribunal de Apelaciones Civil 3°, sent. N° 171, 15/09/99 (Minvielle, Klett, Chalar), *Revista de Transporte y Seguros* N° 13, caso 257. Como jurisprudencia más antigua, puede verse el conocido caso “Corrit”, en la *R.U.D.I.* N° 4, 1975-1976, dedicada íntegramente al mismo, que por su extensión resulta imposible analizar aquí.

sión es válida, en nuestro derecho, en función de la autorización dada por la parte final del art. 2403 que permite actuar a la voluntad de las partes "**dentro del margen que le confiere la ley competente**" (en este caso, la ley China).

b) ¿Cómo debe interpretarse el derecho extranjero aplicable?

El demandado sostuvo que, a pesar de que no fuera aplicable el derecho interno chino, debía darse preeminencia a la interpretación de los jueces chinos respecto a la mencionada Convención, sin importar que la misma contradijera la interpretación generalmente admitida por la jurisprudencia internacional dominante, compartida por la jurisprudencia uruguaya.

El actor sostuvo que si aplicar el derecho chino tal como lo harían los jueces de ese país nos llevó a un sistema jurídico que no es el chino (la Convención de Bruselas de 1924), debía darse preeminencia a la interpretación internacional dominante sobre dicha convención.

Opertti sostuvo en la consulta citada:

- * El sistema legal chino es de tipo continental y la jurisprudencia no es obligatoria para los propios jueces chinos.
- * El juez uruguayo no estaría obligado por los precedentes más de lo que estaría el propio juez chino.
- * **"El juez uruguayo no está obligado a desconocer una norma precisa y clara** como el art. 9º de la C. de Bruselas, porque ciertos fallos chinos lo hubieren hecho, pues esto sería tanto como convalidar el error o, simplemente, adoptar un criterio que iría contra la letra de la convención, y por cierto contrariaría la propia jurisprudencia nacional e internacional, sin razones jurídicas que lo justificaran."

c) La posición de los tribunales uruguayos

Los magistrados actuantes en primera⁵³ y segunda⁵⁴ instancia sostuvieron, sintéticamente:

- Que el derecho aplicable inicialmente era el derecho chino, en virtud de la remisión que a la ley del lugar de cumplimiento hace la norma de conflicto aplicable (art. 2399 C.Civ.).
- Que el derecho chino admite la autonomía de la voluntad, facultando por tanto a las partes a designar en el contrato el derecho que ellas eligen para regular al mismo.
- Que esta elección fue plasmada en la cláusula 3ª del conocimiento de embarque de COSCO⁵⁵, que se remite a la Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque.
- Que si el derecho material aplicable fuera derecho material chino de fuente interna, deberíamos aplicarlo como lo harían los jueces chinos. Respecto al derecho chino de fuente interna, los jueces chinos son **"los tribunales del Estado a cuyo derecho pertenece la norma respectiva"**.

⁵³ Dr. Tabaré Sosa Aguirre

⁵⁴ Dr. Oscar Darío Peri Valdez, Dr. Julio César Chalar y Dr. Jorge Ruibal Pino

⁵⁵ China Ocean Shipping Company (COSCO) era la empresa demandada.

- Pero habiéndose acreditado que el derecho aplicable admitía la autonomía de la voluntad (y esta resulta válida de acuerdo a la expresión final del art. 2403 "dentro del margen que le confiere la ley competente"), el punto de conexión pasa a ser la voluntad de las partes. Y esta no nos remite al derecho chino sino a una norma material supranacional (la Convención de Bruselas de 1924) que China ni siquiera ratificó.
- Entonces lo que importa es la jurisprudencia de **"los tribunales del Estado** (de los Estados) **a cuyo derecho pertenece la norma respectiva"**. Y estos son los tribunales de los países ratificantes de la norma, a la que sin duda quisieron remitirse las partes cuando eligieron esa norma material no china para regular su relación contractual.
- Que en consecuencia, en este caso no tiene sentido plantearse cómo interpretarían los jueces chinos a esa norma material que no pertenece al derecho positivo chino.

d) Valor de la jurisprudencia china respecto a la Convención de Bruselas de 1924

El demandado sostuvo que la jurisprudencia china habría aplicado un límite de responsabilidad fijado en una suma mínima en moneda china y no las 100 libras oro de la Convención de Bruselas.

El centro de la alegación del demandado refirió al art.2º de la Convención de Normas Generales de la CIDIP (Montevideo 1979), que dice que el derecho extranjero debe aplicarse **"tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable"**, cuando la referencia correcta debió hacerse al art. 525.3 CGP, que es la norma de derecho positivo (nacional de fuente interna) vigente que obligaba a los jueces en el caso, ya que China no es parte de la Convención Interamericana referida.

El art. 525.3 CGP nos remite **"los tribunales del Estado a cuyo derecho pertenece la norma respectiva"**. Parece evidente que la **"norma respectiva"** (art.9º de la Convención de Bruselas) en el caso, no pertenece al derecho chino.

En cambio, el art. 2º de la CNG usa una expresión (**"tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable"**) que puede mover a confusión:

*) Podría entenderse (erróneamente) que el **"derecho (que) resulte aplicable"** fuera el derecho referido en la remisión original del art. 2399 C.Civ. (el derecho Chino).

**) O podría entenderse que el texto se refiere al derecho aplicable por la elección de las partes, vía autonomía de la voluntad permitida por el derecho chino e indirectamente por la parte final del art. 2403 C.Civ.

Parece evidente que, como lo entendió nuestra jurisprudencia, la opción correcta es la segunda. El art. 525.3 CGP usa una expresión con la que no hay confusión posible: **"los tribunales del Estado a cuyo derecho pertenece la norma respectiva"**.

Si las partes hubieran elegido el derecho inglés, sin duda la remisión obligaría a aplicarlo como lo hacen los tribunales ingleses. Sería abiertamente contrario al texto legal, pretender que la remisión fuera al derecho inglés pero a la interpretación de los jueces chinos sobre el derecho inglés.

Mientras la expresión de la CIDIP al referirse al **"Estado cuyo derecho resulte aplicable"** podría mover a error y hacernos pensar que pudiera estar refiriéndose (en este caso) al derecho chino, la expresión del art. 525.3 CGP no deja ninguna duda.

Ahora bien, entendemos que **no hay dos normas con diverso sentido y que el CGP sólo intentó incorporar a nuestro derecho positivo - y no modificar - los principios recogidos en la Convención de Normas Generales de la CIDIP** y la exposición de motivos del CGP lo confirma expresamente.

e) Valor de los documentos que se agregan sobre la interpretación del derecho extranjero

Aguilar Navarro⁵⁶ dice que los certificados, "que pueden ser de expertos, de autoridades o de cónsules..., en ningún caso se imponen imperativamente al Juez y siempre el carácter contradictorio del proceso (nota esencial en muchos sistemas como señala Rigaux) permite a las partes criticarlos, impugnarlos, etc., de lo cual se deducen aportaciones muy sustanciosas para el mejor conocimiento que corresponde al Juez".

En el caso que se comenta, no se demostró que los tribunales chinos hubieran interpretado la Convención de Bruselas de la forma pretendida por el demandado; pero aunque se hubiera acreditado semejante posición jurisprudencial en China, ésta no sería obligatoria para el Juez del foro.

Primero, porque la norma del art. 525.3 CGP nos remite a la interpretación de los tribunales de los Estados ratificantes, que son aquellos a los que la norma a aplicar pertenece.

Y segundo, porque aún si nos remitiéramos a la interpretación de los tribunales chinos, ello podría valer respecto a puntos discutibles, pero no respecto a un punto claro, en el que los tribunales chinos se negaran a aplicar la norma.

f) "Libertad del juzgador"

Debe anotarse además que aún dando por supuesto que debiéramos remitirnos en el caso, a la jurisprudencia china y no a la jurisprudencia de los países ratificantes de la Convención de Bruselas (Estados a cuyo derecho pertenece la norma), tal jurisprudencia -y su supuesta negativa a aplicar una norma clara- no sería obligatoria en forma absoluta.

Debe tenerse presente que estos criterios, como aclara Ortiz de la Torre⁵⁷, "**... no excluyen totalmente la libertad del juzgador en la interpretación de las normas extranjeras**". Y agrega: "... el problema de la ley extranjera presenta una serie de facetas que es preciso señalar. Es posible que el Tribunal Supremo extranjero no se haya pronunciado nunca sobre el caso debatido, y exista jurisprudencia de tribunales de inferior grado, y en este caso que esta jurisprudencia sea discrepante. Aquí surge el primer problema para el Juez; dos soluciones serían posibles, o bien no tener en cuenta dicha jurisprudencia contradictoria y pasar a interpretar el Derecho extranjero con toda libertad, o bien, inclinarse por el sector jurisprudencial más afín al criterio interpretativo personal del juzgador."

También puede pasar que el sistema jurídico del país a cuyo derecho nos estamos remitiendo, sea de **no obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales**. Como lo señala Opertti en la consulta citada, "los propios jueces chinos no están obligados entre

⁵⁶ Aguilar Navarro, Derecho Internacional Privado, Vol I., tomo II, Parte Segunda, Segunda Reimpresión de la 3a. Edición. Ed. Universidad de Madrid. Madrid 1982 pág. 266.

⁵⁷ Ortiz de la Torre, Derecho Internacional Privado, Parte General, Vol. II, Técnica Aplicativa de la Regla de Conflicto, 2ª Edición, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1990, pág. 227.

sí por el sistema jurídico de precedentes...". En esta hipótesis la fuerza de los precedentes (más cuando son confusos, y no tratan más que lateralmente el tema en cuestión) es relativa y no obligatoria. Agrega Operti: "El juez uruguayo dispone, de suyo, de por lo menos igual libertad para fallar que el juez chino, pero en ningún caso menor a la de éste."

En el mismo sentido Zajtay⁵⁸ afirma que aún en los casos en que la interpretación de la norma aplicable no es controvertida en su país de origen, **la obligación para el juez del foro no es absoluta**. Sostiene que la aplicación del derecho extranjero no es una función judicial diferente a la de la aplicación de la lex fori: no es un procedimiento mecánico donde no tiene lugar la interpretación de la norma extranjera aplicable por el juez del foro y no implica una adopción incondicional de las soluciones de los tribunales extranjeros.

Reconoce Zajtay que el juez del foro no debe apartarse sin motivo grave de la práctica extranjera, pero considera que debe permanecer consciente de su responsabilidad.

El mismo razonamiento es desarrollado por Aguilar Navarro⁵⁹, quien luego de sostener el criterio compartido por ambas partes en este juicio de que **"hay que aplicar la norma extranjera tal como se aplicaría por sus propios tribunales"**, afirma: "La firmeza de este criterio no significa la exclusión de dificultades. Por consideraciones muy complejas no puede encadenarse al foro dentro de este principio. **El foro tiene que poseer una libertad de apreciación en función de su misión relevante en el Derecho internacional privado.**" (...)

"Tampoco puede tomarse al pie de la letra la reiterada afirmación de que la norma extranjera debe aplicarse como lo sería si fueran los tribunales del ordenamiento reclamado los que procedieran a semejante aplicación."

"Toda norma material extranjera, al aplicarse fuera de su propio ámbito competencial, sufre una relativa transformación, se colorea, hasta cierto punto, según los rasgos dominantes en el ordenamiento de foro. Sólo en casos de **extremada pureza y simplicidad puede decirse con total exactitud que la norma extranjera ha sido aplicada de idéntica forma y con semejantes procedimientos e igual resultado que en el caso de ser aplicada por sus tribunales**".

Como muy bien sostiene el Prof. Dr. Operti en la consulta agregada:

⁵⁸ Zajtay, "Le Traitement du droit étranger dans le procès civil. Etude de Droit Comparé.", pág. 275, sostiene textualmente:

"...même dans les cas où l'interprétation de la règle applicable n'est pas controversée dans son pays d'origine, l'obligation pour le juge du for de la suivre n'est pas absolue." Y agrega: "Les exceptions qui viennent d'être évoquées confirment que l'application du droit étranger n'est pas une fonction judiciaire différente de celle de l'application de la lex fori: elle n'est pas, notamment, un procédé mécanique où il n'y aurait plus de place à l'interprétation de la règle étrangère applicable par le juge du for, et elle ne comporte pas une adoption inconditionnelle des solutions des tribunaux étrangers. Certes, le juge du for ne doit pas s'écarter sans raison grave de la pratique étrangère, mais il n'en est pas moins certain qu'il doit rester conscient de sa responsabilité. Pillet écrit à ce sujet en 1892: "Le juge, lorsqu'il applique la loi étrangère, rend la justice; et la rend sous sa propre responsabilité et à l'aide de ses propres lumières. La loi étrangère devient sa propre loi lorsqu'il se voit obligé de l'appliquer, et dès lors il manquerait au premier de ses devoirs s'il consacrait de son autorité une interprétation, si répandue soit-elle, qu'il juge contraire à la vérité et incompatible avec la justice" (PILLET, Clunel, 1894.164)".

⁵⁹ Aguilar Navarro, op.cit. pág. 249.

"El Juez uruguayo no está obligado a desconocer una norma precisa y clara como el art. 9 de la C. de Bruselas, porque ciertos fallos chinos lo hubieren hecho, puesto esto **sería tanto como convalidar el error** o, simplemente, adoptar un criterio que iría contra la letra de la Convención y por cierto contrariaría la propia jurisprudencia nacional e internacional, sin razones jurídicas que lo justificaran".

Una cosa es el atender a variaciones interpretativas sutiles, en problemas discutibles que pueden ser opinables y en los que la posición de los jueces del país cuya ley sea aplicable es relevante. Y otra cosa es que se pueda desconocer un texto claro de la Convención que resulta aplicable porque se alegue que en algunas sentencias del país remitido los jueces se niegan a aplicarlo.

Si la ley es clara, el juez debe aplicarla según su tenor literal y no puede desatenderlo para consultar su espíritu o con la excusa de que los jueces de otro país no la obedecen.

g) La justicia en el caso concreto

La Sentencia comentada además tiene la virtud de realizar el valor "justicia en el caso concreto", que ha adquirido una importancia radical en las más modernas corrientes jusprivatistas.

Resulta compartible la afirmación de Aguilar Navarro⁶⁰: "El Derecho internacional privado no es indiferente, ni tampoco marginal con respecto al resultado material, la justicia sustantiva."

Y en el mismo sentido afirma Zajtay⁶¹: "La aplicación de la *lex fori* o del derecho extranjero es un medio y no un fin; el fin es la solución del litigio conforme a ciertos principios de derecho".

Esta tendencia a flexibilizar la aplicación mecánica del sistema de conflicto, ha culminado en la formulación del art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979, ratificada por Uruguay), que obliga al juez a aplicar en forma armónica las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica.

Para ello le indica dos criterios o caminos a seguir: a) en primer lugar, **el juez deberá tratar "de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones"**.

Se percibe aquí claramente la influencia de Currie, quien hace hincapié en el hecho de que cada Estado tiene interés en que las políticas que subyacen a sus normas se hagan efectivas⁶². Si vamos a la finalidad perseguida por la ley material interna china vigente en la fecha de ejecución del contrato de autos (en la especie, la Ley de Contratos Económicos, de 1982, art. 41), la misma no establece límites legales de responsabilidad para los transportistas (posteriormente el Código Marítimo Chino de 1993 varió esta solución).

En ello el derecho chino vigente en el momento del contrato era idéntico al uruguayo (Código de Comercio) que tampoco establece ninguna limitación legal.

Por su parte la finalidad perseguida por la Convención de Bruselas fue prohibir los abusos cometidos en los formularios de conocimiento de embarque en boga en la

⁶⁰ Aguilar Navarro, op. cit. pág. 252.

⁶¹ Zajtay, op.cit., pág. 272.

⁶² Scoles & Hay, Conflict of Laws, West Publishing Co., 1982, p. 17.

época, en los que se establecía la irresponsabilidad del armador ya sea directamente o por la vía de fijar límites irrisorios.

Así que difícilmente se podría fundar una interpretación que concluyera en la irresponsabilidad virtual (vía admisión de una responsabilidad limitada a sumas irrisorias) en la invocación de las finalidades buscadas por los sistemas jurídicos y derecho positivos en juego.

b) En segundo lugar, el art. 9, inc. 2 de la Convención sobre Normas Generales establece que **"Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto."**

Esta solución, que forma parte desde 1979 de nuestro sistema jurídico vigente, evidencia la influencia de Cavers, quien criticaba la aplicación mecánica y ciega del sistema de conflicto, propugnando la necesidad de evaluar los resultados a que conduciría esa aplicación, "desde el punto de vista de la justicia entre los litigantes o ... de consideraciones más amplias de política social"⁶³.

Es de toda evidencia que no sería justo que quien debe no pague, amparándose en una cláusula unilateralmente impuesta por él mismo, fijando límites irrisorios de responsabilidad. En el caso que se comenta, la pretensión de pagar una suma irrisoria era inaceptable desde el punto de vista lógico y contraria a derecho (contraria al tenor literal claro del art. 9º de la Convención y a la nulidad expresamente sancionada por la el art. 3º inc. 8º). Pero también colidía abiertamente con la justicia sustantiva en el caso concreto. Parece evidente que esta consideración, aunque no está explícita, debe haber pesado en el ánimo de los redactores de los fallos comentados.

BIBLIOGRAFIA:

Actas y Tratados del Congreso Internacional Sud-Americano de Montevideo, 1889.

ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Ed. Ideas, Montevideo, 1982.

AGUILAR NAVARRO, Mariano, *"Derecho Internacional Privado"*, Vol. I, T. II, Parte 2ª, 2ª reimpresión a la 3ª Ed.; Univ. de Madrid, Fac. de Derecho, Secc. Publicaciones. Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *"Curso de Derecho Internacional Privado"*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1991.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Parte General, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2004, pp. 235-268

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "Informe sobre la Conferencia sobre el Acceso al Derecho Extranjero en Materia Civil y Comercial", en el blog de ASADIP, www.asadip.org

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "Proof of and Information about Foreign Law - National Report – Uruguay", International Academy of Comparative Law, XIX International Congress of Comparative Law, Vienna, 2014 (en edición)

GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5ª Ed., Buenos Aires, Depalma, 1985

GOLDSCHMIDT, Werner, "Normas Generales de la CIDIP-II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano", en *Anuario Jurídico Interamericano 1979*, Washington, OEA, pp. 141-155

⁶³ Scoles & Hay, *Conflict of Laws*, West Publishing Co., 1982, p. 28.

HERBERT, R., *Curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República entre los años 1984 y 1992* (inédito).

OPERTTI BADÁN, Didier, "*Exhortos y embargos de bienes en el extranjero*", 1976.

OPERTTI BADÁN, Didier, "Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre D.I.Pr.", V. II

PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)", en *Anuario Jurídico Interamericano 1979*, Washington, OEA, pp. 157-186

RAMÍREZ, Gonzalo, *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario*, Ed. Félix Lajouane, 1888.

Revista Uruguaya de Derecho Internacional (R.U.D.I.), N° 4, 1975-1976, Mdeo., 1976.

Revista de Transporte y Seguros N° 10, 1997, Montevideo, FCU.

RIGAUX, François, "*Derecho Internacional Privado. Parte General*", Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1985.

RUIZ DÍAZ LAMBRANO, Roberto, "*La aplicación de las leyes extranjeras y su efecto frente al derecho*", Intercontinental Editora, Asunción, 1992.

SCOLES & HAY, *Conflict of Laws*, West Publishing Co., 1982

SOLARI BARRANDEGUY, Marcelo, "El derecho extranjero y su tratamiento procesal en el sistema de derecho internacional privado uruguayo", *R.U.D.I.* N° 4.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "Aplicación, tratamiento e información del derecho extranjero y su regulación en nuestro derecho internacional privado de fuente convencional y nacional", en *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, Ed. Amalio M. Fernández, 1982.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "Aplicación e información del Derecho Extranjero", en *Derecho Internacional Privado*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2010, pp. 167-201

YASSEEN, Mustafa Kamil, "Problèmes relatifs à l'application du droit étranger", *Recueil des Cours*, Vol. 106, 1962, pp. 499-596

ZAJTAY, Imre, "Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit comparé", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1968, N° 2.

Meeting Report, Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters, www.hcch.net