

Aplicación e información del Derecho extranjero en el ámbito interamericano y mercosureño con especial referencia al Derecho uruguayo

Autor: Eduardo Tellechea Bergman

Professor Titular da Cátedra de Direito Internacional Privado e Diretor do Instituto de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidad de la República (Uruguai), Diretor da Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay

Publicado na Edição 25 - 29.08.2008

Sumario: I Consideraciones generales. II Soluciones actuales. II.I Las Convenciones Interamericanas. 1 Aplicación de la norma extranjera. 1.1 Aplicación temporal. 1.2 Su eventual inconstitucionalidad de acuerdo al ordenamiento jurídico al que pertenece. 1.3 La obligación de aplicar el Derecho extranjero y la pretendida excepción de la falta de conocimiento de su contenido: a) no probada la ley extranjera, debe absolverse al demandado, b) aplicación de la ley del foro, c) búsqueda de una legislación que se asemeje a la desconocida, d) aplicación de los "principios comunes a las naciones civilizadas", e) nuestra posición. 1.4 La jurisprudencia uruguaya y la aplicación del Derecho extranjero. 1.5 El art. 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y el reenvío. 2 Recurribilidad de los fallos dictados en error del Derecho extranjero. 3 Información del Derecho extranjero. 3.1 Medios de información. 3.2 Autoridades legitimadas para solicitar la información. 3.3 El papel de las Autoridades Centrales. 3.4 Contenido de las solicitudes de información. 3.5 Diligenciamiento de las solicitudes. 3.6 Excepciones a la obligación de respuesta. 3.7 Efectos de la respuesta. II.II Otras regulaciones convencionales en la materia. 1 Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión 05/92, Capítulo VII, "Información del Derecho extranjero", arts. 28 a 30. 2 Convenios bilaterales concluidos por Uruguay. II.III Normas de fuente nacional uruguaya, Código General del Proceso.

I Consideraciones generales

El actual desarrollo de las relaciones privadas internacionales y su mayoritaria regulación por textos convencionales y de fuente nacional que responden a una metodología conflictualista, determina un alto número de situaciones jurídicas vinculadas a la aplicación del Derecho

extranjero. Cuestión que plantea interrogantes básicas referidas a como dicho Derecho deberá traerse a juicio, como deberá ser interpretado, la recurribilidad de los fallos dictados en tales casos y de qué modo los tribunales y otras autoridades de un Estado pueden informarse del Derecho de los demás.

A nivel interamericano y del Derecho Internacional Privado uruguayo de fuente nacional, se acoge la denominada concepción moderna, que a diferencia de la postura tradicional,(1) supone la aplicación de oficio del Derecho extranjero del modo como lo harían los tribunales del país de origen de dicho Derecho.(2)

Esta concepción renovadora reconoce en el ámbito regional, el antecedente del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado obra del jurista uruguayo Gonzalo Ramírez, precedente directo de las soluciones de los Tratados de Montevideo de 1889, cuyo artículo 94, disponía: "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 tales leyes".(3) Posición que abreva en conceptos nuevos para la época, plasmados por la jurisprudencia alemana de 1868 del Tribunal Superior de Comercio(4) y recogidos luego por la legislación de tal origen en la ZPO de 1877, párrafo 293.(5) El Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Hamburgo de 1891 acoge estos desarrollos y señala que: "en el estado actual del derecho y las relaciones internacionales y en presencia del gran número de leyes elaboradas en los países civilizados, las pruebas de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes".(6)

A nivel de regulaciones regionales clásicas en materia de DIPr., los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940, arts. 2 de ambos, reciben la aplicación de oficio, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada y en solución congruente con la anterior, confieren contra las sentencias dictadas en tales situaciones todos los recursos acordados por las leyes procesales del lugar del juicio para los casos resueltos de acuerdo a sus propias normas, art. 3. Los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940, si bien utilizan la expresión "ley", corresponde interpretar la misma en el sentido de Derecho aplicable, incluyendo en consecuencia otras fuentes de Derecho, tales, la jurisprudencia y, en su caso, la costumbre, tal como ya señalara Q. Alfonsín.(7)

En cuanto al conocimiento del Derecho de un Estado por los tribunales de otros, los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940, arts. 5 y 6 respectivamente, establecen la obligación para cada país de remitir a las otras Partes, dos ejemplares auténticos de sus leyes

vigentes y de aquellas que posteriormente sancionen. Procedimiento que en la práctica se vio frustrado por la inexistencia en la época de órganos especializados encargados de la información del Derecho.

La otra gran codificación continental tradicional sobre Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante de La Habana de 1928, también consagra la aplicación preceptiva de la norma extranjera, art. 408, y el derecho de la parte que la invoque o disienta de ella de justificar su texto, vigencia y sentido, art. 409, y en materia de recurribilidad, dispone la procedencia del recurso de casación o "institución correspondiente", ante casos de "infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto al derecho nacional", art. 412.**(8)** Para las hipótesis de ausencia o insuficiente información sobre el Derecho extranjero aplicable, el tribunal interviniente es autorizado a solicitar, vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate informe sobre su texto, vigencia y sentido, art. 410; disposición que de algún modo prefigura la concepción de que el Derecho extranjero debe aplicarse con el sentido que le otorga el ordenamiento al que pertenece, posteriormente acogida por la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979, art. 2. A los efectos indicados, los Estados se obligan a suministrarse información, en el menor tiempo posible, la que deberá proceder de su Tribunal Superior o de sus Salas o Secciones, del Ministerio Público, o del Ministerio o Secretaría de Justicia, art. 411.

La doctrina latinoamericana más prestigiosa previa a las soluciones consagradas por las Convenciones Interamericanas fue coincidente con los desarrollos expuestos. En Uruguay, con posterioridad a Gonzalo Ramírez, Rafael Gallinal afirmaba en 1916, "parece evidente que la ley extranjera no puede ser considerada como un hecho, sino que debe serlo como el derecho según el cual el juez debe decidir".**(9)** Posición que en los años cincuenta desarrolla Q. Alfonsín con sólida argumentación,**(10)** constituyendo su pensamiento importante precedente considerado por la doctrina nacional en ocasión de analizar el tema con vistas a la CIDIP II.**(11)**

En la misma época, en Argentina, el pensamiento iusprivatista internacional de Goldschmidt hace escuela**(12)** y en las "Jornadas de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad de Belgrano", en 1971, se concluye: "es deseable por ser justa, la aplicación de oficio de la ley extranjera competente".**(13)** En Brasil, Haroldo Valladao señala, "la aplicación de ese derecho – por el extranjero – se hará como derecho en su totalidad";**(14)** posición compartida en Venezuela por G. Parra Aranguren, J. Sánchez Covisa y Roberto Goldshmidt en su "Proyecto de Normas de Derecho Internacional Privado,**(15)** así como por el colombiano Monroy Cabra.**(16)**

Tal, el estado del Derecho convencional y de la doctrina de la región al abordarse el tratamiento de la materia por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, CIDIP II.(17)

II Soluciones actuales

II.I Las Convenciones Interamericanas

La codificación de los principios generales de Derecho Internacional Privado iniciada a nivel regional, en lo que hace a textos efectivamente entrados en vigor, con el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889,(18) alcanza su culminación con la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado,(19) aprobada por Uruguay por Decreto – Ley 14.953 del 12.11.1979, que en sus artículos 2 y 4 atiende específicamente lo atinente a la aplicación del Derecho extranjero y la recurribilidad de las sentencias dictadas en tales casos. En tanto que lo referido al conocimiento del Derecho foráneo es regulado por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero, también aprobada por la CIDIP II.(20)

1 Aplicación de la norma extranjera

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado al disponer en el art. 2, “Los jueces y autoridades de los Estados estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable..”, si bien no utiliza la expresión “de oficio”, consagra indubitablemente su aplicación preceptiva en coincidencia con sus precedentes directos, los arts. 2 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940 y 408 del Código de Bustamante, así como el art. 3 del Proyecto de Convención elaborado por el Comité Jurídico Interamericano el 24.1.1978 como documento preparatorio de la CIDIP II(21) y los criterios acordados por las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional celebradas en Montevideo en octubre de 1978 con finalidad de aunar posiciones con miras a la CIDIP II.(22) Alcance del art. 2 de la Convención, avalado tanto por el “Informe del Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión II de la Conferencia”, Dr. Mac Lean Ugarteche, Delegado de Perú,(23) como por el Presidente de dicha Comisión, Dr. Gonzalo Parra Aranguren, Delegado de Venezuela, que al respeto resaltara el consenso alcanzado “acerca del deber de juez de investigar y aplicar de oficio el derecho extranjero que resulte competente por mandato de la

respectiva norma de Derecho Internacional Privado”.**(24)** Interpretación del alcance del artículo confirmada por la pacífica aceptación de su tenor por los Delegados de países que como Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela, sostuvieran firmemente en la Conferencia la aplicación de oficio del Derecho foráneo.

En cuanto al alcance a otorgar a la expresión “derecho” utilizada por el art. 2, surge del “Informe del Relator de la Comisión II”, Dr. Opertti, que el término fue empleado en sentido amplio, comprensivo no sólo de las normas escritas sino de todas las fuentes jurídicas de un ordenamiento,**(25)** tal como propusiera al respecto la “Recomendación 5” de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional.**(26)**

Este deber de las autoridades respecto a la aplicación del Derecho extranjero, no inhibe la facultad de las partes de “alegar y probar” la “existencia y contenido” del mismo. Actividad informativa que no corresponde interpretar como sinónimo de una potestad probatoria capaz de restringir los parámetros dentro de los cuales puede moverse el magistrado, que siempre será titular del poder – deber de identificar y aplicar el Derecho llamado a regular la situación jurídicamente relevante llevada a su conocimiento.

Respecto al mandato de aplicar la norma ajena “tal como lo harían – con el sentido y el alcance – los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable”,**(27)** debe tenerse presente en relación a países en los que su ordenamiento no consagre la obligatoriedad del precedente judicial, que los tribunales del Estado aplicador no deben conferir a las decisiones judiciales del ordenamiento de origen de la norma mayor autoridad que las que ellas tienen en dicho país,**(28)** por lo que corresponde concluir que el magistrado posee respecto al Derecho ajeno una libertad interpretativa no inferior a los tribunales del Estado al que dicha norma pertenezca. Al respecto, en un caso de aplicación por tribunales uruguayos de Derecho chino, Opertti ha sostenido: “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”:**(29)** Posición que compartimos y que enunciáramos hace ya años en nuestra obra “Tratamiento e información del Derecho extranjero”,**(30)** al señalar: “El magistrado al interpretar la norma ajena, si bien debe atenerse a las pautas proporcionadas por el derecho referido sin poder alterar la jurisprudencia existente, no es un copista, sino que realiza una actividad necesariamente valorativa ...”. “Esta necesidad de valorar la solución más adecuada se acentúa en el caso de que el sistema jurídico remitido esté fundado en un régimen de libertad jurisprudencial, donde de existir diversas soluciones respecto a una misma cuestión, la posibilidad de opción del foro será ciertamente aún mayor”, pues como dice Aguilar Navarro,**(31)** “el juzgador si bien debe afanarse por alcanzar una

interpretación conforme con la que domina en el ordenamiento extranjero, ello no le priva de libertad de apreciación ...”.

1.1 Aplicación temporal

La afirmación del art. 2 de la Convención de Normas Generales en el sentido de que el Derecho extranjero debe aplicarse tal como lo harían los tribunales del país de origen, conduce como consecuencia a que los conflictos de Derecho transitorio del ordenamiento al que remite la norma de conflicto deban resolverse de acuerdo a lo resuelto por dicho Derecho.**(32)** Afirmación de la que únicamente exceptuamos los casos en los que la conexión de la norma de Derecho Internacional Privado refiera claramente a un determinado momento. Algunos desarrollos doctrinales, como el de Szaszy, sostienen empero un criterio diferente y señalan que cuando la norma de conflicto remite a una ley extranjera, debe entenderse que únicamente refiere a las normas materiales, por lo que corresponde rechazar tanto el reenvío en el espacio, cuanto en el tiempo. Consideramos al respecto que además de la tendencia actual a la recepción del instituto del reenvío espacial en determinadas circunstancias, de hacerse un enfoque en profundidad del reenvío espacial y el temporal, se aprecian importantes diferencias existentes entre ambos, ya que, vr. gr., en el último no se produce la denominada “raquette”.

El tema se torna aún más complejo, en hipótesis en las que el Derecho vigente al momento del nacimiento de una relación jurídica sea sustituido a raíz de bruscos cambios institucionales de los que emerjan gobiernos no reconocidos por el Estado al que pertenezca el foro actuante. Una posición ha sostenido que si un Gobierno no es reconocido, sus leyes no deben ser aplicadas. Creemos que tal criterio no es de recibo, ya que una cosa es el reconocimiento de un Gobierno extranjero, acto político de competencia del poder Ejecutivo, y otra, la aplicación de sus leyes, cuestión cuyo análisis ha de corresponder a los tribunales.**(33)** Las disposiciones de Derecho transitorio de la legislación extranjera entendemos que únicamente corresponderá dejarlas de aplicar, cuando sus soluciones fueren consideradas por el foro actuante como contrarias a su orden público internacional.

1.2 Su eventual inconstitucionalidad de acuerdo al ordenamiento jurídico al que pertenece

La declaración de inconstitucionalidad de una ley, decisión a la vez que jurídica, de índole política, como precisa Aguilar Navarro,**(34)** a nuestro entender determina que aún cuando el ordenamiento de origen autorice a cualquiera de sus magistrados a declararla, el juez extranjero sólo podrá y deberá hacerlo, cuando los tribunales de

aquel país la hubieran proclamado ya con carácter general, ya con alcance particular, a condición en este último caso, que la jurisprudencia extranjera resulte homogénea. La "Recomendación 7ma." de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional en el tema "Prueba del Derecho Extranjero e Información sobre Normas Jurídicas en los Países Americanos", proclama en el sentido expuesto: "en la aplicación de la ley extranjera deberá estarse respecto a su interpretación, constitucionalidad, aplicación temporal y en todos los demás aspectos, a las soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece".

Situación distinta es la que se plantea si el Derecho extranjero señalado por la norma de conflicto afectare concretamente básicos principios constitucionales del ordenamiento del foro actuante, caso en el cual el magistrado deberá necesariamente tutelar tales valores a través de la invocación de la excepción de orden público internacional, definida con carácter general por la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr., art. 5,(35) y a nivel de normas de fuente nacional uruguaya, por los arts. 2404 del Apéndice del Título Final del Código Civil y 525.5 del Código General del Proceso.

1.3 La obligación de aplicar el Derecho extranjero y la pretendida excepción de la falta de conocimiento de su contenido

Dificultades atinentes a una adecuada información del Derecho foráneo aplicable,(36) han determinado distintas posiciones elaboradas a partir de la premisa de su falta de conocimiento:

a) No probada la ley extranjera, debe absolverse al demandado

La construcción afirma que de no lograr el conocimiento del Derecho ajeno, el Juez debe rechazar la demanda o la excepción fundada en él. Posición sostenida tanto por quienes conciben la ley extranjera como un hecho y en consecuencia concluyen que a falta de prueba de su contenido el juez debe absolver, cuanto por quienes como Morelli,(37) afirman que el rechazo de la demanda es consecuencia de la imposibilidad de dictar sentencia a causa de la ausencia de la premisa mayor del silogismo judicial, punto de vista también sostenido por Miaja de la Muela y Gutiérrez de Cabiedes, quienes la consideran la solución menos perturbadora.(38) Criterio asimismo acogido en distintos fallos por la jurisprudencia estadounidense.(39)

Creemos que esta posición debe ser desechada tanto por llevar a verdaderas denegaciones de justicia, cuanto por ser jurídicamente

errónea, ya cuando se funda en la atribución de naturaleza fáctica al Derecho extranjero, ya cuando reconociéndole índole jurídica, no se atiende a las consecuencias derivadas de ello. Si el Derecho extranjero es Derecho, el principio *iuria novit curia*, con las particularidades propias a estos casos, impone el ineludible deber de investigar de oficio la norma aplicable, por lo que no resulta aceptable en nuestra época y con los medios informativos existentes, alegar su ignorancia.(40)

b) Aplicación de la ley del foro

Es la posición más frecuente en casos de desconocimiento del contenido del Derecho extranjero.(41) Nussbaum indica que constituye la solución preferible, pues evita tener que rechazar la demanda(42) y Zajtay expresa que la aplicación subsidiaria de la *lex fori* es la respuesta más práctica, pues asegura un procedimiento uniforme y previsible para las hipótesis en las que el Derecho extranjero competente no pueda ser determinado.(43) H. Batiffol funda esta posición al considerar que la aplicación de la ley extranjera es excepcional y en consecuencia cuando no fuere conocida, debe aplicarse la ley local, agregando que la aplicación de la legislación del foro es el criterio preferible pues evita tener que rechazar la demanda.(44)

Frente a estas concepciones entendemos que encontrándose obligado el magistrado no sólo a fallar, sino hacerlo de acuerdo a Derecho, si éste consiste en una norma foránea, es ella la que necesariamente debe regular el caso y no una disposición local con la que únicamente en contadas ocasiones aquella habrá de coincidir.

c) Búsqueda de una legislación que se asemeje a la desconocida

Wolf se inscribe en esta corriente, sosteniendo que si la ley extranjera no puede ser conocida, debe buscarse una regulación que guarde con ella la máxima similitud.(45) Argumentación ingenua, ya que si no se conoce el contenido de una disposición, mal se puede buscar otra que se le asemeje, por lo que en la práctica se corre el riesgo de aplicar normas sin verdadera identidad sustancial con la que se busca suplir.

d) Aplicación de los "principios jurídicos comunes a las naciones civilizadas"

Más allá de lo poco feliz de la enunciación de esta posición, que intenta distinguir entre naciones civilizadas y las que no lo son, y lo discutible de los parámetros que pueden servir para realizar tal distinción en un mundo multicultural y consecuentemente regido por

distintos sistemas jurídicos, la idea de aplicar principios jurídicos básicos de común aceptación por los diferentes sistemas normativos – culturales, si bien puede resultar atendible para el tratamiento de ciertas cuestiones genéricas, no creemos que sea especialmente adecuada para resolver situaciones concretas referidas a relaciones privadas internacionales, las que si por imperio de la norma de conflicto corresponde regirlas de acuerdo a lo dispuesto por un Derecho extranjero, éste y no otra solución es el que se deberá aplicar.

e) Nuestra posición

Creemos que la aplicación del Derecho extranjero indicado por la conexión de la norma indirecta-abstracta de DIPr. para regular un caso privado internacional, constituye un verdadero imperativo categórico.

La sentencia judicial además de un acto valorativo supone una innegable operación lógica, una estructura silogística, cuyas premisas, producto a su vez de otros silogismos instrumentales, están constituidas: la mayor por la norma jurídica aplicable y la menor por los hechos en cuestión, en tanto que la conclusión, por la subsunción de tales hechos en la norma. Razón por la cual cuando una disposición extranjera en función de ser reclamada por la conexión de la norma de conflicto pasa a constituirse en la premisa mayor del silogismo judicial, necesariamente debe entenderse que se aplica en calidad de regla de Derecho.

Admitida la naturaleza jurídica del Derecho foráneo, resulta entonces aplicable a éste al aforismo “*iuria novit curia*”, aún cuando en estos casos presente diferencias su aplicación respecto al Derecho local. La obligación cognoscitiva del magistrado en vez de apriorística, es a posteriori, por lo que una vez planteada la litis es que surge el deber de conocer, o más precisamente, investigar, el Derecho extranjero aplicable.

En razón de ello concluimos que en los casos en que se deba aplicar normativa extranjera, ésta debe ser investigada por el magistrado actuante en la debida forma, apelando ya a sus propios conocimientos, ya a los aportes de las partes y a todos aquellos medios informativos que necesariamente los Estados deben estar en condiciones de ofrecer; tal como viene ocurriendo en la actualidad a través de procedimientos informativos convencionalmente previstos a tales fines,**(46)** evitándose de este modo que dificultades prácticas se erijan en razón determinante de la no aplicación del Derecho indicado por la norma de conflicto.

En relación a nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que disposiciones de superior jerarquía ofrecen sólido argumento a la obligatoriedad de aplicar el Derecho extranjero indicado por la norma de DIPr. La Constitución de la República, art. 23, preceptúa que los jueces “son responsables ante la ley “por separarse del orden de proceder que en ella se establezca”, razón por la cual el magistrado necesariamente debe cumplir con el mandato de la norma de conflicto, incurriendo en responsabilidad de apartarse del orden de proceder que en ella se establezca.**(47)**

1.4 La jurisprudencia uruguaya y la aplicación del Derecho extranjero

Los tribunales nacionales en distintas especies, como el “**caso Corrit**”,**(48)** han concretado en la práctica judicial el mandato de que el Derecho extranjero debe aplicarse e investigarse de oficio, sin perjuicio de los aportes informativos de las partes. En el juicio de referencia, el tribunal que dictó el fallo definitivo basó sus conclusiones sobre el Derecho extranjero aplicable – chino, en el caso – en sus propias investigaciones, sin perjuicio del aporte de los litigantes.

Otra interesante situación de fecha más reciente, vinculada también a la aplicación del Derecho chino, es el “**caso del buque Xian Chen**”, referido a un transporte marítimo de lana uruguaya a puertos chinos a los que arribara con faltante, en el que los cargadores uruguayos reclamaron ante nuestros tribunales al transportista la indemnización correspondiente en base a una cláusula del conocimiento de embarque que remitía a la Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque. Los jueces uruguayos actuantes en primera y segunda instancia aplicaron Derecho chino en razón de la remisión que nuestro DIPr. de fuente nacional aplicable el caso hace a la ley del lugar de cumplimiento del contrato, art. 2399 del Código Civil. Derecho chino que de acuerdo al Código de 1993 de dicho país sobre Derecho Marítimo, acoge la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable a la contratación internacional y en consecuencia hace válida la aplicación de la Convención de Bruselas acordada por los contratantes, no obstante no ser Estados Parte de la misma ni Uruguay ni la República Popular de China.**(49)**

1.5 El art. 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y el reenvío

El artículo, referido a la obligación de aplicar el Derecho extranjero según lo aplican los tribunales del país de origen, ha sido interpretado por alguna doctrina como una implícita consagración del reenvío.**(50)** Frente a esta posición, entendemos, por el contrario, que tal como

surge del propio texto aprobado y de sus antecedentes, se dejó de lado la regulación del instituto, ya que mientras que Delegaciones como las de Venezuela y de Argentina propugnaban por incluirlo, otras, como las de Uruguay y Brasil se oponían al mismo, por lo que ante la disparidad de criterios se convino en no tratar el tema.**(51)** Razón por la que cabe concluir que existe un silencio convencional que no puede interpretarse ni como aceptación ni como rechazo, sino como no regulación del instituto, quedando la cuestión librada a lo que dispongan los respectivos ordenamientos nacionales. Al respecto consideramos que en el DIPr. uruguayo vigente, únicamente puede tener recepción el reenvío, de manera acotada y excepcional, en el ámbito de la hipótesis del art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr., búsqueda de la equidad del caso concreto.**(52)**

2 Recurribilidad de los fallos dictados en error del Derecho extranjero

El art. 4 de la Convención sobre Normas Generales consagra la procedencia de todos los recursos previstos por la ley procesal del foro contra la errónea aplicación o interpretación del Derecho local respecto a los casos en que corresponda la aplicación del Derecho de las otras Partes. La norma, con antecedentes directos en los arts. 3 de los Protocolos a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940 y 4 del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano sobre normas Generales del DIPr., constituye una solución que juzgamos correcta, cuanto que resultan rechazables los argumentos esgrimidos para negar la recurribilidad de los fallos dictados en los casos en que proceda aplicar Derecho extranjero.**(53)**

Respecto a la pertinencia del recurso de casación, atento a la finalidad que persigue, uniformizar y asegurar la correcta aplicación del Derecho, su interposición no puede quedar limitada al estrecho recinto de la ley del foro y debe alcanzar a todas las normas jurídicas, inclusive las extranjeras, que no sólo deben ser aplicadas, sino además deben serlo en forma correcta.**(54)** En posición concordante, G. Parra Aranguren, dice: "parece indiscutible que el precepto – por el art. 4 de la Convención de Normas Generales – no pretende abandonar al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados Partes la admisibilidad del recurso de casación por infracción a 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".**(55)**

3 Información del Derecho extranjero

En tanto la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado consagra la obligatoriedad para los jueces y otras autoridades de los Estados Parte de aplicar el Derecho de los otros países con el sentido que tiene en el de origen, resultaba absolutamente necesaria una regulación que proveyera de medios idóneos para su información.

La Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero es la respuesta a dicha necesidad. Respecto a la expresión "prueba", término utilizado por la Convención en su título, acápite y varios artículos, consideramos inconveniente su empleo, pues puede conducir al error de que se interprete que el sistema interamericano se afilia a una concepción atributiva de índole fáctica al Derecho extranjero, posición opuesta a aquella claramente consagrada por el examinado art. 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales. En la medida que esta Convención, que regula la teoría general del DIPr., concibe a la normativa ajena al foro como Derecho, no corresponde en puridad hablar de "prueba", sino de "información".**(56)** Textos convencionales de fecha posterior vigentes para Uruguay, han empleado correctamente la expresión "información".**(57)**

El art. 2 de la Convención sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero precisa el alcance de los informes a proporcionar, señalando que los mismos pueden referir al "texto, sentido y alcance legal". De lo que resulta que los datos no sólo deben estar vinculados al contenido de la norma, sino además, a su aplicación en el tiempo, interpretación y relación jerárquica dentro del ordenamiento al que pertenece. Solución coherente con el mandato de aplicar el Derecho extranjero como sus tribunales lo hacen.

3.1 Medios de información

Además de la admisión de todos aquellos procedimientos previstos tanto por la legislación del Estado requirente como el requerido, el art. 3 realiza una enumeración, no taxativa, de medios considerados como especialmente idóneos a los fines perseguidos, sin que ello suponga una jerarquización de los mismos:

a) "prueba documentada, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales". Las copias de los textos legales constituyen un medio útil para conocer el contenido y vigencia de las normas, y los precedentes judiciales, por su parte, resultan un importante aporte para informar acerca de la interpretación de aquellas. Medios éstos que siempre puede resultar útil complementarlos con el previsto en el literal siguiente.

b) **“prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia”**, procedimiento ya contemplado por el Código de Bustamante, art. 409, aún cuando su empleo éste lo reservara únicamente a las partes. El Convenio interamericano no contiene tal limitación y agrega como novedad, la posibilidad de que el dictamen pueda ser hecho además de por abogados, por “expertos”, a los que no se exige la calidad de abogados, autorización que adquiere sentido si se piensa en juristas radicados en país diferente a aquel en el que se graduaron y que por alguna razón no hubieren revalidado su título y que precisamente por su calidad de titulados en el extranjero, puedan resultar expertos en el Derecho aplicable. **(59)**

En tanto que la pericia proporcionada por los litigantes puede originar sospechas de parcialidad, es conveniente extremar los controles acerca de la calidad y autenticidad del peritaje.

c) **“informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos”**. Se trata del procedimiento informativo en derredor del cual gira en gran medida la Convención, habiéndose transformado a nivel regional en el método más utilizado para informar con exactitud y objetividad acerca del derecho extranjero. Esta actividad a cargo del Estado exige la puesta en funcionamiento de organismos capaces de llevarla a cabo, las Autoridades Centrales. **(60)**

3.2 Autoridades legitimadas para solicitar la información

El art. 4, último párrafo, extiende a todas las autoridades la posibilidad de acceder a las vías informativas previstas por los literales a y b del art. 3, pero reserva el procedimiento indicado por el apartado c a las solicitudes provenientes de autoridades jurisdiccionales, párrafo primero. Al respecto consideramos que debe entenderse por tales no sólo las pertenecientes al Poder Judicial de un país, sino todas aquellas que desarrollen actividad jurisdiccional, requisito que implica imprescindible independencia del órgano actuante y potestad para resolver con autoridad de cosa juzgada el litigio sometido a su conocimiento. La Convención de 1979 admite que los Estados puedan extender a otras autoridades la posibilidad de acceder a esta modalidad estatal de información, beneficiándolas así con el modo de cooperación informativa jurídica más utilizado, art. 4, párrafo 2do.

3.3 El papel de las Autoridades Centrales

Las Autoridades Centrales, en tanto organismos especializados a través de los cuales se presta la asistencia jurídica internacional, constituyen el centro de la información jurídica vía oficial, previendo

la Convención a tales efectos que cada Estado designe, tal Autoridad, art. 9.

En Uruguay, la Autoridad Central, creada en cumplimiento de diversos compromisos internacionales asumidos por la República que prevén su funcionamiento, está organizada por el Decreto 95/96 del 12.3.1996, que sustituyó el Decreto 407/85 y tiene a cargo entre sus cometidos, art. 4.a, "responder por sí o cometiendo la respuesta, las consultas provenientes de órganos competentes del exterior, acerca del Derecho interno e Internacional Privado de la República, así como aquellas provenientes de órganos públicos nacionales referidas al contenido y vigencia del Derecho Internacional Privado del país o de un Derecho extranjero".

Las comunicaciones cursadas a las Autoridades Centrales solicitando información jurídica, no requieren de legalización, Convención, art. 7.

3.4 Contenido de las solicitudes de información

El pedido, como se ha visto, debe emanar de órgano jurisdiccional del país requirente, o de otras autoridades, si los Estados así lo hubieren autorizado, de lo que surge que la Convención no legitima a los particulares para recurrir directamente a esta vía;**(61)** y debe ajustarse a determinados requisitos, art. 5, indicando:

a) "**autoridad de la que provienen y naturaleza del asunto**". La identificación de la autoridad requirente resulta imprescindible a efectos de asegurar que la solicitud emane de órgano legitimado para solicitarla, en principio, órgano jurisdiccional. En cuanto a la determinación de la "naturaleza del asunto", la calificación que hace el solicitante tiene valor meramente informativo, pues la Autoridad Central requerida debe informar sobre su Derecho aplicable al caso concreto según lo harían sus jueces, tal como impone el mandato del art. 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales.

b) "**indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan**". La exigencia permite asegurar una información exacta, capaz de satisfacer las posibles dudas del tribunal rogante acerca del Derecho extranjero que debe aplicar - texto, vigencia y jurisprudencia - a la vez que evita al Estado informante una engorrosa y superflua labor de pesquisa de datos eventualmente ya conocidos por el peticionante.

c) "**determinación de cada uno de los puntos a que se refiere la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debido comprensión**". La condición tiene por finalidad dotar a la Autoridad Central requerida de medios imprescindibles para un

adecuado conocimiento de la situación concreta sobre la cual deberá informar.

El art. 5 en su parte final exige a fin de asegurar la debida comprensión de la solicitud, que en casos en los que el idioma del Estado requirente sea diferente al del requerido, el pedido sea acompañado de una traducción al idioma del país que debe proporcionar el informe. La respuesta, en cambio, bastará que esté redactada en la lengua del Estado informante.

3.5 Diligenciamiento de las solicitudes

La Autoridad Central del Estado rogado proporcionará la información solicitada ya de manera directa, ya a través de "otros órganos del mismo Estado", art. 6, párrafo primero, de lo que resulta que la Convención no autoriza a que las Autoridades Centrales acudan a efectos de obtener información jurídica a instituciones ajenas al Estado al que pertenecen. La contestación deberá efectivizarse a través de la Autoridad Central rogada, por lo que de recurrir ésta a otros órganos para evacuar la consulta, éstos necesariamente deberán remitir su informe a su Autoridad Central para que sea ésta quien la haga llegar a la Autoridad Central o tribunal extranjero requirente.

El Estado requerido "deberá responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible", art. 5, párrafo segundo, por lo que la Autoridad Central deberá proporcionar una respuesta detallada, que asegure entre los Estados Parte de esta Convención y de la de Normas Generales, la efectiva aplicación por las autoridades de un país del Derecho de los otros tal como lo harían los jueces del Estado al que la norma pertenezca.

3.6 Excepciones a la obligación de respuesta

La obligación de responder reconoce como límite los casos en que la contestación afecte "los intereses", "seguridad o soberanía" del país requerido, art. 10. La disposición supuso un cambio significativo respecto a la fórmula en principio manejada, que para lograr similares propósitos acudía equivocadamente al concepto de orden público internacional, cuando en realidad esta excepción actúa en contra de la aplicación de un Derecho extranjero que ofenda de manera grave y concreta principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro, pero no respeto al deber de informar sobre el Derecho propio. Cabe señalar que en la práctica de la Autoridad Central uruguaya no se han registrado casos en que se hayan invocado excepciones para denegar la información normativa solicitada.

La Convención no establece plazos dentro de los cuales la Autoridad Central requerida deba responder; no obstante, el deber de cumplir de buena fe con la obligación de informar impone hacerlo en el más breve plazo posible.

3.7 Efectos de la respuesta

La contestación carece de obligatoriedad tanto para el Estado emisor, cuanto para aquel que la recibe, art. 6, párrafos 2 y 3. La previsión referida a que la respuesta no obliga al Estado emisor a aplicar su Derecho de acuerdo a lo informado, clásica en la materia, **(62)** evita los graves inconvenientes que para el sistema judicial de un país devendrían de dictámenes jurídicos emanados de órganos administrativos capaces de obligar a su jurisprudencia.

En cuanto al carácter no vinculante de la respuesta para el Estado que la recibe, ello no supone mengua alguna al principio de que la aplicación y valoración del Derecho extranjero debe hacerse de acuerdo al ordenamiento de origen, sino que tiene por finalidad asegurar la libertad valorativa del tribunal requirente de la información, que podrá dejar de lado aquella obtenida vía oficial cuando de acuerdo a su propia investigación o al aporte de los litigantes, considere que el verdadero contenido o interpretación de la norma ajena no se ajusta al que se le ha informado.

II.II Otras regulaciones convencionales en materia de aplicación e información del Derecho extranjero

1 Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, "Información del Derecho extranjero", arts. 28 a 30

En tanto tema atinente al ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional, el Protocolo atiende lo referido a la información del Derecho de un Estado Parte a los otros, adjudicando dicho cometido a las Autoridades Centrales, art. 28, aún cuando también admite que tales datos puedan brindarse a través de las autoridades diplomáticas o consulares del Estado cuyo Derecho es informado, art. 29. El carácter no obligatorio de la información tanto para el país que la brinda, cuanto para el que la recibe, art. 30, responde a parámetros similares a los acogidos en el ámbito interamericano.

Dado que los Estados Parte del Mercosur son a su vez Parte de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero, además de la información vía oficial prevista por el

Protocolo, podrá acreditarse el Derecho extranjero por cualquiera de los otros procedimientos previstos por la Convención.

El Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Labora y Administrativa entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, aún no vigente, repite las soluciones consagradas por el Protocolo del Mercosur.

2 Convenios bilaterales concluidos por Uruguay

El Convenio de Cooperación Judicial uruguayo-español en vigor desde el 30.04.1998, Título VI, "De la información sobre materias jurídicas", art. 27; y la Convención de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial uruguayo-francesa en vigor desde el 1.8.1999, art. 25, también prevén la información del Derecho a través de las Autoridades Centrales.

Además de los acuerdos citados, Uruguay concretó un Convenio con la Republica Argentina sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, aprobado por nuestro país por Decreto – Ley 15.109, del 17.03.1981, entrado en vigor el 12.05.1981, que regula ambos temas con soluciones muy similares a las previstas por las Convenciones Interamericanas, las que al haber entrado en vigencia entre ambos Estados han sustituido en la práctica judicial la aplicación del texto bilateral.

II.III Normas de fuente nacional uruguaya, Código General del Proceso

El Código en el Libro Segundo, Título X, "Normas Procesales Internacionales", Capítulo I, "Principios Generales, también consagra la aplicación de oficio del Derecho extranjero y su interpretación tal como lo harían los tribunales a cuyo ordenamiento pertenezca la norma, así como la recurribilidad de las decisiones dictadas en estos casos, art. 525, numerales 3 y 4. Regulaciones aplicables en defecto de tratado o convención, art. 524, que transitan la línea de los textos convencionales ratificados por la República sobre la materia.

El art. 525.3, al disponer además de la aplicación de oficio, que las partes puedan "acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera", párrafo segundo, no sólo atiende la cuestión de la aplicación del Derecho foráneo, sino también lo referido a su información. Cuestión ésta última también abordada por el Código en el art. 143, "Prueba del Derecho", que más allá de lo criticable de su título al referir a la "prueba" del Derecho, consagra el criterio correcto al disponer: "El Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, **no requiere pruebay** el tribunal y las partes podrán acudir a todo

procedimiento legítimo para acreditarlo". Solución amplia, que permite al juez un adecuado margen para informarse del contenido de la norma foránea y cumplir de este modo con el deber de aplicarlo tal como lo harían los tribunales de origen.

El numeral 4 del art. 525, agrega que todos los recursos previstos por la legislación nacional deben ser admitidos en los casos en que proceda la aplicación de un Derecho ajeno al foro. Recurribilidad que abarca, como se ha señalado, la procedencia del recurso de casación, cuanto que las causales que fundamentan el mismo, art. 270 del C.G.P., "infracción o errónea aplicación de la norma de derecho", también se dan cuando no se aplica o se aplica incorrectamente el Derecho extranjero señalado por la norma de conflicto para regular el caso.

En la investigación del Derecho foráneo los tribunales uruguayos actuantes podrán recurrir siempre, aún en casos de inexistencia de tratados vigentes en la materia con el país de origen de la norma, a solicitar información a la Asesoría Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, Decreto 95/96 del 12.3.1996, art. 4.a. La Autoridad Central requerirá directamente la información a su similar del Estado cuyo Derecho resulte aplicable, si existe tratado vigente que prevea tal posibilidad, y en caso contrario, la información será solicitada a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República, que oportunamente hará llegar a la Autoridad Central el informe recibido del exterior.

Notas

1. La posición tradicional nace en los albores del Derecho Internacional Privado con la estatutaria italiana, que restringe el alcance del aforismo "iuria novit curia" a los estatutos de la ciudad a la que pertenece el magistrado actuante y sostienen que es a los litigantes a quienes corresponde alegar y acreditar el Derecho extranjero. Posición que adquiere su expresión mas clásica a mediados del siglo XIX con Foelix y Story, que asimilan el Derecho extranjero a los hechos, lo que apareja como consecuencias: a) tener que ser invocado y probado por las partes; b) ser renunciable; c) no poder ser alegado en segunda instancia; d) que los errores cometidos en su aplicación no sean susceptibles de los recursos previstos contra los errores de Derecho. Esta concepción clásica mantiene cierto predicamento ya avanzado el siglo XX y autores como Battifol, señalan que la norma extranjera no posee fuera del país de origen, imperatividad, por lo que no corresponde su aplicación de oficio, H. Battifol, **Traité Élémentaire de Droit International Privé**, París, L. G. D. J, 1959, págs. 381 y sgts. En similar sentido, S. Satta, afirma que quien se presenta ante un juez italiano indicando una norma extranjera como elemento constitutivo de su derecho, está obligado a

ofrecer la prueba de la existencia de esa norma, "Iuria novit curia" en **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**, 1955, págs. 382.

Un desarrollo inovador de la concepción del Derecho extranjero como hecho es la "**teoría del hecho notorio**", sostenida por W. Goldschmidt, **Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia**, 5ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1985, párrafo 384, que afirma que en tanto hecho notorio, el juez debe tener en cuenta la norma extranjera aún cuando las partes no la acrediten.

Otra teoría manejada en relación al Derecho extranjero ha sido considerarlo como Derecho propio.

La "**teoría del derecho propio**", sostiene que al dotar la norma de conflicto de imperatividad al Derecho extranjero lo integra el Derecho nacional, pudiendo distinguirse en esta postura dos vertientes, la "**teoría de la incorporación y la teoría de la recreación**". La "**teoría de la incorporación**" sostiene que el magistrado incorpora la solución dada por el Derecho extranjero a la mención en blanco que hace la norma de conflicto a través del punto de conexión. La norma indicada por la conexión se incorpora al texto de la norma de conflicto del juez y en consecuencia éste la debe de aplicar como Derecho propio. Entendemos que esta concepción resulta criticable cuanto que supone la absorción por cada Derecho nacional de la totalidad de los sistemas jurídicos, siendo una condición en definitiva contraria a la esencia del DIPr., que está basada en el reconocimiento recíproco por los Estados de sus ordenamientos jurídicos. Si la norma de conflicto da competencia para regular a una relación jurídica a un Derecho extranjero, éste se debe aplicar como tal; ver al respecto, Q. Alfonsín, **Teoría del Derecho Internacional Privado**, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1955, págs. 511 y sigtes.

La "teoría de la recreación" entiende que el juez al dictar sentencia en un caso internacional recrea el Derecho extranjero aplicable, por lo que la norma foránea no actúa como tal, sino que da contenido a una norma del foro de igual sustancia a la de aquella. Al respecto ha dicho con razón M. A. Yasseen, "Problèmes relatifs à l'application du droit étrangere" en **Recueil des Cours** T. 106, 1962 . II, págs. 499 a 596, que esta posición no refleja el espíritu del legislador de la norma de conflicto, ni el del juez que aplica el Derecho extranjero. La norma de conflicto tiene como cometido designar el Derecho aplicable y no incorporarlo ni nacionalizarlo, ni dar origen en el foro a una norma con el contenido del Derecho extranjero. En el mismo sentido, I, Zajtay, "Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit comparé" en **Rivista di diritto internazionale privato e processuale**, 1968, nº 2.

2. La denominada teoría "de la aplicación del Derecho extranjero como Derecho", de algún modo tiene orígenes en la escuela histórica alemana, Savigny, Puchta, etc, que al destacar la índole jurídica de la norma extranjera sienta las bases que propician su aplicación de oficio. En igual sentido, P. E. Mancini, "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles", **Journal de Droit International Privé**, París, 1874, pág 231, al sostener que los Estados "no pueden rehusarse legítimamente a aplicar leyes extranjeras". Esta concepción apareja como consecuencias: a) aplicación de oficio del Derecho extranjero, cualquiera que fuere la actitud procesal de las partes; b) las partes son meros colaboradores en la acreditación de la norma foránea, y si no lo hacen, el juez esta obligado, igualmente, a aplicarlo cuando así correspondiere; c) irrenunciabilidad, las partes no pueden optar por no aplicar la norma extranjera cuando ésta es indicada para regular el caso; y d) recurribilidad; la no aplicación del Derecho Extranjero o su errónea interpretación da lugar a la interposición de todos los recursos previstos en el ordenamiento del foro en relación a la aplicación errónea del Derecho nacional material. Por un análisis detallado de los distintos posiciones acerca de la aplicación del Derecho extranjero, ver. E. Tellechea, **Tratamiento e información del Derecho extranjero**, Montevideo, FCU, 1980.

3. G. Ramírez, **Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario**, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1888, pág. 8.

4. Sentencia de 1868 del Tribunal Superior de Comercio que proclama: "Cuando una relación de derecho esté sometida por su naturaleza al predominio de una ley extranjera, el juez debe aplicar el derecho extranjero en cuanto le sea conocido, pudiendo fundar ese conocimiento ya en su propia ciencia, ya en la prueba suficiente que a su juicio las partes hayan practicado", citada por C. Vico, **Curso de Derecho Internacional Privado**, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1934, pág. 231.

5. ZPO alemana, párrafo 293, "El derecho extranjero, el consuetudinario y el estatutario, solo necesitarán ser probados cuando el tribunal no los conozca. Para la determinación de los preceptos de esta clase, el tribunal no queda limitado a las pruebas que produzcan las partes, estando facultado para servirse de otras fuentes de conocimiento y para ordenar todo lo que conduzca al aprovechamiento de las mismas".

6. Conclusiones citadas por C. Vico, (nota 4) pág. 236.
7. Q. Alfonsín (nota 1), pág. 493.
8. El Código de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928 ha sido aprobado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Argentina, Paraguay y Uruguay, Estados Parte de los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y luego de los de 1940, por razones técnicas, no ratificaron el Código de Bustamante.
9. R. Gallinal, **Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil: De las pruebas - Comentarios a los arts. 327 a 349**, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1916, pág. 36.
10. "La investidura del juez lo obliga a administrar justicia con arreglo al derecho vigente en su propio Estado, si este derecho comprende normas de derecho internacional que señalen como aplicable un derecho privado extranjero, el juez está obligado a aplicarlo. Para cumplir con esta obligación, no es preciso que el juez conozca de antemano todo el derecho privado del mundo, basta con que de oficio pueda mover los medios oficiales que la ley o el Tratado ponen a su alcance ..." (nota 1), págs. 539 y 540.
11. Tales, los relatos presentados por Uruguay a las "Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional", Montevideo, octubre de 1978, relato de M. Solari, **Prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos**, págs. 53 a 61; y relato de E. Tellechea, **Cuestiones procesales relativas a la aplicación de la ley extranjera**, págs. 35 a 51.
12. W. Goldschmidt en **La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado**, Barcelona, 1935, desarrolla la teoría del "uso jurídico", que si bien concibe al Derecho extranjero como un hecho, al calificarlo de "notorio", es decir, "hecho sobre el que todo el mundo puede informarse de modo auténtico", modifica sustancialmente el enfoque tradicional.
13. Citada por W. Goldschmidt, **Derecho Internacional Privado**, 2da. Edición, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 469.
14. H. Valladao, **Directo Internacional Privado**, Río de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980, págs. I 224.
15. Proyecto, art. 57, "El derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al derecho

extranjero aplicable y los tribunales podrán dictar providencias encaminadas al mejor conocimiento del mismo”, Separata del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, octubre – noviembre 1977, año XXXII, Caracas, pág 32.

16. M. G. Monroy Cabra, **Tratado de Derecho Internacional Privado**, Bogotá, 1972, pág. 532.

17. Por un panorama detallado sobre el tratamiento del Derecho extranjero en el Uruguay y en la región en la época de aprobación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ver E. Tellechea, **Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional**: Aplicación, Tratamiento e Información del Derecho Extranjero y su regulación en nuestro Derecho Internacional Privado de fuente convencional y nacional, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1982, págs. 15 a 110.

18. El Protocolo Adicional, como se viera, legisló en los arts. 2 y 3, la aplicación de oficio del Derecho extranjero y la recurribilidad de las sentencias dictadas en tales casos; y en el art. 5, un sistema elemental de información del Derecho de un Estado a los otros.

19. Otras cuestiones asimismo vinculadas a la aplicación del Derecho indicado por la norma de conflicto y reguladas por la Convención, son: institución desconocida, art. 3; orden publico internacional, art. 5; fraude a la ley, art. 6; reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero de acuerdo a todas las leyes con las que tengan conexión al momento de su creación, art. 7; cuestión previa o incidental, art. 8; aplicación armoniosa de las distintas leyes que puedan ser competentes para regular diferentes aspectos de una misma relación jurídica, art. 9.

20. Aprobada por Uruguay junto con las demás Convenciones Interamericanas concluidas en la CIDIP II, por Decreto-Ley 14.953 del 12.11.1979.

21. art. 3, “La 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 extranjera invocada”.

22. **Resolución de las 1ras. Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, Montevideo, octubre de 1972**: “Visto: Que el temario de la CIDIP II incluye el tratamiento de un proyecto sobre “Prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los Países Americanos”.

Considerando:

I) Que la elección del derecho llamado a resolver una controversia con elementos extranjeros no puede quedar relegada al principio dispositivo, con riesgo de frustrarse como consecuencia de la inactividad procesal de las partes que omitieran su invocación y conocimiento.

II) Que salvo el caso en que las partes puedan elegir el derecho aplicable, la conclusión contraria a la consagrada en el inciso anterior importaría atribuir a las normas de conflicto la calidad de supletorias de la voluntad de las partes acerca del derecho aplicable, las que podrían así a su arbitrio provocar el apartamiento de la aplicación del derecho extranjero y su sustitución por la ley del foro.

III) Que la aplicación de oficio del derecho extranjero es la solución apropiada que la doctrina más autorizada señala para superar los inconvenientes apuntados, solución que no prejuzga acerca de la naturaleza de aquel dado que su aplicación oficiosa puede vincularse tanto con la afirmación de su carácter normativo cuanto predicando su calidad de hecho notorio.

IV) Que la correcta aplicación del derecho extranjero que incluye su interpretación de acuerdo al ordenamiento al que la norma pertenece contribuirá a una mejor administración de justicia y al fortalecimiento de la comunidad jurídica internacional.

V) Que la imposición a los jueces de la aplicación oficiosa del derecho extranjero debe ir acompañada de la organización y funcionamiento de los medios adecuados para el cabal conocimiento de ese derecho.

VI) Que la comunidad internacional ha dado muestras crecientes de preocupación a los efectos de resolver los problemas que crea el dificultoso conocimiento del derecho extranjero.

VII) Que las modernas técnicas de procesamiento, conservación y reproducción de información aseguran la existencia de medios técnicos idóneos para la finalidad que se persigue.

VIII) Que la aplicación oficial del derecho extranjero no es incompatible con el reconocimiento de la facultad de las partes de invocar e informar al respecto.

IX) Que la adecuada información sobre el derecho vigente en cada país supone el conocimiento de su legislación, jurisprudencia y doctrina.

LAS PRIMERAS JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO INTERNACIONAL RESUELVEN RECOMENDAR:

1. Se consagre en la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, como principio básico, la aplicación de oficio del derecho extranjero, ratificándose de tal manera las soluciones contempladas en el Código de Bustamante de 1928 y el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

2. Igualmente se acepte la facultad de las partes de colaborar con el Juez, ya sea en la forma de mera alegación del derecho foráneo, ya sea aportando información acerca del mismo.

3. Los jueces y autoridades administrativas puedan valerse de cuantos medios de averiguación del derecho extranjero consideren necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.

4. Sería indispensable que siguiéndose los lineamientos del Convenio sobre "Información en Materia Jurídica respecto del Derecho vigente y su Aplicación" adoptado por la II Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano Luso Americanos y Filipinas – ratificado entre otros por la República Argentina – los Estados Partes en la futura Convención de la O.E.A. centralicen la actividad de información sobre sus respectivos derechos en un órgano nacional especializado.

5. La información sobre el derecho vigente en cada país, especialmente la proporcionada por los órganos nacionales pertinentes, contenga, según el caso, las normas y sus fuentes así como la jurisprudencia judicial y administrativa y doctrinas nacionales existentes.

6. Se promueva dentro del marco de la O.E.A., la creación de un Centro de Información sobre el derecho de los países de la región, a cuyos efectos cada estado contratante se obligue a transmitir al mismo la información a que se refiere el apartado anterior, actual y futura.

7. Es conveniente que la futura Convención Interamericana, en forma expresa disponga que en la aplicación de la Ley extranjera debe estarse respecto a su interpretación, constitucionalidad, aplicaron temporal y en todos los demás aspectos, a las soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece.

8. Hacer llegar a las autoridades pertinentes las presentes conclusiones.

23. El informe aclara que el Grupo de Trabajo consideró que la aplicación debía hacerse de oficio, **Documento CIDIP II/62**, pág. 3.

24. G. Parra Aranguren, **Codificación del Derecho Internacional Privado en América**, Universidad Central de Venezuela, Facultad de

Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982, pág. 420; idem, **Documento CIDIP II/62**, pág. 4.

25. Informe del Relator, **Documento CIDIP II/68**, pág. 4.

26. Ver nota 22.

27. Mandato del que surge la importancia de proveer de posibilidades ciertas de información a los aplicadores del Derecho extranjero. Como se verá, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero cumple con tal finalidad, permitiendo la efectiva aplicación del art. 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

28. Conforme, entre otros, D. Cyrille, **La loi étrangère devant le juge du fond**, París, Dalloz, 1965, pág. 278.

29. Consulta emitida en el "**caso Xiang - Cheng**", transporte marítimo entre Uruguay y la República Popular China, **Revista de Transporte y Seguros**, nº 10, pág. 109; ver respecto a este caso, referencia en numeral 1.4, "La jurisprudencia nacional y la aplicación del Derecho extranjero".

30. (nota 2), pág. 43.

31. M. Aguilar Navarro, **Derecho Internacional Privado**, Tomo I, Parte 2da., Ed. E. I. S.A., Madrid 1955, pág. 433.

32. Concuerdan con esta posición, Q. Alfonsín, (nota 1), pág. 553 y 554; E. Vaz Ferreira, **Tratado de la Sociedad Conyugal**, T. I, Montevideo, 1973, págs. 173 a 175; M. Aguilar Navarro, (nota 31), pág. 432; A. Miaja de la Muela, **Derecho Internacional Privado**, T. I, Madrid, Ediciones Atlas, 1976, págs. 420 y 421, etc. En igual sentido, "Recomendación 7" de las Primeras Jornadas Rioplatenses, (nota 22). Idem, jurisprudencia de la Cámara de los Loes del Reino Unido, en caso de un empréstito contraído por dicho país durante la primera guerra mundial. Los bonos vencían en 1937 y a opción de los tenedores podían cobrarse en dólares estadounidenses o en libras. Producido el vencimiento, los tenedores optaron por el pago en dólares exigiendo que el monto se adecuara al valor del dólar al momento de la emisión, cuanto que en dicha época el dólar estaba sujeto a la cláusula oro. La Cámara de los Loes falló aplicando el Derecho estadounidense no como era al momento de la emisión, sino como regía al momento del pago, sentenciando: "Dado que la cláusula oro fue derogada retroactivamente por el Congreso de Estados Unidos en 1933 y dado que los bonos se regían por la ley del Estado de Nueva York, los acusados no pueden reclamar más que por el valor nominal de los billetes".

33. Posición compartida entre otros, por J. Maury, **Derecho Internacional Privado**, Puebla, 1944, pág. 47. En coincidencia, la jurisprudencia francesa en época en que su Gobierno no había reconocido al soviético, en un caso referido al régimen de bienes de un matrimonio ruso celebrado antes de la revolución de 1917, aplicó el Derecho legislado por el nuevo régimen, citado por C. Gabalda, **Les conflits dans le temps en droit international privé**, París, 1955, pág. 366, nota 1.

34. M. Aguilar Navarro, (nota 31), pág. 432.

35. En relación al concepto de orden público internacional, Uruguay al momento de suscribir la Convención efectuó una Declaración limitativa del alcance que otorga a la excepción, que expresa en su parte medular: "Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Parte para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica."

36. Situación que hoy tiende a superarse a través de la actuación de organismos especializados en la materia, las Autoridades Centrales, y a la propia comunicación directa, cada vez mas fluída, entre los magistrados de los distintos países.

37. G. Morelli, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Editorial EJE, Buenos Aires, 1953, págs. 61 y 62.

38. A. Miaja de la Muela, (nota 32), pág. 439; Gutiérrez de Cabiedes, "Tratamiento Procesal de Derecho Extranjero en el Título Preliminar del Código Civil" en *Anuario de Derecho Internacional*, Facultad de Derecho de Navarra, 1975, T. II, pág. 72.

39. Vr., gr., "caso Crosby", en el que el tribunal actuante en relación a una acción por accidente de trabajo en la que resultaba aplicable el Derecho cubano, no pudiendo determinar su contenido, falló rechazando la demanda, A. Nussbaum, *Principios de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1947, págs. 295 a 299.

40. En la práctica procesal uruguaya, los tribunales solicitan información del Derecho extranjero, más allá del informe de las partes y de su propia investigación, a través de la Asesoría Autoridad Central.

41. En conformidad, E. Perez Vera (coordinadora), Derecho Internacional Privado, Universidad Nacional de Educación a Distancia, págs. 151 y 152; J. A. T. Ortiz de la Torre, Derecho Internacional Privado: Parte General, Vol II., Técnica de Aplicación de la Regla de Conflicto, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1990, pág. 259 y sgtes.

42. A. Nussbaum, (nota 39), págs. 296 – 297.

43. I. Zajtay, (nota 1), pág- 270.

44. H. Batiffol, (nota 1), pág. 381 y sigtes.

45. M. Wolf, Derecho Internacional Privado, Barcelona, Editorial Labor, 1936, pág. 140.

46. Así lo previsto por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero; Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, "Información del Derecho Extranjero"; y Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República del Chile, mismo Capítulo; etc.

47. Respecto al tema y a toda la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero, ver, E. Tellechea, "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 (nota 17).

48. El "caso Corrit", supuso una controversia acerca del valor en el Derecho uruguayo de un convenio de sociedad familiar universal de bienes celebrado en Shangai. El acuerdo involucraba al esposo, un dinamarqués residente en China y su esposa, una rusa exiliada, que se habían casado en Shangai ante el cónsul dinamarqués en 1927. Tiempo después y en razón del cambio institucional operado en China, el matrimonio se radica en Uruguay, tramitando su separación conyugal en los años sesenta. Se plantea entonces ante tribunales nacionales y en relación al reclamo de disolución de la sociedad de bienes pactada, la cuestión de su validez. La esposa afirmaba el valor de la misma apoyándose en el Derecho Chino de la época de constitución de la sociedad, en tanto que el marido lo negaba fundándose en el Derecho dinamarqués que consideraba era el competente en razón de lo establecido en capitulaciones sino-dinamarquesas del siglo XIX. La justicia uruguaya finalmente fallo pronunciándose por el valor de dicha sociedad familiar y aplicando el Derecho chino. El caso se planteó ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3er. Turno a cargo del Dr. R. Addiego Bruno, y

en segunda instancia conoció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, Ministros, Dres. Torello, Reyes Terra e Igorra. Por más información sobre este caso, ver Revista Uruguaya de Derecho Internacional, nº 4, años 1975/1976.

49. (nota 29), con consulta ya citada del Prof. Dr. Opertti y nota de jurisprudencia de la Prof. Dra. C. Fresnedo de Aguirre.

50. G. Parra Aranguren, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)" en Anuario Jurídico Interamericano, Washington, OEA, 1979, pág. 172, en relación al art. 2, dice: "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 el mismo sentido, W. Goldschmidt, "Normas Generales de la CIDIP II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano" en Anuario Jurídico Interamericano, Washington, OEA, 1979, pág. 151.

51. Informe del Relator de la Comisión II de la CIDIP II, D. Opertti, "Actas y Documentos", Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr, V. II, pág. 290.

52. Ver en relación al tema, E. Tellechea, (nota 2), págs. 47 a 49; también C. Fresnedo de Aguirre, Curso de Derecho Internacional Privado, T. I, "Parte General", Montevideo, F.C.U., 2001, pág. 234-235.

53. Las razones invocadas para denegar la recurribilidad en estos casos varíen desde aquellas fundadas en una superada concepción fáctica del Derecho foráneo, a posiciones que sostienen que en tanto el principio *iura novit curia* no es de recibo en relación al Derecho ajeno al foro no corresponde corregir los errores que cometan los tribunales inferiores, I. Salome, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation en matière de conflicts de lois*, París, 1938, págs. 141-142; o que atento a las dificultades que plantea la información del Derecho extranjero y el descrédito que acarrearía a los tribunales superiores una decisión desafortunada, no debe admitirse dicha recurribilidad, J. P. Niboyet, *Traité de Droit International Privé*, T. III, París, Librairie du Recueil Sirey, 1948, págs. 610 a 611. Posiciones en relación a las cuales decimos: respecto a la sostenida por Ivonne Salome, que si bien es exacto – como ya se indicara – que el aplicador no está obligado a conocer de antemano el Derecho extranjero, tiene en cambio el deber de investigarlo e individualizarlo una vez planteado el caso, y en la eventualidad que no lo aplique o lo haga incorrectamente, es lógico y necesario que la sentencia sea recurrible; y en relación al argumento de Niboyet, creemos que lo pertinente es dotar a los tribunales de los medios informativos

adecuados para el cabal cumplimiento de sus cometidos y no proceder a la inversa, negando los recursos. Al respecto ver numeral 1.3, "La obligación de aplicar el Derecho extranjero y la pretendida excepción de la falta de conocimiento de su contenido", literal e, "Nuestra posición", y asimismo, del autor, Aplicación, tratamiento e información del Derecho extranjero en nuestro Derecho Internacional privado de fuente convencional y nacional (nota 17).

54. En coincidencia, Dr. Opertti, Doc. CIIP II/62, pág. 15.

55. Parra Aranguren, (nota 50), pág. 177.

56. En el mismo sentido, G. Parra Aranguren, "El término prueba del derecho extranjero no es correcto, ya que se presta a confusiones porque alguien puede entender que el derecho extranjero es un elemento de hecho del proceso ... solución contraria a la aceptada por esta misma Conferencia en la Convención de Normas Generales", Doc. CIDIP II/82, pág. 4.

57. Convenios bilaterales sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero concluidos por Uruguay con Argentina y Chile; Convenio de Cooperación Judicial uruguayo-brasileño del 9.2.1996, art. 24; Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92 y Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, Capítulo VII, "Información del Derecho Extranjero", arts. 28 a 30 de ambos textos.

58. Tal lo expresado en la Conferencia al abordarse el tema, Doc. CIDIP II/82, pág. 3.

59. Situación planteada por W. Goldschmidt al estudiarse el tema en la CIDIP II, Documento CIDIP II/82, pág. 3.

60. Ver numeral 3.3, "El papel de las Autoridades Centrales en la información del Derecho".

61. Ello no impide que los particulares puedan requerir en ocasión de un proceso judicial que el tribunal actuante solicite información sobre Derecho extranjero a través del sistema de Autoridades Centrales.

62. Ya recibida por la Convención de Londres de 1968 sobre Información del Derecho Extranjero y reafirmada a nivel del Mercosur por el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92 y el Acuerdo espejo entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, Capítulos VII, "Información del Derecho Extranjero", arts. 30 de ambos textos.

</div